MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS

VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS

UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA

DE REGULACIÓN FINANCIERA

RESOLUCIONES MINISTERIALES JERÁRQUICAS

2009

BOLIVIA

MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS

Calle Bolivar Nº 688

Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros

Av. Camacho Nº 1413

Telf.: (591-2) 2203434

(591-2) 2201204

Fax : (591-2) 2200501

webmaster@economiayfinanzas.gob.bo

Depósito Legal: 4-1-361-10 P.O.

Edición 2010

La Paz - Bolivia

INDICE

Resoluciones Ministeriales Jerárquicas	página
1. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 001/2009 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CREDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. Y BANCO GANADERO S.A.	7
2. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 002/2009 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** FONDOFINANCIEROPRIVADOPARAELFOMENTOALASINICIATIVASECONOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.	25
3. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 003/2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	47
4. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 004/2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)	65
5. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 005/2009 DE 19 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	79
6. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 006/2009 DE 19 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	97
7. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 007/2009 DE 22 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.	131
8. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 008/2009 DE 22 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	167
9. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 009/2009 DE 23 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	181
10. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 010/2009 DE 23 DE OCTUBRE DE 2009 **RECURRENTE:** ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	193
11. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 011/2009 DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	213
12. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 012/2009 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2009 **RECURRENTE:** ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.	231

13. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 013/2009 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009 257
RECURRENTE: NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

14. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 014/2009 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009 283
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

15. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 015/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009 305
RECURRENTE: JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES "JUVALGO LTDA."

16. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 016/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009 359
RECURRENTE: BANCO BISA S.A.; SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL.

17. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 017/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009 407
RECURRENTE: NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

18. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 018/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009 429
RECURRENTE: CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

19. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 019/2009 DE 04 DE DICIEMBRE DE 2009 455
RECURRENTE: CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

20. MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 020/2009 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2009 481
RECURRENTE: FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

21. ESTADÍSTICAS 509

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTES

BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CREDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. Y BANCO GANADERO S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SB Nº 029/2009 DE 9 DE FEBRERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 001/2009 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2009

FALLO

DECLARA CONCLUÍDO POR EXTINCIÓN DE SU OBJETO Y CAUSA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 001/2009

La Paz, 9 de septiembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. y BANCO GANADERO S.A.,** contra la Resolución Administrativa SB Nº 029/2009 de 9 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/ URJ-SIREFI/N°013/2009 de 27 de agosto de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 4 de marzo de 2009, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A.,** legalmente representado por el Sr. Alberto Alfredo Valdés Andreatta, en virtud al Testimonio de Poder Nº 46/2009 de 19 de febrero de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 22 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Lumen Verónica Molina Pascual; **BANCO ECONÓMICO S.A.,** legalmente representado por el Sr. Edgar Jesús Hevia y Vaca Loria, en mérito al Testimonio de Poder Nº 02/2002 de 7 de enero de 2002, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase N° 21 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. Clara Ivonne Phillips de Saucedo; **BANCO BISA S.A.,** legalmente representado por el Sr. Miguel Faustino Navarro Contreras, en mérito al Testimonio de Poder Nº 485/2005 de 14 de julio de 2005, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 3 del Distrito Judicial de Cochabamba, a cargo del Dr. Ramiro Villarroel C.; **BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A.** legalmente representado por los Sres. Edgar Antonio Valda Careaga y Walter Gonzalo Abastoflor Sauma, en mérito al Testimonio de Poder Nº 289/2008 de 20 de mayo de 2008,

otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 051 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Katherine Ramírez Calderón; **BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A.,** legalmente representado por los Sres. Coty Sonia Krsul Andrade y Mauricio Alfredo Zegarra Arana, en mérito a los Testimonios de Poderes Nº 774/2004 y Nº 775/2004 respectivamente, ambos de fecha 15 de septiembre de 2004 y otorgados por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 007 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna; **BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A.,** legalmente representado por los Sres. Daniel Álvaro Otazo Fagalde y Fernando Hugo Bejar Molina, en mérito a los Testimonios de Poderes Nº 794/2007 de fecha 5 de julio de 2007 y Nº 195/2009 de 18 de febrero de 2009, respectivamente, ambos otorgados por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase No. 007 del Distrito Judicial de La Paz, a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna; **BANCO GANADERO S.A.,** legalmente representado por los Sres. Vesna Ximena del Castillo Nagel y Rolando Alipaz Galarza, en mérito al Testimonio de Poder Nº 188/2007 de 16 de agosto de 2007, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 2 del Distrito Judicial de Santa Cruz, a cargo de la Dra. María Luisa Lozada B., presentan Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 029/2009 de 9 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Que, mediante carta SB/IAJ/D-12335/2009 de 06 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras remitió en fecha 09 de marzo de 2009, a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 029/2009 de 9 de febrero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 26 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 15/2009 de 28 de abril de 2009, notificada en la misma fecha, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón, el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la Superintendencia General del SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 27 de julio de 2009, notificado a los recurrentes el 28 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, radicado el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante publicación por edicto en el diario de circulación nacional "La Razón" en fecha 6 de agosto de 2009, se hizo el llamamiento a terceros interesados.

CONSIDERANDO:

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

1.- Resolución Administrativa SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008.

El 24 de diciembre de 2008, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras emite la Resolución Administrativa SB Nº 0267/2008, mediante la cual resuelve:

> ***"****Aprobar y poner en vigencia las modificaciones al* ***ANEXO 1 EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS****, de las* ***DIRECTRICES GENERALES PARA LA GESTIÓN DE RIESGO DE CREDITO****, de acuerdo al texto contenido en el anexo que forma parte de la presente Resolución."*

El 29 de diciembre de 2008, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, remite a las Entidades Financieras mediante Circular SB/604/2008, para su aplicación y estricto cumplimiento la Resolución que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Anexo I – Evaluación y Calificación de la Cartera de Créditos de las Directrices Generales para la Gestión del Riesgo de Crédito.

Asimismo, especifica las modificaciones explicando lo siguiente:

> *"Se modifica el artículo 1º de la Sección 3 - Régimen de Previsiones, diferenciando previsiones específicas según moneda e incrementando en el caso de moneda extranjera y moneda nacional con mantenimiento de valor, el porcentaje para la cartera con calificación "A".*
>
> *El monto de previsión a ser constituido por la cartera calificada en categoría "A" para moneda extranjera y moneda nacional con mantenimiento de valor, debe ser calculado en función del Coeficiente de Adecuación Patrimonial (CAP) de cada entidad, vigente el día anterior a la fecha de constitución de la citada previsión, de acuerdo a los porcentajes establecidos…"*

La modificación es la siguiente:

> ***"SECCIÓN 3: RÉGIMEN DE PREVISIONES***
>
> ***Artículo 1º.- Previsiones específicas.-*** *Como resultado de la evaluación y calificación de cartera según las pautas previamente establecidas, las EIF constituirán previsiones específicas diferenciadas por moneda sobre el saldo del crédito directo y contingente de sus prestatarios, según los porcentajes siguientes:*

Categoría	*% previsión operaciones MN y UFV*	*% de previsión operaciones ME y MVDOL*
A	*1%*	*2.5%*
B	*5%*	*5%*
*C**	*10%*	*10%*
D	*20%*	*20%*
*E**	*30%*	*30%*
F	*50%*	*50%*
*G**	*80%*	*80%*
H	*100%*	*100%*

**No aplica para créditos hipotecarios de vivienda, microcréditos ni créditos de consumo*

El monto de previsión específica a constituir por la cartera calificada "A" en moneda extranjera y moneda nacional con mantenimiento de valor, debe ser calculado en función del Coeficiente de Adecuación Patrimonial (CAP) de cada entidad, vigente el día anterior a la fecha de constitución, tomando en cuenta los criterios que se detallan a continuación..."

2.- Recurso de Revocatoria.

El **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. y BANCO GANADERO S.A.** mediante memorial presentado el 16 de enero de 2009, interpuso Recurso de Revocatoria argumentos que fueron expuestos en su totalidad en el Recurso Jerárquico.

3.- Resolución Administrativa SB Nº 029/2009 de 9 de febrero de 2009.

Mediante Resolución Administrativa SB Nº 029/2009 de 9 de febrero de 2009, la Ex Superintendencia de Bancos y entidades Financieras, confirma la Resolución Administrativa SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, bajo los siguientes fundamentos:

"…

- *La Reglamentación que emite la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en pleno uso de su atribución normativa, la realiza de conformidad a la normativa adjetiva y sustantiva vigente y aplicable en la materia. Su elaboración implica etapas de análisis e investigación para poder determinar la aplicabilidad y pertinencia de la nueva normativa a emitirse o en su caso de las modificaciones y precisiones planteadas, para lo cual se realizan informes técnicos y legales considerando estándares internacionales de regulación, criterios prudenciales y el contexto económico del sistema financiero, en base a los cuales se elaboran las Resoluciones que emite el órgano supervisor.*

- *La definición del término ´previsión´, contenida en el Glosario publicado por esta Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, es referencial, tal como señala la nota que se consigna en el mismo texto ´los términos y las definiciones de este Glosario pretenden contribuir a la comprensión general de éstos y no tienen aplicación legal alguna sobre la normativa que emite la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de Bolivia". La conceptualización de la aceptación previsión abarca un significado más amplio que lo únicamente señalado en el memorial de la interposición del Recurso de Revocatoria, ésta se basa en criterios de prudencia y de anticipación a situaciones venideras y tanto previsiones específicas como genéricas siempre tienen un carácter prospectivo sobre pérdidas futuras.*

  El Diccionario de Contabilidad y Finanzas de Fernando Martín Arnéz define previsión como: 'cantidad que se detrae de los beneficios empresariales con el objeto de cubrir posibles quebrantos específicos que puedan producirse.' Asimismo el Diccionario de Banca de A. Martínez Cerezo, al respecto de la previsión menciona que es una 'reserva que se hace para atender a una eventualidad determinada, que, a veces, es improbable que se dé, por corresponder a sucesos o acontecimientos hipotéticos'.

- *El Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, en el documento publicado en la gestión 2001 titulado 'La Convergencia de las Dimensiones Macro y Microprudencial de Estabilidad Financiera', hace mención sobre el tema de las previsiones específicas y genéricas. Dicho estudio menciona*

*que las previsiones específicas se las constituye normalmente para pérdidas esperadas en créditos evaluados de manera individual usualmente cuando existe una **gran expectativa** que una pérdida sea **probable**; por su parte las previsiones genéricas se constituyen para pérdidas provenientes de eventos que todavía no han ocurrido pero que el banco razonablemente **espera que ocurran**.*

De las definiciones citadas, se establece que los dos tipos de previsiones tienen como elemento común, ser estimaciones de ocurrencias a futuro, es decir, hechos probables, la diferencia únicamente radica en el análisis del riesgo para determinar la previsión que es aplicada a clientes individuales o a una cartera en general, en consecuencia la previsión específica no implica la presencia tácita y segura de pérdidas, como argumentan los recurrentes.

- *La decisión de incrementar previsiones específicas de la cartera y contingente correspondiente a la categoría 'A' en moneda extranjera, surge a partir de un análisis realizado sobre la actual situación económica nacional como mundial y obedece a razones tales como la identificación de un riesgo adicional en operaciones contratadas en moneda extranjera. El hecho que la emisión de moneda norteamericana no es controlada por la autoridad monetaria nacional, los ingresos de los prestatarios con los que honran sus obligaciones generalmente son originados en bolivianos, por esa razón las operaciones pactadas en moneda norteamericana son sensibles a fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda extranjera.*

- *Para establecer la constitución de previsiones diferenciadas por tipo de moneda, se realizó un análisis transversal del total de operaciones de préstamos en el sistema financiero en los siguientes momentos temporales: i) noviembre 2002, período en el que se registra reducción de la cartera y un incremento de mora, ambos en niveles significativos y ii) noviembre 2008, período de expansión financiera en términos de crecimiento de cartera y bajos niveles mora, además de representar el período previo a la implementación de las modificaciones; observándose como resultado que existe mayor número de operaciones en moneda nacional, explicado principalmente por las operaciones de microcrédito y consumo.*

- *Asimismo, para constatar si las proporciones de la cartera vencida en ambas monedas es igual o presenta diferencias, se efectuó el denominado test de Hildebrand, que en este caso evaluó la hipótesis nula de que el riesgo crediticio es igual en ambas monedas, arrojando como resultados el rechazo de la hipótesis planteada, lo que permite afirmar que el riesgo de crédito por tipo de moneda es diferente, aspecto que justifica la adopción de medidas prudenciales diferenciadas por tipo de moneda.*

- *La decisión de constituir previsiones en la categoría 'A' constituye la concentración de préstamo que se registran en esta categoría. Al cierre del mes de diciembre de 2008, la categoría 'A' representa el 91.2% del total de créditos del sistema; por otro lado la cartera pactada en moneda extranjera representa el 66.4% respecto al total de la cartera.*

- *La cartera bruta más contingente, que en el período de diciembre 2001 a noviembre 2008, registró un crecimiento de 4.233 millones a 5.765 millones de dólares estadounidenses respectivamente y contrariamente las previsiones específicas constituidas expusieron una reducción de 322 millones a 228 millones de dólares estadounidenses en el mismo período.*

- *Respecto a la afirmación que el contingente implica un riesgo de crédito menor porque estaría sujeto a que se haga presente o evidencia una contingencia, se debe aclarar que el tratamiento de la*

evaluación y calificación de riesgo de crédito, aplicado a partir de las prácticas prudenciales internacionales, confiere el mismo tratamiento de previsiones tanto a los préstamos directos como a las operaciones contingentes, comprendiendo que el riesgo de crédito en ambos casos es similar.

- *Los recurrentes señalan que existen varias clases de clientes calificados 'A' y que la normativa los estaría considerando a todos ellos como iguales, no obstante el artículo 3, Sección 2, Anexo I Titulo V Cartera de Créditos de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, determina las distintas categorías que reconoce la norma de cartera, desde la categoría 'A' hasta la 'H', según las cuales se establece el porcentaje de previsión a ser aplicado y sin hacer mayor diferenciación o subdivisión en una misma categoría, por la cual la modificación a la norma no afecta de ninguna forma a los distintos clientes comprendidos en una misma categoría.*

- *No corresponde la apreciación realizada respecto a la duplicación en la constitución de previsiones porqué se debe entender que las previsiones cíclicas, son adoptadas con la finalidad de reforzar el régimen de previsiones normales, considerando que en épocas de crisis las reservas constituidas por previsiones normales, podrían ser insuficientes. A ese efecto se prevé que las previsiones cíclicas puedan ser utilizadas para cubrir dichas deficiencias, la utilización es para el total de la cartera de préstamos indistintamente de su calificación de riesgo, es decir que las previsiones genéricas pueden ser utilizadas también en préstamos con calificación diferente a la categoría 'A', quedando claro así, que se trata de una constitución complementaria de previsiones, tal cual ocurre en otros países.*

  Las previsiones cíclicas se estimaron con el propósito de ir acumulando reservas hasta alcanzar el nivel determinado por el Regulador y ser utilizadas en épocas de crisis; sin embargo, la precipitación de situaciones adversas en el entorno internacional está generando la presencia de una crisis mundial cuyos efectos podrían manifestarse en la economía boliviana y, por consiguiente, en el sistema financiero boliviano, fenómeno que obligó a asumir medidas preventivas inmediatas, entre las cuales se encuentran la de anticipar en razonable proporción la constitución de previsiones cíclicas.

- *La Resolución SB Nº 267/2008 de 24 de diciembre de 2008 en su parte considerativa guarda total relación con la parte resolutiva, toda vez que se expusieron los argumentos suficientes que justifican la facultad de este órgano regulador para emitir normativa y la decisión para determinar el incremento de previsiones específicas en moneda extranjera, con el objeto de afrontar de una mejor manera la actual coyuntura económica que puede afectar de manera negativa a las actividades de las entidades de intermediación financiera, exponiéndolas a un mayor riesgo crediticio.*

Que por las consideraciones técnicas y legales anotadas por la emisión de la Resolución SB Nº 267/2008 de 24 de diciembre de 2008, no se puede afirmar, como lo hacen los recurrentes, que se emitió reglamentación en abstracción al resto de la normativa bancaria, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras tiene toda la atribución para normar y determinar modificaciones a la normativa que emite basada en criterios de prudencia y protección al sistema financiero, en el entendido que la intermediación financiera, en su calidad de actividad regulada, dentro del campo del derecho bancario, tiene un fuerte componente público, al ser el Estado quien detenta la obligación de tutelar el interés público general, en la actividad de intermediación financiera, determinando las condiciones, requisitos y límites necesarios aplicables a las entidades reguladas para que puedan interactuar en este sistema sin haber incurrido en abstracciones del contexto normativo en vigencia..."

4.- Recurso Jerárquico.

Por memorial presentado el 4 marzo de 2009, el **BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. y BANCO GANADERO S.A**. se interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB 029/2009 de 9 de febrero de 2009, pronunciada por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, fundamentando su pretensión en los siguientes fundamentos:

> ***"…I.- <u>ANTECEDENTES DEL RECURSO DE REVOCATORIA</u>.-***
>
> *Tal como lo expusimos en el recurso de revocatoria, resulta incuestionable que un Estado de derecho las Leyes, Decretos, Reglamentos u otros se dicten en armonía con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir que todo precepto legal en una determinada materia debe consultar su conformidad con el resto de normas que regulan la misma materia.*
>
> *El artículo 1 de las Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al ANEXO I- EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS de las DIRECTRICES GENERALES PARA LA GESTIÓN DE RIESGO CREDITICIO, no tiene bases técnicas adecuadas y ha sido dictado con abstracción del resto de la normativa bancaria.*
>
> *Es la propia Resolución SB Nº 0267/2008 en su segundo párrafo de su único Considerando la que concluyentemente nos permite afirmar que su **Ratio Legis** está dada por: **'la situación financiera del entorno económico mundial hace vislumbrar que la economía boliviana podría verse negativamente afectada y consecuentemente las actividades de intermediación financiera, situación que podría generar un incremento de los niveles de exposición al riesgo crediticio'** atendiendo dicha finalidad, la Resolución 0267/2008 ha incrementado en 1,5% las previsiones especificas de la Cartera de la Categoría A, otorgada en moneda extranjera.*
>
> *Tal como se lo expuso en la revocatoria, los conceptos de 'Previsión Especifica' y 'Previsión Genérica', que se hallan contenidos en los Principios Básicos emitidos por el Comité de Basilea, fueron recogidos por la propia SBEF en las Directrices Generales para la Gestión de Riesgo Crediticio y el "Glosario de Términos" publicado por el Regulador, dando las siguientes definiciones:*
>
> *i) Las Previsiones especificas son: '…el importe constituido por las EIFs. para cubrir el Riesgo de pérdidas por incobrabilidad de préstamos. **Se constituye como consecuencia de la evaluación individual de los créditos**.'*
>
> *ii) Las previsiones genéricas son: 'las reservas que constituyen las EIFs. con el **propósito único de cubrir las <u>posibles</u> pérdidas que todavía no se han identificado de manera explícita**'.*
>
> *Estas definiciones evidencian que no existe una adecuada correspondencia (congruencia) entre la parte considerativa y la parte resolutiva de la Resolución 0267/2008, puesto que si el objeto de la Resolución es incrementar los niveles de reservas de previsiones con la finalidad de fortalecer la posición de solvencia de las entidades de intermediación financiera, ante un posible incremento del riesgo crediticio como efecto de la crisis económica internacional que se experimenta actualmente, lo que además serviría para cubrir el riesgo derivado de los préstamos otorgados en moneda extranjera a prestatarios que perciben ingresos en moneda nacional; no es lógico que se hubiere establecido el incremento en 1,5% a las previsiones especificas de la Cartera de la Categoría 'A' otorgada en moneda extranjera.*

Este incremento de previsiones determinará que las sumas de dinero previsionadas queden cautivas y no puedan ser aplicadas a deudores o sectores de actividad que se vean afectados por la crisis económica internacional o por un posible riesgo cambiario, imposibilitando que se pueda cumplir con la Ratio Legis de la Resolución 0267/2008, ya que únicamente se constituiría un stock de previsiones inmovilizadas, que en nada contribuirán a resolver los problemas que pretende evitar el ente regulador.

Si bien somos también del criterio que se deben asumir medidas para proteger el sistema de un escenario económico y financiero que pueda tener, en el corto y mediano plazo, posibles efectos negativos en la economía nacional, el incremento de las previsiones específicas, al ser éstas por definición un resultado de la evaluación y calificación de la cartera de créditos de manera individualizada producto de un proceso posterior en cada riesgo de manera separada, determina que la medida adoptada por la SBEF no constituya un mecanismo idóneo que permita contar con un nivel prudencial adecuado frente a un escenario económico - financiero adverso.

La única manera de cumplir con la finalidad que la SBEF, se ha trazado en la parte Considerativa de la Resolución, que fue objeto del recurso de revocatoria, es a través de la constitución de previsiones genéricas, las que deberían ser utilizadas por las entidades bancarias y financieras de acuerdo a ley y reglamentos.

II.- <u>RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REVOCATORIA</u>

Esta Resolución SB Nº 029/2009 de manera alguna confuta (sic) *o desvirtúa los argumentos contenidos en nuestro recurso de revocatoria, simplemente mediante un juego de palabras; y, otras, acudiendo a definiciones de Diccionarios de Contabilidad y Finanzas cuando la normativa vigente en el país no le favorece, persiste en mantener una medida que de por si no cumple con la finalidad para la que fue establecida.*

El Superintendente de Recursos Jerárquicos debe tener presente en todo momento que no es nuestro objetivo el que se dejen sin efecto las previsiones establecidas en la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, sino más bien todo lo contrario, queremos que dichas previsiones cumplan una función efectiva de protección y fortalecimiento del sistema financiero. Reiteramos, -más allá del simple juego de palabras en que incurre la Resolución que impugnamos-, no existe un solo argumento que justifique que se mantenga este tipo de previsiones y las mismas no sean consideradas como genéricas, a ser administradas bajo las condiciones previstas por la normativa vigente.

Los créditos calificados en la categoría 'A', independientemente de la moneda en que hubieran sido colocados, según la definición del anexo I del Titulo V, Sección 2, Artículo 5 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, ***'corresponde a aquellos prestatarios que cuentan con capacidad de pago reflejada en flujos de caja excedentes para cubrir sus obligaciones financieras, por tanto, le permite cumplir oportunamente con los términos pactados'*** *por lo tanto se trata de clientes que a partir de una evaluación individual se ha determinado que tiene una pérdida esperada tendente a cero por lo que el incrementar el requerimiento de previsiones especificas en esta categoría no tienen asidero técnico. En este sentido, cuando un banco identifica que un cliente calificado en esta categoría muestra deterioro en su capacidad de pago, procede a la reclasificación del crédito a otra categoría inferior que evidentemente requiere un mayor nivel de previsión específica. Por lo tanto, si la justificación de la SBEF en la parte considerativa de la Resolución SB/0267/2009, establece que* ***'del entorno económico mundial hace vislumbrar que la economía boliviana podría verse negativamente efectuada y … … generar un incremento de los niveles de exposición al riesgo***

crediticio'**, lo que corresponde es la constitución de reservas con el propósito único de cubrir las posibles pérdidas que todavía no se han identificado de manera explícita, que es precisamente el caso de las previsiones genéricas para incobrabilidad de cartera, tal como se establece en el manual de cuentas: **'Las previsiones genéricas se determinan con base en factores de riesgo adicional...'** o **'La previsión genérica cíclica se determina para evitar subestimar los riesgos en tiempos en los que el ciclo económico es creciente y contar con una cobertura para pérdidas no identificadas en aquellos préstamos en los que el deterioro aún no se ha materializado.'

*Esta forma de actuar ha sido permanentemente censurada por el SIREFI, que en diversas Resoluciones ha consagrado: **'uno de los elementos esenciales del acto administrativo se encuentra en su motivación o fundamentación, que implica que la Administración Pública no puede actuar sin bases orientadoras que le permitan emitir actos administrativos, debiendo observarse las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso'** (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 12/2007).*

*De otra parte, más allá de reiterar los Considerandos de la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, la Resolución que se impugna no justifica por qué el incrementó en un 1.5% de las previsiones especificas de la cartera y contingente de la Categoría 'A' sea solo aplicable solo a los prestatarios calificados ´A´ y exclusivamente a los créditos y contingentes en moneda extranjera. Puesto que de darse el incremento del 1.5% en las previsiones genéricas, las entidades bancarias de una manera efectiva y eficiente podrían usar dichas previsiones para cubrir los eventos inciertos cuando se materialicen y no mantener esas previsiones especificas encapsuladas o cautivas sin poder cumplir adecuadamente la función para la cual fueron establecidas, de acuerdo a la **ratio legis** que expresa la propia Resolución SB/ Nº 0267/2008.*

*La Resolución impugnada al omitir justificar la razón por la que se prefiere optar por previsiones específicas y no genéricas, por un lado devela la falta de argumentos de la SBEF para sustentar su posición; y, por otro, conculca el principio de seguridad jurídica que tenemos los administrados, que obliga a la administración pública a motivar adecuadamente sus actos, así lo establece la jurisprudencia del SIREFI, tal como se demuestra el siguiente extracto: **'la motivación del acto administrativo cumple diferentes funciones. Ante todo y desde el punto de vista interno viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la administración. Pero en el terreno formal (exteriorización de los fundamentos para cuya virtud se dicta un acto administrativo) constituye una garantía para el administrado que podrá así impugnar en su caso la decisión administrativa con posibilidad de criticar las bases en que se funda.'** (SG SIREFI RJ 13/2007)*

Consiguientemente, en mérito a las anteriores consideraciones de orden legal, interponemos Recurso de Jerárquico contra la Resolución SB/029/2009 de 9 de febrero de 2009, que confirmó la Resolución SB/ Nº0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, solicitando a Ud., Sr. Superintendente de Recursos Jerárquicos, se sirva dictar Resolución revocando la resolución impugnada y revocar parcialmente la Resolución SB/Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al ANEXO I –EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS de las DIRECTRICES GENERALES PARA LA GESTIÓN DE RIESGO y en mérito a ello, se deje sin efecto el incremento de previsiones especificas del 1.5% para la cartera en moneda extranjera de la categoría 'A' y se disponga que dicho incremento de previsiones sea considerada como previsión genérica adicionable al capital secundario…"

5.- Formulación Criterios del tercero interesado

Que, en fecha 6 de agosto de 2009, se hizo un llamamiento a terceros interesados a través del periódico La Razón, para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos, no habiéndose apersonado ningún tercero interesado ni presentado criterio o alegaciones, y al no ser un elemento impeditivo para dictar Resolución, esta Unidad de Recursos Jerárquicos se debe pronunciar.

CONSIDERANDO:

Que, analizados los antecedentes del caso y la documentación que cursan en el expediente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Jerárquica.

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

1. Análisis de la controversia

Antes de entrar al análisis de la controversia se hacen algunas consideraciones de orden legal en cuanto a lo solicitado por los recurrentes, que señalan:

> *"Se sirva dictar Resolución revocando la resolución impugnada y revocar parcialmente la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008…"*

Al respecto la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002, establece dos medios de impugnación cuales son el recurso de revocatoria y el recurso jerárquico.

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

El Recurso Jerárquico cuyo objeto es someter a control de legalidad los actos dictados por la administración pública pronunciados mediante resoluciones administrativas de carácter general o actos administrativos de carácter equivalente, cuando los mismos hubiesen provocado una vulneración a los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

De lo dicho se tiene que el recurso jerárquico procede solo y en cuanto a la resolución que resuelve el Recurso de Revocatoria, en este caso la Resolución SB 029/2009, donde la resolución jerárquica que se emite en esta instancia sin duda se encuentra relacionada a la primera Resolución (SB Nº 0267/2008).

2.- Los recurrentes arguyen que: "*…todo precepto legal en una determinada materia debe consultar su conformidad con el resto de normas que regulan la misma materia",* señalando además que: *"… el artículo 1º de la Resolución SB Nº 0267/2008 (…) ha sido dictado con abstracción del resto de la normativa bancaria"*

Los recurrentes omiten su obligación de expresar de manera clara y precisa cual sería la disconformidad de la Resolución emitida por la Ex SBEF respecto a determinadas leyes, decretos, reglamentos u otros que hubiesen

sido excluidos y transgredidos o cual sería el perjuicio o derechos vulnerados que hubiere ocasionado la Resolución Administrativa SB Nº 29/2009.

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

Siendo este un requisito indispensable para que el recurrente pueda probar su pretensión, no puede emitirse un pronunciamiento sobre el particular, sin perjuicio de señalar que la propia Ley de Bancos y Entidades Financieras, determina que la SBEF tiene como atribución determinar los criterios de clasificación y evaluación de activos y sus previsiones, por lo que la Ex SBEF hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), ha ejercido las facultades y atribuciones conferidas por ley.

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

3.- Inexistencia de Bases Técnicas adecuadas.

3.1. Los recurrentes señalan que las definiciones respecto a lo que significa "Previsión Específica" y "Previsión Genérica" dadas por la ASFI y los Principios emitidos por el Comité de Basilea, permiten evidenciar que no existe una adecuada congruencia entre la parte considerativa y la parte resolutiva de la Resolución Administrativa Nº 0267/2008.

- Al respecto, la Resolución impugnada señala que: *"la definición del término previsión contenida en el glosario es referencial y abarca un significado más amplio que se basa en criterios de prudencia y anticipación a situaciones venideras".*

- Refiere también que: *"el elemento común de las previsiones específicas y genéricas tiene que ver con ocurrencias a futuro y que la diferencia radica en que la previsión se aplica a clientes individuales o a una cartera en general, por lo que la previsión específica no requiere la presencia tácita y segura de pérdidas"*

Si bien es cierto que, el término previsión tiene una concepción genérica y que la previsión específica y la genérica están condicionadas a una ocurrencia futura y que la previsión específica no necesariamente requiere la presencia tácita y segura de pérdidas, sin embargo corresponde precisar lo siguiente:

- Basilea II considera tres tipos de previsiones en relación con los riesgos de pérdidas en la cartera de créditos e inversiones de los Bancos e instituciones de intermediación financieras, ***específicas, genéricas y genéricas para una determinada cartera***. Las dos primeras son equivalentes a las definidas en el Titulo V de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referido al régimen de previsiones.

  Las previsiones genéricas para una determinada cartera tienen el mismo objetivo que las generales, pero se diferencian en cuanto a que las primeras incluyen riesgo-país. Ambas se dirigen a resguardar los riesgos de las carteras de préstamos e inversiones de las entidades de intermediación financiera, ante perspectivas macroeconómicas o circunstancias adversas, a veces muy difícilmente previsibles, que pueden afectar a un sector, industria o grupos de deudores.

- Las previsiones específicas son mecanismos de cobertura crediticia **para un cliente de manera específica,** denotan el perfil de riesgo de un determinado cliente, mientras que las previsiones genéricas

son de **cobertura el total de la cartera** frente a contingencias futuras o factores que afectan en forma conjunta al total de la cartera.

- Por su naturaleza, la previsión genérica tiene relación con factores externos generales toda vez que se aplican a todas las carteras, sin ningún tipo de especificación o individualización. En el caso analizado indiscutiblemente la situación económica nacional y mundial se constituye en un factor general.

- Por su parte, la previsión específica también tiene relación con factores externos específicos y es aplicada de manera selectiva a diferentes tipos de cartera considerando ciertos criterios concretos que hacen al riesgo crediticio.

Por lo tanto los argumentos referentes a que se requiere incrementar los niveles de reservas de previsiones con el objetivo de fortalecer la posición de solvencia de las entidades de intermediación financiera, ante la amenaza de incremento del riesgo crediticio producto de la crisis económica, utilizados en la resolución impugnada no son suficientes y no liberan al ente regulador de justificar debidamente un incremento en las previsiones específicas.

Sin embargo, el segundo argumento referido a cubrir el riesgo adicional derivado de los préstamos concedidos en moneda extranjera a prestatarios que generen ingresos en moneda local, se encuentra íntimamente relacionado a los alcances conceptuales de las previsiones específicas, conforme se observó del análisis de las definiciones citadas precedentemente.

3.2. "…Este incremento de previsiones determinará que las sumas de dinero previsionadas queden cautivas y no puedan ser aplicadas a deudores o sectores de actividad que se vean afectados por la crisis económica internacional o por un posible riesgo cambiario, imposibilitando que se pueda cumplir con el Ratio Legis de la Resolución 0267/2008, ya que únicamente se constituiría un stock de previsiones inmovilizadas, que en nada contribuirían a resolver los problemas que pretende evitar el ente regulador…".

La facultad de determinar las previsiones han sido establecidas por la Ley de Bancos y Entidades Financieras, como una atribución de la Ex SBEF hoy ASFI, precisamente con el objeto de garantizar un sistema financiero sólido, seguro y solvente como una función muy importante del Estado reconocida constitucionalmente. Señalar que el incremento de previsiones "*en nada contribuirían a resolver los problemas que pretende evitar el ente regulador*" constituye un argumento subjetivo que carece de objetividad y consiguientemente no puede ser analizado en la presente resolución.

3.3. "…La única manera de cumplir con la finalidad que la SBEF se ha trazado en la parte Considerativa de la Resolución que fue objeto del recurso de revocatoria es a través de la constitución de previsiones genéricas, las que deberían ser utilizadas por las entidades bancarias y financieras de acuerdo a la Ley y reglamentos (…) Previsiones que cumplan una función efectiva de protección y fortalecimiento del sistema financiero…".

Bajo el mismo criterio señalado en el punto precedente (3.2.), tampoco corresponde considerar el argumento esbozado por los recurrentes, por ser eminentemente subjetivo, debiendo además señalarse que las medidas tendientes al fortalecimiento y control del sistema financiero están reservados para el ente regulador y para el Estado y no así para los regulados.

Sin embargo, corresponde precisar que las previsiones genéricas, son establecidas con el objeto de reforzar el régimen de previsiones, en casos en que en épocas de crisis las reservas constituidas por previsiones normales podrían ser insuficientes. A su vez, no debe dejarse a un lado que las previsiones genéricas es para el total de la cartera indistintamente de su calificación de riesgo, situación que no se adecúa al caso en autos, ya que uno de los

problemas detectado, que llevo a la Ex SBEF a emitir la normativa es justamente un tipo de cartera y contingente (moneda extranjera) y de una categoría ("A"), por lo que corresponde la aplicación de previsión específica.

3.4. "…No existe un solo argumento que justifique este tipo de previsiones y las mismas no sean consideradas como genéricas, a ser administradas por la normativa vigente…"

Al respecto la resolución impugnada dice:

- "*La decisión de incrementar previsiones específicas de la cartera y contingente correspondiente a la categoría 'A' en moneda extranjera, surge a partir de un análisis realizado sobre la actual situación económica nacional como mundial y obedece a razones tales como la identificación de un riesgo adicional en operaciones contratadas en moneda extranjera".*

- *"El hecho que la emisión de moneda norteamericana no es controlada por la autoridad monetaria nacional, los ingresos de los prestatarios con los que honran sus obligaciones generalmente son originados en bolivianos, por esa razón las operaciones pactadas en moneda norteamericana son sensibles a fluctuaciones del tipo de cambio de la moneda extranjera"*

- "*…el riesgo de crédito por tipo de moneda es diferente, aspecto que justifica la adopción de medidas prudenciales diferenciadas por tipo de moneda"*

- *"Al cierre del mes de diciembre del 2008 la categoría 'A' representa el 91.2% del total de créditos del sistema; por otro lado la cartera pactada en moneda extranjera representa el 66.4% respecto al total de la cartera".*

- *"La cartera bruta más contingente, que en el periodo de diciembre del 2001 a noviembre del 2008, registro un crecimiento de 4.233 millones a 5.765 millones de dólares estadounidenses respectivamente y contrariamente las previsiones específicas constituidas expusieron una reducción de 322 millones a 228 millones de dólares estadounidenses en el mismo período".*

Cabe el siguiente análisis:

- Conforme se dijo precedentemente, las previsiones específicas en su fijación, incremento o modificación requieren argumentos específicos que tengan relación directa y concreta con el tipo de cartera a la cual serán aplicadas. La situación económica nacional y mundial constituye un elemento general y no es en sí mismo un riesgo adicional en operaciones de moneda extranjera, por lo que no puede ser considerado como un argumento suficiente para el incremento de la previsión específica, sin embargo corresponde revisar el segundo fundamento de respaldo que la ex SBEF ha planteado y que fue transcrito precedentemente:

  Al 30 de noviembre de 2008, la cartera bruta más contingente asciende a 5,765 millones de dólares estadounidenses, lo que representa un incremento del 56% respecto a diciembre de 2004. Contrariamente en el mismo período de tiempo, las previsiones constituidas disminuyeron en 29%, representando actualmente apenas el 3.9% del total de la cartera más contingente, es decir se produjo una significativa reducción del nivel de cobertura de previsiones.

  Asimismo, y siguiendo lo señalado por la Ex SBEF, la composición de cartera por calificación, el 90.9% de la cartera más contingente está concentrada en la categoría "A" (5,240 millones de dólares

estadounidenses), y de este porcentaje, el 62.6% corresponde a operaciones en moneda extranjera (3,281 millones de dólares estadounidenses), es decir del total de la cartera más contingente, el 56.9% está concentrada en operaciones contratadas en moneda extranjeras y con calificación "A".

Por otro lado, la Ex SBEF determina a través del Test de proporciones de Hildebrand, que el riesgo de crédito es diferente según la moneda en la que se otorga una operación.

Asimismo, el comportamiento del índice de mora en los últimos 8 años, cuya desagregación por moneda, refleja una mora histórica superior en préstamos contratados en moneda extranjera.

Por lo tanto, tomando en cuenta los citados elementos, que justifican la necesidad del establecimiento de medidas prudenciales diferenciadas por tipo de moneda, enfocando a las operaciones en moneda extranjera, es que se encuentra la fundamentación necesaria para el incremento de las previsiones específicas. Asimismo debe tomarse en cuenta que la ex SBEF hoy ASFI tiene por objetivo conforme determina el Artículo 153 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, mantener un sistema financiero sano y eficiente, así como velar por la solvencia del sistema de intermediación financiero, para cuyo efecto y conforme las atribuciones determinadas por el Art. 154 del mismo cuerpo legal, tiene la facultada de determinar los criterios clasificación y evaluación de activos y sus previsiones.

De lo expuesto se puede concluir que, la Ex SBEF ha presentado dos argumentos que motivan su Resolución Administrativa, el primero de ellos respecto al riesgo crediticio producto de la crisis económica internacional y el segundo respecto a la necesidad de cubrir los préstamos concedidos en moneda extranjera a prestatarios que generan ingresos en moneda local. Para el primer argumento se puede señalar que el mismo no se encuentra lo suficientemente fundamentado, más por el contrario denotaría confusión en el manejo de las previsiones, sin embargo el segundo fundamento y como se aprecio cuenta con el debido respaldo y motivación.

3.5.* Por la propia definición de los créditos en la categoría 'A' *"se trata de clientes que a partir de una evaluación individual se ha determinado que tienen una pérdida espera tendiente a cero por lo que el incrementar el requerimiento de previsiones específicas en esta categoría no tiene asidero técnico. En este sentido, cuando un banco identifica que un cliente calificado en esta categoría muestra deterioro en su capacidad de pago, procede a la reclasificación del crédito a otra categoría inferior que evidentemente requiere un mayor nivel de previsión específica"

La calidad de los clientes calificados en la categoría "A" cuyo riesgo crediticio es menor y la existencia de otras categorías en las que pueden ser reclasificados por incremento de ese riesgo crediticio, determinando así también un incremento de la previsión específica, es un argumento que debió ser analizado por la ASFI al momento de emitir la resolución impugnada. Al no haberlo hecho ha omitido la obligación de fundamentación suficiente que todo acto jurídico debe contener.

Sin embargo, hay que hacer énfasis que todo préstamo tiene un posible riesgo, ya que si este hecho no sería cierto antes de la emisión de las Resoluciones Administrativas referidas a previsiones, no tendrían diferentes tipos de categoría. Ahora bien el hecho de que el Banco refiera que si existiera un posterior deterioro, los Bancos procederían a una recalificación se tiene que no es un justificativo válido ya que ante una posible crisis económica y ante el incumplimiento de varios prestatarios el impacto de volver a recalificar a sus clientes puede llevar a la inestabilidad financiera.

3.6. "La Resolución Administrativa 267/2008 no justifica el por qué del incremento en un 1.5% de las previsiones específicas de la cartera y contingente de la categoría 'A' y sea aplicado a créditos y contingentes en moneda extranjera".

En todo el análisis realizado se ha podido establecer que los argumentos utilizados por la ASFI para justificar el porcentaje de incremento de la previsión específica no son suficientes.

Al haberse emitido la resolución impugnada sin la debida fundamentación jurídica y técnica, se ha omitido una parte esencial que debe contener todo acto administrativo y que tiene que ver con el principio del debido proceso, a objeto de que los destinatarios de dicho acto pueda conocer con certeza todos los fundamentos que lo motivaron para así ejercer de manera irrestricta su derecho a la defensa.

En lo que respecta a la aplicación a los créditos y contingentes, el recurrente ha omitido considerar lo ya expuesto por la Superintendencia de Bancos en su Resolución SB Nº 029/2009 donde refiere:

Que el fin teleológico de la resolución impugnada no es más que el mantenimiento de un sistema financiero sano y solvente en un futuro, es así que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras dispuso como medida preventiva la de incrementar los niveles de reserva a la previsión específica de la categoría 'A' en moneda extranjera justamente previendo que la crisis financiera internacional afecte a los ahorristas y a los prestatarios de la banca boliviana siendo que como ya se dijo antes existe una elevada concentración de cartera en moneda extranjera, que el riesgo de crédito por tipo de moneda es diferente, las operaciones en moneda extranjera presentan un mayor riesgo, la emisión de dólares estadounidenses no es controlada por la autoridad monetaria de Bolivia, las operaciones pactadas en moneda extranjera son sensibles a fluctuaciones del tipo de cambio.

De lo señalado se advierte que la Resolución SB Nº 029/2009 se encuentra debidamente fundamentada respecto a las razones por las que se incrementó las previsiones especificas de la cartera y contingente de la categoría 'A' en moneda extranjera.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión de la existencia de fundamentación y motivación para el incremento del 1.5% de las previsiones específicas, en razón de cubrir el riesgo adicional derivado de los préstamos concedidos en moneda extranjera a prestatarios que generen ingresos en moneda local. Así como se ha constatado la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero para dicha determinación, en cumplimiento a la Ley de Bancos y Entidades Financieras y demás normativa conexa. Sin embargo mientras se tramitaba el recurso jerárquico objeto de la presente resolución, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha emitido la Resolución Administrativa ASFI Nº 073/2009 de 30 de julio de 2009, por la que, al igual que la Resolución SB Nº 267/2008 impugnada en el presente trámite administrativo resuelve "APROBAR LAS MODIFICACIONES AL ANEXO 1 - EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS de las DIRECTRICES GENERALES PARA LA GESTIÓN DE RIESGO DE CRÉDITO, de acuerdo al texto contenido en el Anexo que forma parte de la presente Resolución" , lo que determina la desaparición de la causa de la impugnación que dio lugar al Recurso Jerárquico y constituye una causa sobreviniente que impide emitir una resolución de fondo sobre el tema en cuestión.

CONSIDERANDO:

Que, la materia del presente recurso jerárquico tiene estricta y exclusiva relación con la Resolución Administrativa que motivó la impugnación la cual al haber sido modificada por el mismo órgano que la emitió produce la extinción de sus efectos jurídicos y por tanto no permite continuar con el procedimiento de Recurso Jerárquico el que, por dicha razón, debe darse por concluido.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- DECLARAR CONCLUIDO el Recurso Jerárquico interpuesto por el BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONOMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CRÉDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. y BANCO GANADERO S.A, contra la Resolución Administrativa SB Nº 29/2009 de 9 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SB Nº 0267/2008 de 24 de diciembre de 2008, por extinción de su objeto y causa, concluyendo el procedimiento y disponiendo el archivo de obrados.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTES

FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECONOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SB Nº 020/2009 DE 28 DE ENERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 002/2009 DE 09 DE SEPTIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE Y DECLARA CONCLUIDA LA IMPUGNACIÓN INTERPUESTA AL ART. 7, SECC I, DEL REG. DE TASAS DE INTERÉS

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI No. 002/2009

La Paz, 9 de septiembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,** contra la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009, que confirma la Resolución SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°014/2009 de 27 de agosto de 2009, emitido por la de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 17 de febrero de 2009, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A,** legalmente representado por la Sra. Elvira María Elizabeth Nava Salinas en mérito al Testimonio Poder Nº 177/2008 de 13 de marzo de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 35 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Rebeca Mendoza Gallardo; **FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A.,** legalmente representado por el Sr. Víctor Cespedes Mendieta, en mérito al Testimonio Poder Nº 27/2004 de fecha 15 de enero de 2004, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 002 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Hugo Alba Rodrigo; **FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A.** legalmente representado por la Sra. Patricia Piedades Suarez Barba, en mérito al Testimonio Poder Nº 522/2006 de fecha 14 de diciembre de 2006, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 34 del Distrito Judicial de Santa Cruz a cargo de la Dra. Martha Ariane Antelo; **ECO FUTURO FFP S.A.** legalmente representado por el Sr. Joaquín Fernando Mompó Siles en merito al Testimonio Poder Nº 119/2008 de 25 de septiembre de 2008, otorgado ante Notaría de Fe Publica Nº 103 del Distrito Judicial de La Paz a cargo del Dr. Roger Pérez Lara; **FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,** legalmente

representado por el Sr. Nelson Germán Gerardo Hinojoza Jiménez en mérito al Testimonio Poder Nº 188/2002 de fecha 10 de octubre de 2002 otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº15 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. María Cristina Ibáñez; presentan Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante la cual confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008.

Que, mediante carta SB/IAJ/D-13189 de 11 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras remite en fecha 12 de marzo del 2009, a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 20/2009 de 28 de enero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 17 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 16/2009 de 29 de abril de 2009 notificada el 30 de abril de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 27 de julio de 2009, notificado a los recurrentes el 28 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, radicado el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante publicación en un diario de circulación nacional (Razón) de fecha 6 de agosto de 2009, se hizo el llamamiento a terceros interesados.

Que, el 12 de agosto de 2009, a horas 10:00 am se recibió nuevamente la exposición oral a solicitud de el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,**

CONSIDERANDO:

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

1.-Resolución Administrativa SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008

El 8 de diciembre de 2008, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras emite la Resolución Administrativa SB Nº 0249/2008, mediante la cual dispone:

*"Aprobar y poner en vigencia las modificaciones al **Reglamento de tasas de interés**, de acuerdo al texto contenido en el Anexo que forma parte de la presente Resolución."*

Las modificaciones son las siguientes:

- **Incorporación de un tercer párrafo en el Artículo 7 de la Sección 1:**

  "Artículo 7° - Comisiones por mantenimiento.-

  …En este sentido, las entidades de intermediación financiera no podrán realizar cobros por uso o mantenimiento de tarjetas de débito, ni por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera, dentro del territorio nacional."

- **Incorporación de un segundo párrafo en el Artículo 12 de la Sección 2:**

  "Artículo 12° - Vigencia de contratos.-

  …En lo que se refiere a la recepción de depósitos del público en cuentas de ahorro y cuentas corrientes, los contratos de depósitos a ser suscritos desde el día 09 de diciembre de 2008 deberán contemplar las condiciones y requisitos que este reglamento contiene. Para los contratos de depósitos en cuenta corriente y cajas de ahorro, firmados con anterioridad a esa fecha, la entidad debe suscribir las adendas correspondientes con sus clientes, eliminando el cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta, mantenimiento de tarjeta de débito y por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad dentro del territorio nacional."

2.- Recurso de Revocatoria

El **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,** mediante memorial presentado el 30 de diciembre de 2008, presentaron Recurso de Revocatoria con los mismos argumentos que fueron expuestos en su Recurso Jerárquico.

3.- Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009

Mediante la cual la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras confirma la Resolución Administrativa SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008 que aprueba y pone en vigencia las modificaciones al Reglamento de tasas de interés, bajo los siguientes fundamentos:

"Que, analizados los argumentos expuestos en el memorial del Recurso Revocatoria, corresponde efectuar las siguientes consideraciones y análisis de orden legal y técnico:

- *La intermediación financiera, en su calidad de actividad regulada, dentro el campo del derecho bancario, tiene un fuerte componente público, al ser el Estado quien detenta la obligación de tutelar el interés público general, en la actividad de intermediación financiera y por ende en las relaciones contractuales y comerciales que tienen los usuarios-clientes con las entidades financieras reguladas, determinando las condiciones y requisitos necesarios para que puedan interactuar en el sistema financiero.*

- *La libertad contractual es un principio del derecho que se encuentra consagrado en la legislación boliviana, no obstante este principio encuentra su limitante en el mismo ordenamiento jurídico, puesto que se exige que cualquier acuerdo celebrado entre partes no debe ser contrario a alguna de sus disposiciones y esté subordinado a la realización de intereses dignos de protección jurídica, tal como lo determina el artículo 454 del Código Civil.*

- *El ahorro es el principal sustento del sistema financiero, pues la existencia de éste permite el funcionamiento de las entidades de intermediación financiera, no puede ser penalizado con cobros adicionales, mucho más si se considera que es la palanca económica que permite la actividad del crédito y otras que realizan las EIF y que el mismo es retribuido en forma marginal.*

- *El uso de las tarjetas de debito por parte de los clientes que tienen sus depósitos en las entidades de intermediación financiera, se convierte en una ventaja adicional para la entidad de intermediación financiera, puesto que a través del uso de sus cajeros automáticos incurre en menores costos en la atención de los depositantes que quieren realizar retiros de sus dineros.*

- *Las modificaciones incorporadas en la Resolución SB N° 125/2007 y Resolución SB Nº 249/2008 , mencionadas en la presente Resolución, fueron efectuadas con el objeto de brindar mayor protección a los clientes y usuarios del sistema de intermediación financiera, puesto que en la relación entre las EIF y sus clientes se presenta un alto grado de asimetría en la información.*

- *La Resolución SB N° 125/2007 de 19 de octubre de 2007 estableció que bajo ningún concepto las entidades de intermediación financiera pueden afectar el valor de los montos depositados por sus clientes, mediante comisiones que impliquen el cargo por mantenimiento de cuenta o comisiones equivalentes, sin embargo se ha podido establecer a través de los reclamos efectuados por clientes del sistema de intermediación financiera que continuaban efectuando cobros de comisiones por el uso o mantenimiento de tarjetas de débito.*

- *La normatividad contenida en la Resolución SB N° 249/2008 de 8 de diciembre de 2008, no presenta características retroactivas. La instrucción de suscribir adendas a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la norma que se impugna, debe entenderse como la suscripción de contratos modificatorios o aclaratorios con efectos legales a partir de su suscripción, entre tanto la entidad financiera se encuentra obligada a cumplir la norma que prohíbe el cobro de comisiones por uso o mantenimiento de tarjetas de crédito o transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad, a partir de la fecha de emisión de la Resolución mencionada, que la pone en vigencia. Es importante dejar absolutamente claro que en ningún momento la norma impugnada dispone su aplicación retroactiva en los contratos anteriores, es decir, no se ha dispuesto la devolución de los importes cobrados por las entidades de intermediación financiera a sus clientes por concepto de comisiones de uso o mantenimiento de tarjetas de débito, solamente se exige que la nueva normativa sea de conocimiento de los clientes.*

  Al efecto, el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas señala al respecto que la retroactividad de la ley se presenta 'cuando una ley, reglamento, u otra disposición obligatoria y general, dictada por autoridad de derecho o de hecho, ha de extender su eficacia sobre hechos ya consumados; esto es, anteriores en el tiempo a la fecha de sanción o promulgación', en este caso la eficacia referida de la norma se aplica a la suscripción de las adendas, documentos que deben ser elaborados de manera posterior a la emisión de las modificaciones al Reglamento, por lo que se entiende que no se exige una aplicación con efectos hacia atrás en el tiempo y el hecho de instruir la firma de adendas simplemente obedece a una adecuación a

la norma modificada, que tiene como objeto el transparentar las obligaciones y cláusulas pactadas entre las entidades de intermediación financiera con sus clientes.

- *Los recurrentes justifican los cobros en cuentas de sus clientes y por operaciones de estos en sus mismas oficinas, argumentando que tienen muchos costos operativos y administrativos, de transporte de dinero a agencias lejanas, contratación de seguros y otros, no obstante estos son servicios que las entidades brindan a sus clientes los cuales no pueden ser cobrados cuando los mismos son prestados en sus mismas oficinas y tampoco pueden ser reducidos montos de sus cuentas de cajas de ahorro. Se entiende que el negocio de las entidades se traduce en la intermediación financiera, es decir, la captación de recursos del público para su colocación en activos de riesgos, actividad por la cual las entidades perciben ingresos a través del cobro de tasas activas y de rendimiento.*

- *Si bien el artículo 42 de la Ley de Bancos Entidades Financieras (LBEF), permite que las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediaci6n financiera, así como las comisiones y recargos por otros servicios, sean libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios, la tasas de interés activas y pasivas deberían cubrir todos los costos relacionados con las operaciones activas y pasivas, por tanto la EIF no debería cobrar ningún cargo o comisión por las mismas. En este entendido, los cobros de comisiones y recargos deberían efectuarse, únicamente, cuando se trate de otro tipo de servicios que no sean operaciones activas y pasivas.*

- *Las modificaciones realizadas al Reglamento se fundamentan en la protección del ahorro del público y los derechos del consumidor financiero, en estricto apego al cumplimiento cabal de la obligación de cada entidad de intermediación financiera con sus clientes emergentes de sus contratos de caja de ahorro, consistente en la devolución total o parcial de los depósitos de sus clientes ante su sola solicitud y sin que opere durante la vigencia del contrato el cobro de comisión alguna que vaya en detrimento de dichos ahorros.*

Que, la Resolución SB N° 125/2007 de 19 de octubre de 2007, puso en vigencia la prohibición por el cobro de comisiones por mantenimiento y otras comisiones, por ese antecedente la recurrida Resolución SB N° 249/2008 de 8 de diciembre de 2008, solamente hace una precisión en cuanto al concepto referido a 'otras comisiones': porque la prohibición de cobro de comisiones ya se encontraba vigente con la emisión de la Resolución SB N° 125/2007, en consecuencia la Resolución SB N° 249/2008 es una disposición administrativa reglamentaria y complementaria de la primera (Resolución SB N° 125/2007), la cual en su momento no fue recurrida por ningún interesado.

Que, las Intendencias de Estudios y Normas y de Asuntos Jurídicos mediante informes SB/IEN/D-1132/2009 y SB/IAJ/D-5447/2009 de fechas 9 y 28 de enero de 2009, han expresado que los argumentos contenidos en el memorial de revocatoria presentado por los Fondos Financieros Privados FIE, PRODEM, FASSIL, ECOFUTURO y FORTALEZA, no han demostrado que la Resolución SB N° 249/2008, vulnere principios constitucionales o disposiciones legales y menos que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos de los recurrentes."

4.- Recurso Jerárquico

Por memorial presentado el 17 de febrero de 2009, el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,** presentaron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009, de 28 de enero de 2009, pronunciada por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, fundamentando su pretensión en los siguientes fundamentos:

"III Fundamento Procesal

El presente Recurso Jerárquico es planteado al amparo del Art. 141 de la Ley No. 1488 de Bancos y Entidades Financieras (en adelante LBEF) y el Art. 52 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175, de fecha 15 de Septiembre de 2003.

III.1. Análisis de los argumentos expuestos por la SBEF

La SBEF emitió Resolución SB N° 020/2009, de fecha 28 de Enero de 2009, fundamentando su posición en base a argumentos que pasamos a analizar puntualmente a continuación:

a. *La Libertad contractual* es *un principio del derecho que* se *encuentra consagrado en la legislación boliviana, no obstante este principio encuentra su limitante en el mismo ordenamiento jurídico, puesto que* se *exige que cualquier acuerdo celebrado entre partes no debe ser contrario* a *alguna de sus disposiciones* y *esté subordinado* a *la realización de intereses dignos de protección jurídica, tal como lo determina el artículo* 454 *del Código Civil.'* Como señala la SBEF, la libertad contractual dispuesta *por el Art. 454 del Código Civil efectivamente está subordinada a dos aspectos fundamentales:*

- *los límites impuestos por Ley;*
- *la realización de intereses dignos de protección jurídica.*

Sin embargo, la mencionada resolución no hace referencia a disposición legal alguna que establezca la prohibición de pactar comisiones por la prestación de servicios financieros, en el caso en particular, por el uso y mantenimiento de tarjetas de débito. En otras palabras, no existe norma legal alguna que limite o restrinja a las entidades de intermediación financiera pactar con sus clientes, comisiones por servicios financieros. Por el contrario, el Art. 42 de la LBEF, establece claramente que las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediación financiera, ***así como las comisiones y recargos por otros servicios, serán Libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios.***

Por otro lado, la resolución objeto del presente recurso tampoco hace referencia clara al 'interés digno de protección jurídica,' que nuestras entidades financieras estarían vulnerando al cobrar las comisiones observadas. Se señala de forma infundada y poco precisa que en la relación entre entidades financieras y sus clientes se presenta un alto grado de 'asimetría en la información'; que el ahorro no puede ser 'penalizado'; etc., todos los argumentos altamente subjetivos, no demostrados y que no sustentan legalmente aquel 'interés digno de protección jurídica' que supuestamente se estaría vulnerando.

Es importante señalar que el servicio de tarjetas de débito no es un servicio impuesto por las entidades financieras, sino que es ***otorgado a los clientes interesados en él****, previa suscripción de un contrato que establece detalladamente las condiciones del servicio, así como los costos emergentes de él. Aquel cliente que no esté de acuerdo con las condiciones del servicio ofertadas por cada entidad financiera, es libre de no contratar con la misma y buscar otras opciones que se adecuen a sus expectativas y necesidades.*

En consecuencia, la modificación realizada al Art. 7, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés por la Resolución SB N° 0249/2008, no solamente viola los Arts. 454 del Código Civil y 42 de la LBEF, sino que desconoce el principio de libertad contractual, principio que otorga fuerza de ley

a los contratos suscritos y por suscribirse con los clientes, ocasionando inseguridad jurídica en el sistema financiero, pretendiendo otorgar a una resolución administrativa supremacía y aplicación preferente sobre las leyes.

b. *El uso de las tarjetas de débito por parte de los clientes que tienen sus depósitos en las entidades de intermediación financiera, se convierte en una ventaja adicional para la entidad de intermediación financiera, puesto que a través del uso de sus cajeros automáticos incurre en menores costos en la atención de los depositantes que quieren realizar retiros de sus dineros.*

Con relación al argumento que antecede, es importante señalar que el servicio de tarjetas de debito ofrecido por las entidades financieras persigue los siguientes objetivos puntuales:

- *Extender los horarios de atención a favor de nuestros clientes.*
- *Ampliar los puntos de atención en beneficio directo de nuestros clientes, en virtud a que las tarjetas de débito no solamente permiten realizar retiros de dinero de los cajeros automáticos, sino también realizar compras y contratar servicios de distintos proveedores.*
- *Otorgar seguridad a los clientes, ya que evita el manejo de dinero en efectivo.*

La consecuencia directa de la instalación de cajeros automáticos y utilización de tarjetas de débito, es que se promueve la 'bancarización' a nivel nacional, finalidad que no solamente persiguen las entidades de intermediación financiera, sino la misma SBEF y el Estado. Por consiguiente, el uso de las tarjetas de débito no necesariamente se convierte en una ventaja adicional para las entidades de intermediación financiera, por el contrario, se constituye en una ventaja y un beneficio para el sistema financiero en su conjunto. Por lo expuesto, es evidente que la SBEF no ha analizado con profundidad los beneficios reales que otorga la prestación del servicio de tarjetas de débito.

En cuanto al argumento de que el uso de los cajeros automáticos disminuye los costos en la atención de los depositantes que quieren realizar retiros de sus dineros, esta es una afirmación que no se encuentra respaldada por la resolución recurrida y que requiere de un análisis adecuado previo. En todo caso, a pesar que así fuera, no es un argumento legal válido, para limitar o restringir el cobro de comisiones por el servicio de uso y mantenimiento de tarjetas de débito, toda vez que es evidente que toda entidad financiera busca reducir sus costos operativos para lograr mayor eficiencia y, en consecuencia, servicios financieros de calidad.

c. *Las modificaciones incorporadas en la Resolución SB N° 125/2007 y Resolución SB N° 249/2008, mencionadas en la presente resolución, fueron efectuadas con el objeto de brindar mayor protección a los clientes y usuarios del sistema de intermediación financiera, puesto que en la relación entre las EIF y sus clientes, se presenta un alto grado de asimetría en la información.*

No queda claro a qué hace referencia la SBEF cuando afirma la existencia de un 'alto grado de asimetría en la información', si se toma en cuenta que todo servicio prestado por las entidades de intermediación financiera está respaldado por contratos elaborados en base a la normativa legal y regulatoria vigente y aplicable; que toda información esta a disposición de los clientes en caso de dudas o interrogantes; que existen mecanismos establecidos por la misma SBEF que permiten a los clientes realizar consultas y reclamos (SARC), etc. Todos los clientes leen los contratos antes

de suscribirlos y las entidades de intermediación financiera, a exigencia de la SBEF, brindan una detallada explicación del contenido de los mismos antes que sean suscritos.

d. *La Resolución* SB *N° 125/2007 de* 19 *de octubre de 2007, estableció que bajo ningún concepto las entidades de intermediación financiera pueden afectar el valor de los montos depositados por sus clientes, mediante comisiones que impliquen el cargo por mantenimiento de cuenta* o *comisiones equivalentes, sin embargo* se *ha podido establecer* a *través de los reclamos efectuados por clientes del sistema de intermediación financiera que continuaban efectuando cobros de comisiones por el uso* o *mantenimiento de tarjetas de debito.*

La disconformidad manifestada por algunos clientes, no es motivo o fundamento legal suficiente para restringir y violar la libertad contractual establecida por el Art. 454 del Código Civil y Art. 42 de la LBEF. Los contratos suscritos por los clientes, fueron suscritos de forma libre y voluntaria, en conocimiento de las condiciones y costas emergentes del servicio contratado y, al igual que los clientes voluntariamente tomaron la decisión de contratar el servicio financiero, tienen la libertad de resolver los contratos si consideran que las condiciones de los mismos no se adecuan a sus intereses, necesidades o expectativas.

e. *La normatividad contenida en la Resolución* SB *N° 249/2008, de* 8 *de diciembre de 2008 no presenta características retroactivas. La instrucción de suscribir adendas* a *los contratos celebrados con anterioridad* a *la vigencia de la norma que* se *impugn*a, *debe entenderse como la suscripción de contratos modificatorios* o *aclaratorios con efectos legales* a *partir de* su *suscripción. Es importante dejar absolutamente claro que en ningún momento la norma impugnada dispone su aplicación retroactiva en los contratos anteriores,* es *decir, no* se *ha dispuesto la devolución de los importes cobrados por las entidades de intermediación financiera* a *sus clientes por concepto de comisiones de uso* o *mantenimiento de tarjetas de débito, solamente* se *exige que la nueva normativa* sea *de conocimiento de los clientes.*

La Resolución SB N° 249/2008 vulnera y desconoce lo determinado por el Art. 33 de la Constitución Política del Estado, que establece la irretroactividad de la norma, es decir, que esta rige únicamente para lo venidero. Pese a está garantía constitucional, la SBEF pretende aplicar una resolución administrativa con carácter retroactivo, no en el sentido de que se intente hacer devolver los cobros efectuados por las Instituciones a las que representamos por los servicios brindados a los clientes, sino por imponer la obligatoriedad de modificar contratos que fueron suscritos dentro de un marco legal, de forma libre y voluntaria entre las partes, con anterioridad a la emisión de la resolución impugnada.

La resolución impugnada no solamente 'exige que la nueva normativa sea de conocimiento de los clientes', sino que viola el principio de libertad contractual consagrado en las normas legales ya señaladas, al obligar a las entidades financieras a suscribir adendas. Al respecto, es importante señalar que la SBEF no hace referencia alguna a la imposibilidad material de suscribir adendas a los contratos, manifestada por las instituciones en el Recurso de Revocatoria interpuesto. Es un hecho innegable que es materialmente imposible que las entidades financieras logren suscribir adendas con todos los clientes beneficiados con el servicio de tarjetas de débito, primero por la cantidad de clientes usuarios y, segundo, porque muchos de ellos no se presentaran ante las oficinas de las Instituciones que representamos, pese a que se realicen todos los esfuerzos requeridos. En este sentido, la SBEF, como ente responsable de regular el funcionamiento del sistema de intermediación financiera, debe asegurarse que los reglamentos que emite, además

de estar enmarcados dentro de las disposiciones legales vigentes, puedan ser aplicados por las Instituciones supervisadas, de lo contrario, se esta ante reglamentos que no se adecuan a las características propias de la actividad de intermediación financiera.

f. *Los recurrentes justifican los cobros en cuentas de sus clientes y por operaciones de estos en sus mismas oficinas, argumentando que tienen muchos costos operativos y administrativos, de transporte de dinero a agencias lejanas, contratación de seguros y otros, no obstante estos son servicios que las entidades brindan a sus clientes los cuales no pueden ser cobrados cuando los mismos son prestados en sus mismas oficinas y tampoco pueden ser reducidos montos de sus cuentas de caja de ahorro. Se entiende que el negocio de las entidades se traduce en la intermediación financiera, es decir, la captación de recursos del público para su colocación en activos de riesgos, actividad por la cual las entidades perciben ingresos a través del cobro de tasas activas y de rendimiento.*

Con relación al argumento que antecede, es necesario precisar las siguientes consideraciones:

Todo servicio prestado, implica un costo para las entidades financieras, aspecto que no puede ser negado por la SBEF. En aras de mantener un sistema financiero solvente, las entidades de intermediación financiera deben recuperar los costos por los servicios que prestan, de lo contrario se está ante la posibilidad de poner en riesgo la estabilidad financiera, cuyo principal responsable y protector es el Estado a través de la SBEF.

- La SBEF no especifica cuál es la norma legal que prohíbe el cobro por servicios que se prestan en las 'mismas oficinas'. Se aclara que todos los servicios ofertados por las entidades financieras se prestan en sus oficinas, oficinas contratadas por estos, sus mandatarios, etc. El hecho que el servicio sea prestado en las oficinas propias, no implica que no existe un costo que deba ser cubierto.

g. *Si bien el artículo 42 de la Ley de Bancos Entidades Financieras (LBEF) permite que las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediación financiera, así como las comisiones y recargos por otros servicios sean libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios, la tasas de interés activas y pasivas deberían cubrir todos los costos relacionados con las operaciones activas y pasivas, por tanto la EIF no debería cobrar ningún cargo o comisión por las mismas. En este entendido, los cobros de comisiones y recargos deberán efectuarse, únicamente, cuando se trate de otro tipo de servicios que no sean operaciones activas y pasivas.*

El Art 35 de la LBEF establece que las entidades bancarias están facultadas para realizar operaciones pasivas, activas, contingentes y de ***servicios financieros,*** *disposición aplicable a las entidades financieras no bancarias en virtud al Art. 69 del mismo cuerpo legal. El uso y mantenimiento de tarjetas de crédito otorga a los usuarios un* ***medio*** *para realizar retiros de dinero de los cajeros automáticos y realizar compras y contratar servicios de distintos proveedores, pero no* ***se constituye en sí,*** *en una operación de intermediación financiera (activa a pasiva), sino en un* ***servicio financiero.*** *Por tanto, sobre la base del argumento expuesto por la misma SBEF, no existe prohibición legal alguna que restrinja el cobro de comisiones por servicios financieros.*

h. *Las modificaciones realizadas al Reglamento se fundamentan en la protección del ahorro público y los derechos del consumidor financiero, en estricto apego al cumplimiento cabal de la obligación de cada entidad de intermediación financiera con sus clientes emergentes de sus contratos de*

caja de ahorro, consiste en la devolución total o parcial de los depósitos de sus clientes ante su sola solicitud y sin que opere durante la vigencia del contrato el cobro de comisión alguna que vaya en detrimento de dichos ahorros."

El pago de comisiones por el servicio de uso y mantenimiento de tarjetas de débito, mediante débito en cuenta, no vulnera las disposiciones contenidas en el Art. 876 del Código de Comercio y 862 del Código Civil, ni afecta el ahorro público y los derechos del consumidor financiero, porque no se trata de un debito arbitrario e unilateral que realizan las entidades financieras en calidad de depositarias, sino que se constituye en la forma de pago establecida contractualmente entre partes para cancelar una retribución por un servicio financiero prestado por las entidades financieras. En esta línea, los clientes pueden elegir como van a pagar la prestación de éste servicio, siendo el débito en cuenta una forma común para retribuir servicios. Algunos ejemplos son los débitos para pago de servicios públicos (Luz, agua, teléfono, etc.), pago a proveedores, pago de planillas, cheques de gerencia, etc.

i. Que la Resolución SB *N° 125/2007 de* 19 *de octubre de 2007, puso en vigencia la prohibición por el cobro de comisiones por mantenimiento* y *otras comisiones, por ese antecedente la recurrida Resolución* SB *N° 249/2008 de* 8 *de diciembre de 2008, solamente hace una precisión en cuanto al concepto referido* a *'otras comisiones' por lo que la prohibición de cobro de comisiones* ya se *encontraba vigente con la emisión de la Resolución* SB *N° 125/2007, en consecuencia la Resolución* SB *N° 249/2008* es *una disposición administrativa reglamentaria* y *complementaria de la primera (Resolución* SB *N° 125/2007), la cual en su momento no fue recurrida por ningún interesado.*

Por todo lo expuesto anteriormente es evidente que, si bien la Resolución SB Nº 249/2008 es una disposición en esencia reglamentaria, no es simplemente complementaria, como afirma erróneamente la SBEF, sino que la misma modifica sustancialmente las relaciones contractuales establecidas entre las entidades financieras y sus clientes, imponiendo una prohibición ilegal y arbitraria.

La Resolución SB N° 125/2007 de 19 de octubre de 2007, puso en vigencia la prohibición por el cobro de comisiones por mantenimiento y 'otras comisiones', sin aclarar de forma adecuada el alcance del concepto referido a 'otras comisiones'. Nos preguntamos, ¿Cómo las Entidades Financieras podríamos haber recurrido, si no se tenía claro el alcance de las modificaciones realizadas? En todo caso, independientemente de ello, el Recurso de Revocatoria y el presente Recurso se interponen al amparo de disposiciones legales vigentes, no teniendo el argumento expuesto por la SBEF, asidero legal alguno.

III.3 Fundamentos Jurídicos

La Resolución Administrativa SB Nº 0249/2008, presenta aspectos principales que son incorporados al Reglamento de Tasas de Interés que no son claros en cuanto a su interpretación y aplicación, siendo considerados gravosos a los intereses y derechos de las entidades de intermediación financiera y sus clientes, pero sobre todo ilegales y contrarios al principio de Libertad Contractual, de Jerarquía Normativa y al principio constitucional de Irretroactividad de la Normas.

Las Entidades Financieras recurrentes no pretenden desconocer que la SBEF se constituye en el ente rector del sistema de intermediación financiera del país, con facultades para reglamentar dichas actividades. Sin embargo, como el Art. 152 de la LBEF determina claramente, la SBEF se rige por las disposiciones contenidas en dicha Ley y, por lo tanto, las reglamentaciones que ésta emita con el objetivo de

mantener un sistema financiero sano y eficiente, y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, deben sujetarse a las disposiciones establecidas por la LBEF. Por otro lado, el Art. 2 del mismo cuerpo legal, claramente establece ***la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en la LBEF, frente a cualquier otra disposición legal o normativa,*** *consolidando el* ***principio de primacía de la ley especial*** *sobre la general y sobre cualquier norma reglamentaria emitida por el ente regulador. Este principio es reafirmado por el Principio de Jerarquía Normativa, establecido por el Inc. h), Art 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, que determina que la actividad y actuación administrativa y, particularmente las* ***facultades reglamentarias observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes****. En consecuencia, la SBEF no tiene facultades irrestrictas para supervisar, controlar y reglamentar el sistema de intermediación financiera, sino que* ***debe sujetar sus actos a la Constitución Política del Estado y las leyes, en especial, la Ley de Bancos y Entidades Financieras*****.**

En conclusión, el Art. 7, Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés modificado por la resolución impugnada, vulnera y contradice la libertad contractual determinada por el Art. 42 de la LBEF y Art. 454 del Código Civil, y el principio de Jerarquía Normativa, establecido por el Inc. h), Art.4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo. Por su lado, el Art. 12, Sección 2 del mismo reglamento vulnera el principio constitucional de Irretroactividad de las Normas. La SBEF, al ser el ente responsable de promover un sistema financiero sólido, confiable y competitivo, debe ser el primer interesado en ***proteger el principio de Legalidad*** *y el de* ***Jerarquía Normativa****, sujetando todos sus actos a las normas legales vigentes y aplicables, procurando* ***la seguridad jurídica y garantías constitucionales*** *que tienen todas las personas naturales y jurídicas de la República de Bolivia.*

Petitorio

Por todo lo anteriormente expuesto, amparados en el Art 33 de la Constitución Política del Estado Arts. 2, 42,y 141, de la Ley de Bancos y Entidades Financieras; Art. 454 del Código Civil; Inc. h) Art 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo y Arts. 52 y 53 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, interponemos ante su autoridad Recurso Jerárquico contra la Resolución SB Nº 020/2009, de 28 de enero de 2009 por el Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, solicitando a usted que dentro del plazo establecido por la norma remita el presente recurso con todos sus antecedentes a la Superintendencia General del SIREFI o a la autoridad designada legalmente para resolver el presente recurso, a objeto que, previo los trámites legales, resuelva disponiendo la revocatoria de la Resolución SB Nº 020/2009 de fecha 28 de enero de 2009, y consiguiente revocatoria de la Resolución SB Nº 249/2008 de 8 de diciembre de 2008…"

Que en fecha 9 de abril de 2009 el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.,** presentaron memorial ante la Ex Superintendencia General del SIREFI solicitando se tenga presente los siguientes extremos a efecto de poder establecer los motivos por los cuales impugnamos la Resolución SB Nº 020/2009 de fecha 28 de Enero de 2009.

A. En Relación a la Aplicación de Comisiones.-

- *Todas las Entidades Financieras tiene una elevada participación en el área rural ofreciendo servicios financieros completos (crédito, depósitos, giros y remesas, pagó de servicios, etc.) que la banca comercial ni las ONG financieras ofrecen.*

- *Uno de los principales servicios que utilizan los clientes del area rural es el envío de dinero de una plaza (en el área rural) a otra, generalmente en el área urbana. Sin embargo, los clientes no utilizan el servicio de giros y remesas que las entidades ofrecen por sus costos más altos y lo que hacen es utilizar las cuentas de ahorro como un medio para transferir dinero. Depositan en una cuenta un monto dado y en cuestión de minutos dicho monto es retirado en otro punto del territorio nacional de la misma cuenta, sin que se haya producido ningún cobro por giro o transferencia de dinero ¿Como se realiza dicho retiro? Ya sea mediante la utilización de una tarjeta de débito en un cajero automático existente en cualquier punto del territorio nacional o en una Agencia en otro punto del país.*

  Con los recursos depositados de esta manera en las cuentas de ahorro; las entidades no pueden realizar intermediación financiera y compensar sus costos a través de la tasa activa de interés ya que el dinero permanece escasos minutos en la entidad debido a que los clientes retiran en forma inmediata el dinero depositado en una determinada localidad; en otro punto de atención del país.

  Por ello, los clientes reconocen éste como un servicio real que reciben y han expresado su conformidad en pagar una comisión por éste. Por tanto, el servicio y la comisión son aceptados especialmente por los clientes. Asimismo, son los clientes los que voluntariamente acceden al servicio de 'Tarjeta de debito' mediante la suscripción de un contrato.

  Esta comisión va a cubrir los costos en los que incurre nuestras entidades debido a que el Banco Central de Bolivia, que es el instituto Emisor y responsable por ley para proveer de dinero en el territorio nacional no tiene oficinas ni corresponsales en la mayoría de las localidades del área rural del país. El transportar dinero desde las zonas rurales a ciudades capitales tiene un costo significativo para nuestras entidades, los mismos que se componen de seguros, contratación de empresas transportadoras de valores, o en caso de utilizar vehículos propios, inversión en carros blindados combustibles, viáticos para al menos tres personas que viajan llevando el dinero, el riesgo de asaltos entre otros"

  Finalmente, cabe hacer notar que este cobro se aplica sobre todo a los clientes grandes (gasolinera, expendedoras de cerveza, mayoristas, etc.) que son precisamente los que depositan montos grandes en una localidad y los retiran de inmediato en otra. Al eliminar esta comisión son éstos los más beneficiados ya que sin utilizar el servicio de giros lograrán su propósito de transferir dinero a un costo cero. No son pues los pequeños los beneficiados

  B. En relación a la aplicación retroactiva de la norma

  Por otra parte, es necesario hacer notar que la sugerencia de la SBEF de que nuestras entidades introduzcan una adenda en los contratos de cajas de ahorro con nuestros depositantes determinando la suspensión del cobro de comisiones por el concepto mencionado, conlleva una imposibilidad técnica y material ya que implicaría conseguir que los casi 1.5 millones de clientes de nuestras entidades se apersonaran a nuestras oficinas a firmar las adendas y de esa manera, lograr que la norma tenga un carácter retroactivo vulnerando recurrentemente todo el principio de legalidad, libertad contractual y la irretroactividad normativa... "

4.- Formulación Criterios de Terceros Interesados

Que, en fecha 06 de agosto de 2009 se hizo un llamamiento a terceros interesados mediante un medio de prensa de circulación nacional (La Razón) a objeto de que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos; no habiéndose apersonado ningún tercer interesado, ni presentado criterio o alegaciones, no siendo un elemento impeditivo para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por los recurrentes el 12 de agosto de 2009, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Jerárquica.

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

1.- Análisis de la controversia

1.1. Los recurrentes fundamentan que: ***"La Resolución Administrativa SB 0249/2008, presenta aspectos principales que son incorporados al Reglamento de Tasas de Interés que no son claros en cuanto a su interpretación y aplicación, siendo considerados gravosos a los intereses y derechos de las entidades de intermediación financiera ysusclientes, pero sobre todo ilegales ycontrarios al principio de Libertad Contractual, de Jerarquía Normativa y al principio constitucional de irretroactividad de la normas"***

1.1.1 En cuanto a la libertad contractual

El Tratadista Walter Kaune al referirse al contrato señala: *"…es un acto jurídico por el que dos o más partes se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica."*

El Código Civil Boliviano de forma coincidente en su artículo 454 que refiere sobre la Libertad Contractual establece que:

> *"I. Las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebren…".*

Sin embargo dicho artículo establece a su vez, cuales son las limitaciones de la libertad contractual, determinando lo siguiente:

> *"II. La libertad contractual está subordinada a los límites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica."*

Por lo que, queda claro que la libertad contractual en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra supeditada a las limitaciones citadas precedentemente.

Ahora bien, corresponderá verificar si la Resolución SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008, ha vulnerado la libertad contractual, argumentada por los recurrentes.

La Resolución SB 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008 complementa el Reglamento de Tasas de interés con las siguientes determinaciones:

- **Incorporación de un tercer párrafo en el Artículo 7 de la Sección 1:**

  "… En este sentido, las entidades de intermediación financiera no podrán realizar cobros por uso o mantenimiento de tarjetas de débito, ni por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera, dentro del territorio nacional."

- **Incorporación de un segundo párrafo en el Artículo 12 de la Sección 2:**

  "… Para los contratos de depósito en cuenta corriente y cajas de ahorro firmados con anterioridad a la fecha, ***la entidad debe suscribir las adendas*** *correspondientes con sus clientes, eliminando el cobro de comisiones por mantenimiento de cuenta, mantenimiento de tarjeta de debito y por transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad dentro del territorio nacional."* (negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

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

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

Ahora bien, por otro lado se debe precisar que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF), hoy Autoridad de Supervisión Financiera (ASFI), es el órgano rector del sistema de control de intermediación financiera del país, y tiene por objetivo el de mantener un sistema financiero sano y eficiente y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, contando con facultades para elaborar y aprobar los reglamentos de las normas de control y supervisión sobre las actividades de intermediación financiera. (Art 153, 154 y 155 LBEF).

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del artículo 42 de la LBEF, será ampliamente analizado en el numeral 1.1.3 del presente Considerando.

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

De ello se desprende que, al haberse emitido la Resolución Administrativa SB Nº 0249 de 08 de diciembre de 2008 y entrado en vigencia, su cumplimiento es obligatorio a partir de su notificación o publicación, no sólo para los clientes que suscriban nuevos contratos sino también para todas las transacciones realizadas por los clientes antiguos con quienes los recurrentes hubieren contratado.

1.1.2.- En cuanto a que el Art. 12, Sección 2 de la modificación Reglamento de las tasas de interés vulnera el principio constitucional de Irretroactividad determinado en el Art 33 de la CPE se tiene lo siguiente:

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

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

Ahora bien, en el presente caso, la Ex SBEF hoy ASFI ha fundamentado sobre el particular lo siguiente:

> *"La normatividad contenida en la Resolución SB N° 249/2008 de 8 de diciembre de 2008, no presenta características retroactivos. La instrucción de suscribir adendas a los contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la norma que se impugna, debe entenderse como la suscripción de contratos modificatorios o aclaratorios con efectos legales a partir de su suscripción, entre tanto la entidad financiera se encuentra obligada a cumplir la norma que prohíbe el cobro de comisiones por uso o mantenimiento de tarjetas de crédito (sic) o transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad, a partir de la fecha de emisión de la Resolución mencionada, que la pone en vigencia. Es importante dejar absolutamente claro que en ningún momento la norma impugnada dispone su aplicación retroactiva en los contratos anteriores, es decir, no se ha dispuesto la devolución de los importes cobrados por las entidades de intermediación financiera a sus clientes por concepto de comisiones de uso o mantenimiento de tarjetas de débito, solamente se exige que la nueva normativa sea de conocimiento de los clientes."*

En este sentido la Ex SBEF en las Resoluciones SB 0249/2008 y SB Nº 020/2009 de 8 de diciembre de 2008 y de 28 de enero de 2009, ha hecho una correcta apreciación de los hechos en cuanto a lo que se entiende por irretroactividad ya que la suscripción de las adendas, no exigía una aplicación con efectos hacia atrás en el tiempo y el hecho de instruir la firma de adendas simplemente obedecía a una adecuación a la norma modificada, sin embargo como ya se dijo en el punto 1.1 la determinación de suscribir adendas dada por la Ex SBEF hoy ASFI, ha excedido del ámbito de su competencia.

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

1.1.3 En cuanto a la Jerarquía normativa.-

Los recurrentes fundamentan su pretensión señalando que:

> ***"… el Art. 152 de la LBEF determina claramente, la SBEF se rige por las disposiciones contenidas en dicha Ley y, por lo tanto, las reglamentaciones que esta emita con el objetivo***

de mantener un sistema financiero sano y eficiente, y velar por la solvencia del sistema de intermediación financiera, deben sujetarse a las disposiciones establecidas por la LBEF. Por otro lado el Art. 2 del mismo cuerpo legal, establece la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en la LBEF, frente a cualquier otra disposición legal o normativa, consolidando el principio de primacía de la ley especial sobre la general y sobre cualquier norma reglamentaria emitida por el ente regulador. Este principio es reafirmado por el Principio de Jerarquía Normativa, establecido por el Inc. h) Art. 4 de la Ley N° 2341, de Procedimiento Administrativo, que determina que la actividad y actuación administrativa y particularmente las facultades reglamentarias observaran la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes. En consecuencia, la SBEF no tiene facultades irrestrictas para supervisar, controlar y reglamentar el sistema de intermediación financiera, sino que debe sujetar sus actos a la Constitución Política del Estado y las leyes, en especial, la Ley de Bancos y Entidades Financieras…".

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

Respecto a la violación del principio de jerarquía normativa, corresponde revisar la doctrina:

El tratadista José Antonio Rivera refiere que la misma consiste *en: "que la estructura jurídica de un Estado, se basa en criterios de grados y niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, importancia y sentido funcional. Significa que se constituye en una pirámide jurídica en la que el primer lugar o la cima ocupa la Constitución. Como principio y fundamento de las demás normas jurídicas…".*

Según Francisco Fernández Segado, implica: "*… la existencia de una diversidad de normas entre las cuales se establece una jerarquización, de conformidad con la cual, una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide, obviamente, se sitúa la Constitución."*

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha expresado en su Sentencia Constitucional 013/2002 de 14 de febrero de 2002, que: "*uno de los principios fundamentales inherentes al Estado democrático de Derecho es el principio de la jerarquía, el cual consiste que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional; de manera que una norma situada en rango inferior no puede oponerse a otra superior rango".*

En el presente caso la modificación realizada determina la complementación y consiguiente aclaración respecto a que las entidades de intermediación financiera no podrán realizar cobros por uso o mantenimiento de tarjetas de débito, ni por las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera, dentro del territorio nacional.

Ahora bien, esta determinación debe ser revisada, verificando si la misma se encuentra en oposición u contradicción a una norma de mayor jerarquía cual fundamentan los recurrentes, que sería –según expresan- el Art. 42 de la LBEF.

Este artículo determina que:

"ARTICULO 42º.- Las tasas de interés activas y pasivas de las operaciones del sistema de intermediación financiera, así como las comisiones y recargos por otros servicios, serán libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios. Las entidades de intermediación financiera no podrán modificar unilateralmente los términos, tasas de interés y condiciones pactadas en los contratos.

La tasa de interés anual efectiva incluye todos los cobros, recargos o comisiones adicionales por cualquier concepto o cualquier otra acción que resulten en ganancia o rédito para la entidad de intermediación financiera."

Los recurrentes señalan que no existe norma legal alguna que limite o restrinja a las entidades de intermediación financiera pacta con sus clientes, comisiones por servicios financieros, por el contrario -agrega- que las comisiones y recargos por otros servicios conforme establece el Art. 42 de la LBEF serán libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera.

Si bien la norma transcrita (Art. 42 LBEF) establece que las comisiones y recargos por "otros servicios" podrán ser libremente pactadas entre las entidades de intermediación financiera y los usuarios, sin embargo no existe una determinación específica de la norma que permita a las Entidades Financieras la aplicación de comisión por el uso o mantenimiento de tarjetas de débito o las transacciones realizadas en oficinas o cajeros de la propia entidad de intermediación financiera en el territorio nacional, o incluso que dichas actividades se encuentren en la categoría de "otros servicios", más aún si conforme la doctrina el concepto de servicios financieros engloba **la totalidad** de servicios desarrollados por las entidades financieras.

Por lo que, debemos proceder a realizar un análisis de la norma, aplicando una interpretación teleológica y sistemática de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Es así que tenemos, que el artículo 2 de la LEBF, determina el ámbito de aplicación, restringiendo a dos actividades, la de intermediación financiera y la de prestación de servicios auxiliares financieros.

El artículo 3 del mismo cuerpo legal, detalla cuales son estas actividades que son enunciadas de manera general, donde no se encuentra de manera específica las actividades sujetas a controversia.

El artículo 35 de la LEBF, determina que las Entidades Financieras Bancarias están facultadas para realizar operaciones pasivas, contingentes y de servicios financieros, tanto en moneda nacional como en extranjera. El detalle de operaciones a realizar se encuentra enunciada en los artículos 36 y siguientes, donde a su vez de manera específica no se encuentran citada las actividades sujetas a controversia.

Por lo que, encontramos, que la norma de mayor jerarquía no entra en la especificación de todas las actividades que las Entidades Financieras pueden realizar, debido a que las mismas se encuentran inmersas en las operaciones permitidas y descritas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

Por lo que, corresponde ingresar al análisis conceptual de las normas, para luego verificar la competencia de la Autoridad fiscalizadora, y de esta manera determinar la correspondencia o no de la emisión de la Resolución Administrativa regulatoria en controversia con la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

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

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

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

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

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

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

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

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

Los fundamentos entre otros de dicha prohibición conforme anota la ex SBEF en las Resoluciones Administrativas SB Nº 020/2009 y SB Nº 0249/2008, son el de brindar mayor protección a los clientes y usuarios del sistema de intermediación financiera, así como el hecho que la tasas de interés activas y pasivas deberían cubrir todos los costos **relacionados** con las operaciones activas y pasivas.

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

Finalmente, importa anotar que las otras Entidades Financieras (Bancarias y no Bancarias) han comprendido de igual manera el alcance de la norma, ya que como se ha podido observar del presente proceso, sólo los Fondos Financieros Privados, han interpuesto Recurso de Revocatoria y Jerárquico, entendiéndose que su afectación esta restringida a las transacciones en área rural y no así urbana, misma que requiere otro tratamiento.

1.2- Los recurrentes alegan que **estos tienen una elevada participación en el área rural ofreciendo servicios financieros completos (crédito, depósitos, giros y remesas, pago de servicios etc. y que uno de los principales servicios usados en el área rural es el envío de dinero, sin embargo, los clientes no utilizan el servicio de giros y remesas que las entidades ofrecen, lo que hacen es utilizar las cuentas de ahorro**

como un medio para transferir dinero. Depositan en una cuenta un monto dado y cuestión de minutos dicho monto es retirado, sin que se haya producido ningún cobro o giro o transferencia de dinero Con los recursos depositados de esta manera en las cuentas de ahorro, las entidades no pueden realizar intermediación financiera y compensar sus costos a través de la tasa activa ya que el dinero permanece escasos minutos en la entidad debido a que los clientes retiran en forma inmediata el dinero depositado en una determina localidad, en otro punto de atención del país. El transportar dinero desde zonas rurales a ciudades capitales tiene un costo significativo para nuestras entidades, los mismos que se componen de seguros, contratación de empresas transportadoras de valores, o en caso de utilizar vehículos propios, inversión en carros brindados, combustible, viáticos para al menos tres personas que viajan llevando el dinero, el riesgo de asaltos, entre otros. Finalmente hacer notar que son los clientes grandes (gasolineras, expendedoras de cerveza, mayoristas etc. los que son los más beneficiados al eliminar esta comisión ya que depositan montos grandes de dinero en una localidad y los retiran de inmediato sin utilizar los servicios de giro

Al respecto el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no se pronuncia respecto a los argumentos emitidos por los recurrentes, transcritos precedentemente, ya que corresponderá a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, evaluar y considerar la emisión de normativa regulatoria complementaria, para evitar el uso de caja de ahorro para otros fines distintos a los establecidos para el efecto.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora ASFI, ha hecho una correcta valoración en cuanto a lo referido al principio de jerarquía normativa, libertad contractual e irretroactividad, sin embargo ha impuesto la obligación de suscribir adendas, sin contar con la facultad para hacerlo y sin tomar en cuenta la imposibilidad de su cumplimiento conforme se ha fundamentado en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, mientras se tramitaba el recurso jerárquico objeto de la presente resolución, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha emitido la Resolución Administrativa ASFI Nº 198/2009 de 8 de septiembre de 2009, por la que, entre otros modifica el párrafo tercero del Artículo 7 de la Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés, objeto del recurso planteado, lo que determina la desaparición de la causa de la impugnación que dio lugar al Recurso Jerárquico y constituye una causa sobreviniente que impide emitir una resolución de fondo sobre el artículo en cuestión.

Que, sin embargo el segundo párrafo del Artículo 12 de la Sección 2, no ha sido modificada, por lo que corresponde el pronunciamiento sobre el fondo del mismo.

CONSIDERANDO:

Que, la materia del presente recurso jerárquico tiene estricta y exclusiva relación con la Resolución Administrativa que motivó la impugnación la cual al haber sido modificada por el mismo órgano que la emitió produce la extinción de sus efectos jurídicos y por tanto no permite continuar con el procedimiento de Recurso Jerárquico el que, por dicha razón, debe darse por concluido, respecto a la impugnación planteada contra el Artículo 7 de la Sección 2 del Reglamento de Tasas de interés.

Que, respecto a la impugnación contra el párrafo segundo del Artículo 12 de la Sección 2, modificada por la Resolución SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008, que en Recurso de Revocatoria fue confirmada por la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009 y de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al

Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá confirmar parcialmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR CONCLUIDO la impugnación interpuesta por el **FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECÓNOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.** contra la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009, que confirma la Resolución SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008, por extinción de su objeto y causa, respecto al tercer párrafo del Artículo 7 de la Sección 1 del Reglamento de Tasas de Interés.

ARTÍCULO SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa SB Nº 020/2009 de 28 de enero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SB Nº 0249/2008 de 8 de diciembre de 2008, modificando el segundo párrafo del artículo 12 del Capítulo 16 del Titulo 9 (Reglamento de Tasa de Interés), con el siguiente texto:

> *"En lo que se refiere a la recepción de depósitos del público en cuentas de ahorro y cuentas corrientes, los contratos de depósitos a ser suscritos desde el día 09 de diciembre de 2008 deberán contemplar las condiciones y requisitos que este reglamento contiene. Para los contratos de depósitos en cuenta corriente y cajas de ahorro, firmados con anterioridad a esa fecha, la entidad debe hacer conocer expresamente a sus clientes, el tratamiento de las comisiones, conforme al presente Reglamento."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 042-A DE 23 DE ENERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 003/2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 003/2009

La Paz, 14 de septiembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 881 de 12 de noviembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 015/2009 de 27de agosto de 2009 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de febrero de 2009, **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.,** legalmente representada por Marioly Aguilera Rosado, en su condición de Gerente de Finanzas e Inversiones tal como acredita el poder Nº 09/2006 de 05 de abril de 2006, otorgado ante la Notaria de Fe Pública No. 97 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2008, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que declaró la improcedencia del Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 881 de 12 de noviembre de 2008, al haber sido interpuesto fuera de plazo.

Que, mediante carta SPVS 167.2009 de 16 de febrero de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió en fecha 02 de marzo del 2009, a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 05 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 13/2009 de 28 de abril de 2009 notificada en la misma fecha, la Ex Superintendencia General del SIREFI resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 28 de julio de 2009, notificado al recurrente el 31 de julio de 2009, se radicó el procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, radicado el procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo lo establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante Auto de fecha 29 de julio de 2009 se notificó con las actuaciones para su participación en el procedimiento a la Organización Educacional Boliviana Saint Andrew's (OEBSA), como tercero interesado.

Que, en fecha 21 de agosto de 2009 se recibió nuevamente la exposición oral de fundamentos del Recurso Jerárquico interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A. contra la Resolución Administrativa SPVS/IP//Nº 042-A de 23 de enero de 2009.

CONSIDERANDO:

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

1. Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 881 de 12 de noviembre de 2008

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 881 de 12 de noviembre de 2008, notificada el 03 de diciembre de 2008 la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO 1º.-** Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us. 5.001.--), por infracción a lo dispuesto en el artículo Segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 281 de 22 de abril de 2003 y el artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997.*
>
> ***ARTICULO 2º.-** En el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá reponer con sus propios recursos los aportes faltantes en la Cuenta Individual del Afiliado Alvaro Cano Aguillón..."*

2. Recurso de Revocatoria

Por memorial presentado el 29 de diciembre de 2008, BBVA PREVISIÓN AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 881 de 12 de noviembre de 2008, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

> "***II. Antecedentes***

En fecha 03 de diciembre del año en curso, BBVA Previsión AFP fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 881/08 pronunciada por la SPVS en fecha 12 de noviembre de 2008, que en su artículo 2º resuelve:

En el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos de notificada la presente Resolución Administrativa, la AFP deberá reponer con sus propios recursos los aportes faltantes en la Cuenta Individual del Afiliado Alvaro Cano Aguillón.

III. Fundamentos de la Impugnación

La Ley 1732 de 29 de noviembre de 1996, con meridiana claridad establece como obligación del Empleador actuar como agente de retención y pagar las cotizaciones, primas y comisiones deducidas del Total Ganado de los afiliados bajo su dependencia laboral y a la vez establece la obligación de pagar con sus propios recursos la prima de riesgo profesional.

La Resolución Sancionatoria sin expresar fundamento alguno dispone que el Recurrente reponga con sus propios recursos los aportes faltantes en la Cuenta Individual del afiliado Alvaro Cano Aguillón, decisión arbitraria e ilegal, considerando que ante la solicitud de exención de aportes del citado afiliado, realizado por la empresa, no ha tenido ninguna comunicación de aceptación de la misma, motivo por el que el empleador tenía el deber de actuar conforme lo prevé el artículo 21 de la Ley 1732.

La SPVS al ordenar la reposición de los aportes faltantes no fundamenta por qué el Recurrente debe proceder a dicha reposición, incumpliendo lo establecido por el artículo 17 numeral II inciso d) del Reglamento de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera – SIREFI que a la letra manifiesta:

Artículo 17 (concepto):

II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...) d) los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan

Conforme se ha manifestado, la Resolución Administrativa SPVS-IP 881 en ninguno de sus considerandos fundamenta las razones por las cuales el Recurrente debe reponer con sus propios recursos las cotizaciones en la Cuenta Individual del afiliado Alvaro Cano Aguillón; es más, pretende desconocer la obligación legal que tiene su empleador de actuar como Agente de Retención y pagar las contribuciones al Seguro Social Obligatorio.

Los períodos que supuestamente el Recurrente debería reponer, corresponden a períodos en los cuales el empleador tenía la obligación legal de actuar como agente de retención y pagar las contribuciones, pese a la solicitud de exención, en tanto no exista una respuesta de la AFP que manifieste que está liberado de realizar la retención y el pago de contribución.

El párrafo cuarto del artículo 21 de la Ley 1732 establece la prohibición de transferir la obligación que tiene el empleador de pagar las contribuciones al Seguro Social Obligatorio y su responsabilidad por su incumplimiento a los afiliados, de ello se infiere que tampoco puede transferirse la responsabilidad a las Administradoras de Fondos de Pensiones, con el supuesto argumento de que no se respondió la solicitud de exención de contribuciones en el plazo de cinco (5) días, siendo que el empleador tenía el deber legal de actuar como agente de retención.

IV. Petitorio

Por los fundamentos expuestos PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) al amparo del numeral III del artículo 21 de la Ley 2341 y artículo 48 y siguientes del Decreto Supremo 27175, del 15 de septiembre de 2003, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 881/2008 de 12 de noviembre de 2008, solicitando a su autoridad REVOCAR el artículo segundo de la misma, por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos a lo largo del presente recurso".

3. Alegatos del Tercero Interesado

Mediante memorial presentado el 23 de enero de 2009, Irene Sonia Mendoza Calderón, en calidad de Gerente General y representante legal de la ORGANIZACIÓN EDUCACIONAL BOLIVIANA SAINT ANDREWS, se apersona para exponer las siguientes consideraciones legales:

"1. Recurso presentado fuera de plazo

BBVA fue notificada con la Resolución impugnada el 03.12.2008 en mérito a ello y considerando que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 48 del RLPA-SIREFI, los recursos de revocatoria deben ser interpuestos dentro de los 15 días hábiles administrativos siguientes a la notificación de la Resolución Impugnada, BBVA tenia que interponer su recurso de revocatoria hasta el 24.12.2008 y no el 29.12.2008 como lo hizo. Por la razón anotada, en aplicación del artículo 43 I d) del RLPZ-SIREFI, corresponde a su autoridad declarar su improcedencia.

A ese efecto, su autoridad debe tener presente que: i) el procedimiento sancionador que dio origen a la Resolución impugnada fue sustanciado en La Paz, a través de la Regional La Paz de BBVA, extremo que se corrobora con la notificación de la Resolución Impugnada a su Gerente Regional La Paz, y ii) habiendo sido notificada la Resolución Impugnada al Gerente Regional La Paz de BBVA, el plazo para la interposición del recurso debe computarse considerando que el recurrente se encuentra en la sede de la Superintendencia y no fuera de ella, y iii) es improcedente que para habilitar un plazo vencido (24.12.2008), BBVA pretenda beneficiarse del plazo de la distancia regulado por el artículo 34 del RLPA-SIREFI (5 días hábiles administrativos adicionales), señalando como lugar de elaboración del recurso y para notificaciones ulteriores su oficina principal de la ciudad de Santa Cruz.

2. Recuso Improcedente

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Pensiones, concordante con lo dispuesto por los artículos 11 y 12 del D.S. 24586 de 29.04.97: i) El empleador tiene la obligación de actuar como Agente de Retención y pagar las cotizaciones; primas y comisiones deducidas del total Ganado de los Afiliados bajo su dependencia laboral, dentro del plazo legal, ii) la falta de pago de las cotizaciones, primas y comisiones en los plazos establecidos constituyen en mora al empleador quien queda obligado al pago de los intereses y recargos establecidos por ley, y iii) las cotizaciones, primas, comisiones, intereses y recargos no pagados por el empleador, en ningún caso podrán ser posteriormente cobrados a los Afiliados. De lo expuesto precedentemente, se concluye que OEBSA asumiría cualquier responsabilidad por pagos en defecto del Afiliado Alvaro Cano, con un perjuicio económico sobre su patrimonio.

Para evitar las pérdidas patrimoniales del Empleador señaladas precedentemente, cuando ellas tienen su origen en infracciones probadas de las AFP's los artículos 289 del Reglamento a la Ley de Pensiones,

aprobado por D.S. 24469 de 17.01.97 (RLP) y 68 del RLPA-SIREFI disponen que las sanciones administrativas que imponga la SPVS a las AFP's deben incluir ' la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas por la violación de las normas' y 'las modalidades de su ejecución, así como las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir ... los efectos de la infracción y restaurar el derecho', respectivamente, vale decir, medidas tendientes a evitar pérdidas en el patrimonio de OEBSA o a restaurar las que se hubiesen producido.

En ese marco: i) el séptimo parágrafo del sexto Considerando de la Resolución Impugnada señala que la negligencia de BBVA generó una mora por defecto con daño directo sobre el patrimonio del Afiliado que, como se expuso anteriormente, se traslada automáticamente sobre el patrimonio de OEBSA, y ii) el tercer párrafo del séptimo considerando señala que, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 67 y 68 del RLPA-SIREFI, la SPVS debe dictar resolución sancionadora imponiendo o desestimando la sanción, de acuerdo a los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.

De lo expuesto precedentemente, se concluye que la SPVS fundamentó en la Resolución Impugnada las razones de hecho y de derecho por las cuales imponía en su artículo 2 a BBVA la obligación de reponer con sus propios recursos los importes faltantes en la Cuenta Individual del Afiliado Alvaro Cano Aguillón y no es evidente la falta de fundamentación de la Resolución Impugnada, acusada por BBVA para sostener su recurso.

Al amparo de lo dispuesto por los articulo (sic) *65 de la LPA y 43 y 49 del RLPA-SIREFI, solicito a usted, señor Superintendente, dictar resolución: i) declarando improcedente el recurso, sobre la base del argumento expuesto en el numeral 1 precedente, o ii) para el supuesto no consentido de que no se acogieran los argumentos expuestos en el numeral 1 precedente, desestimando el recurso y confirmando el artículo 2 de la Resolución Impugnada, sobre la base del argumento expuesto en el numeral 2 precedente.*

***OTROSI.- LIBERACIÓN EXPRESA**: Para el supuesto no consentido de que se revocará el artículo 2 de la Resolución Impugnada, solicito a usted, señor Superintendente, declarar suficiente el aporte del 2.21% efectuado por OEBSA sobre el Total Ganado de Álvaro Cano Aguillón, sin observación de ninguna clase de BBVA, asumiendo la aceptación de su solicitud de exención de aportes. A ese efecto, pido tenga presente que no tiene ningún sentido exigir aportes para la Cuenta Individual de una persona extranjera que ya retornó a su país y por lo tanto no se jubilará en Bolivia sino en aquel, según se acreditó oportunamente ante BBVA."*

4. Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 881, al haber sido interpuesto fuera de plazo, basándose en los siguientes fundamentos:

"Que, de acuerdo a los artículos 46 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria debe ser interpuesto ante el mismo Superintendente Sectorial que dictó la Resolución Administrativa recurrible, dentro del plazo de quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación con la misma.

Que, conforme lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 27175, los plazos para la tramitación de los procedimientos administrativos se entienden como máximos y son obligatorios para las Superintendencias del SIREFI, así como para las entidades reguladas y personas interesadas.

Que, por memorial presentado el 29 de diciembre de 2008, BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 881 de 12 de noviembre de 2008, emitida por esta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual sanciona con relación a la imputación de cargos realizada mediante nota de cargos SPVS-Nº 924.2008 de 25 de septiembre de 2008.

Que, la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 881 de 12 de noviembre de 2008, fue notificada a la AFP el 03 de diciembre de 2008, tal como evidencia la constancia de la notificación que cursa en el expediente.

Que, en el presente caso se evidencia que BBVA Previsión AFP S.A., presentó el Recurso de Revocatoria ante la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, fuera del plazo señalado en el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, pues la interposición del Recurso se efectuó el 29 de diciembre de 2008, es decir a los diecisiete (17) días hábiles administrativos de efectuada la notificación.

Que, de conformidad al inciso d) del parágrafo 1 del artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., debe ser declarado improcedente.

Que, en consecuencia, toda vez que no se dio cumplimiento al plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria, esta Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, se encuentra imposibilitada de conocer y resolver el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA PrevisiónAFP S.A."

5. Recurso Jerárquico.

Por memorial presentado el 13 de febrero de 2009, BBVA PREVISIÓN AFP S.A. presentó recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 42-A de 23 de enero de 2009, pronunciada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, fundamentando su pretensión en los siguientes términos:

"II. Interposición del Recurso de Revocatoria fuera de plazo

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros notificó al Recurrente con la Resolución Administrativa SPVS-IP 881 en fecha 03 de diciembre de 2008. De conformidad al plazo establecido en el artículo 48 del Decreto Supremo 27175, el Recurrente tiene el plazo de 15 días hábiles administrativos para presentar el Recurso de Revocatoria y del simple cómputo del plazo se establece que el mismo vencía el día 24 de diciembre de 2008.

Es de conocimiento de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que el domicilio principal de recurrente se encuentra en la Avenida San Martín esquina segundo anillo de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, domicilio distinto al de la Superintendencia.

El recurrente remitió el Recurso de Revocatoria en fecha 23 de diciembre de 2008 utilizando los servicios de 'Elite Courier' quien a la vez utiliza los servicios de la Línea Aérea AeroSur.

Del certificado expedido por Elite Courier en los cites ELITE SRZ 0025/2008 de fecha 15 de enero de 2009 (sic)*, certifica expresando que: 'la correspondencia enviada con Nº de Guía 14209 Ref. 32787 con destino a La Paz, como hemos conversado vía teléfono con la secretaria Evelyn Urquizo indicando que no llevó la carga Aerosur por exceso de pasajeros, se quedó el día 24/12/08 para el vuelo de las 13:30 sujeto a espacio, siendo que nosotros hemos hecho el depósito el día 23/12/08 a horas 9:30 p.m. para el vuelo de las 07:30 a.m. como es costumbre'. Asimismo, AeroSur mediante cite: SRZ/AZSL/0297/08 de fecha 30 de diciembre de 2008, manifiesta. 'En conocimiento de su reclamo formal solicitando explicación por el retraso en su envío de su carga a nivel nacional depositada en fecha 23 de Diciembre conteniendo material de courier, amparada con la Guía Aérea 2202:304735, el cual le manifestamos que el retraso en el envío de su mercancía se produjo al existir carga rezagada en nuestras bodegas, ocasionados por los volúmenes existentes por las fiestas navideñas y de fin de año; por el cual fue enviado en fecha 24 del presente mes en el vuelo Nº 102 de las 13:30 hacia su destino final de la ciudad de La Paz'.*

Por los documentos que se adjuntan al presente Recurso Jerárquico, el recurrente demuestra plenamente que el retraso en la presentación del Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP 881/2009 obedeció a causas ajenas a su voluntad conforme se evidencia en los certificados adjuntos.

Por lo expuesto, el Recurrente solicita a su autoridad se tenga en consideración el mismo y tenga por presentados dentro del plazo establecido en el artículo 48 del citado Decreto Supremo.

III. Fundamentos de Impugnación

La Ley 1732 de fecha 29 de noviembre de 1996, con meridana claridad establece como obligación del empleador actuar como agente de retención y pagar las cotizaciones, primas y comisiones deducidas del Total Ganado de los afiliados bajo su dependencia laboral y a la vez establece la obligación de pagar con sus propios recursos la prima de riesgo profesional.

La Resolución Sancionatoria sin expresar fundamento alguno dispone que el Recurrente reponga con sus propios recursos los aportes faltantes en la Cuenta Individual del Afiliado Alvaro Cano Aguillón, decisión arbitraria e ilegal, considerando que la solicitud de exención de aportes del citado afiliado, realizado por la empresa, no ha tenido ninguna comunicación de aceptación o rechazo, motivo por el que el empleador tenía el deber de actuar conforme lo prevé el artículo 21 de la Ley1732.

La SPVS al ordenar la reposición de los aportes faltantes no fundamenta por qué el Recurrente debe proceder a dicha reposición, incumpliendo lo establecido por el artículo 17 numeral II inciso d) del Reglamento de la Ley 2341 para su correspondiente aplicación en el ámbito del Sistema de Regulación Financiera – SIREFI que a la letra manifiesta:

'ARTICULO 17 (CONCEPTO) (...)

II. La Resolución Administrativa debe contener en su texto: (...) d) los fundamentos de hecho y derecho que la motivan y respaldan…'

Conforme se ha manifestado, la Resolución Administrativa SPVS-IP 881 en ninguno de sus considerandos fundamenta las razones por las cuales el Recurrente debe reponer con sus propios recursos las cotizaciones en la Cuenta Individual del afiliado Alvaro Cano Aguillón, es más, pretende desconocer la obligación legal que tiene el empleador de actuar como Agente de Retención y pagar las contribuciones al Seguro Social Obligatorio.

Los períodos que supuestamente el Recurrente debería reponer, corresponden a períodos en los cuales el empleador tenía la obligación legal de actuar como agente de retención y pagar las contribuciones, pese a la solicitud de exención, en tanto no exista una respuesta de la AFP que manifieste que esta liberado de realizar la retención y el pago de contribuciones.

El apartado cuarto del artículo 21 de la Ley 1732 establece la prohibición de transferir la obligación que tiene el empleador de pagar las contribuciones al Seguro Social Obligatorio y su responsabilidad por su incumplimiento a los afiliados, de ello se infiere que tampoco puede transferirse la responsabilidad a las Administradoras de Fondos de Pensiones, con el supuesto argumento de que no se respondió la solicitud de exención de contribuciones en el plazo de cinco (5) días, siendo que el empleador tenía el deber legal de actuar como agente de retención.

IV. Petitorio

Por los fundamentos expuestos Previsión BBVA Administradora de Fondos de Pensiones Sociedad Anónima (BBVA Previsión AFP S.A.) al amparo del artículo 53 y siguientes del Decreto Supremo 27175, de 15 de septiembre de 2003, presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 42-A/2008 de 23 de enero de 2009, solicitando a su autoridad Revocar la misma y a la vez el artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP 881/08, por los fundamentos de hecho y de derecho expuestos a lo largo del presente Recurso".

6. Formulación Criterios Organización Educacional Boliviana Saint Andrew's (OEBSA)

Por memorial presentado el 11 de agosto de 2009, Irene Sonia Mendoza Calderón, en representación legal de la Organización Educacional Boliviana Saint Andrew's, en su condición de tercer interesado, presentó alegatos sobre el Recurso Jerárquico interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A. bajo los siguientes fundamentos:

"*OEBSA fue notificada el 29/07/2009 con el recurso jerárquico interpuesto por BBVA contra la Resolución impugnada y su Auto de 29/07/2009 que le da traslado, en su calidad de Tercero Interesado. Con tal antecedente, al presente en tal calidad, al amparo de lo dispuesto por los artículos 60 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) y 41-II del Reglamento a la LPA para el SIREFI (RLPA-SIREFI), en tiempo hábil, para su consideración en oportunidad de dictar resolución, expongo las siguientes consideraciones legales:*

1. *BBVA fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 881 de 12/11/2008 el 03/12/2008 (Resolución de Instancia. En mérito a ello y considerando que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 48 del RLPA-SIREFI, los recursos de revocatoria deben ser interpuestos dentro de los 15 días hábiles administrativos siguientes a su notificación con la resolución impugnada, BBVA tenía plazo para interponer recurso de revocatoria contra la Resolución de instancia hasta el 24/12/2008.*

2. *BBVA presentó recurso de revocatoria contra la Resolución de instancia el 29/12/2009, 5 días después del plazo que tenía al efecto. Para justificar su presentación fuera de plazo, el recurso de revocatoria –supuestamente- fue firmado en la ciudad de Santa Cruz el 22/12/2008 y se ampara en el parágrafo III del artículo 21 de la LPA que dice:*

   'Las actuaciones administrativas que deban ser realizadas por personas que tengan su domicilio en Municipio distinto al de la sede de la entidad pública que corresponda, tendrán un plazo adicional de cinco (5) días, a partir del día de cumplimiento del plazo'.

3. OEBSA, en conocimiento del recurso de revocatoria interpuesto por BBVA contra la Resolución de Instancia, en su calidad de Tercer Interesado, alegó que:

El procedimiento sancionador que dio origen a la Resolución de Instancia fue sustanciado en La Paz, a través de la Regional La Paz de BBVA, extremo que se corrobora con la notificación de la Resolución impugnada a su Gerente Regional La Paz.

Habiendo sido notificada la Resolución impugnada al Gerente Regional La Paz de BBVA, el plazo para la interposición del recurso debe computarse considerando que el recurrente se encuentra en la sede de la Superintendencia y no fuera de ella.

Es improcedente que, para habilitar un plazo vencido (24/12/2008), BBVA pretenda beneficiarse del plazo de la distancia regulado por el artículo 34-III del RLPA-SIRFI (5 días hábiles administrativos adicionales), señalando como lugar de elaboración del recurso y para notificaciones ulteriores su oficina principal de la ciudad de Santa Cruz.

4. La Resolución impugnada declaró improcedente el recurso de revocatoria presentado por BBVA contra la Resolución de instancia porque fue interpuesto después de los 15 días hábiles fijados por el artículo 48 del RLPA-SIREFI; en aplicación de sus artículos: i) 32 (concordante con el artículo 21-I de la LPA), que señala que los plazos para la tramitación de los procedimientos son 'máximos' y obligatorios para el ente regulador y los administrados, y ii) 43 d), que determina la improcedencia de los recursos interpuestos fuera de plazo.

5. BBVA presentó recurso jerárquico contra la Resolución impugnada:

5.1. Reconociendo –como alegó OEBSA en su oportunidad- que tenía el plazo de 15 días hábiles para presentar su recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia.

5.2. Señalando que su recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia fue presentado después de los 15 días que tenía al efecto, por causas ajenas a su voluntad, imputables al transportista, toda vez que ella entregó su recurso a éste antes de que venza el plazo de 15 días que tenía para presentar el mismo. Los artículos 21-I de la LPA y 32 del RLPA-SIREFI no admiten excepciones y son concluyentes al señalar que los plazos señalados en la materia son 'máximos' y 'obligatorios' para la autoridad administrativa y los administrados; razón por la cual, aún cuando este argumento fuese cierto, es improcedente para fundar la revocatoria de la Resolución Impugnada.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, téngase presente que el argumento utilizado, ahora por BBVA, es absolutamente contrario al argumento que utilizó cuando presentó su recurso de revocatoria. En efecto cuando presentó su recurso de revocatoria –consciente que estaba fuera de plazo- invocó el plazo de distancia que reconoce el artículo 21-III de la LPA a quienes tienen domicilio en lugar distinto al de la entidad que conoce el procedimiento, y, ahora, de manera contradictoria, señala que no pudo presentar su recurso dentro de los 15 días que le reconoce la ley, por causas imputables al transportista.

5.3. Señalando sus razones por las que debería revocarse la Resolución de Instancia; las cuales son impertinentes para fundar el recurso jerárquico contra la Resolución Impugnada y rechazo sobre argumentos expuestos en mi memorial de alegatos al recurso de revocatoria interpuesto por BBVA contra la Resolución de Instancia.

Sobre la base de los antecedentes y argumentos señalados precedentemente, al amparo de lo dispuesto por los artículos 68-II de la LPA y 43 del RLPA-SIREFI, solicito a usted, Señor Ministro, dictar resolución: i) confirmando en todas sus partes la Resolución impugnada, o ii) para el supuesto no consentido de que se revocara la Resolución impugnada, desestimando el recurso de revocatoria interpuesto por BBVA contra la Resolución de Instancia y confirmando su artículo 2º.

OTROSI.- LIBERACION EXPRESA:

Para el supuesto no consentido de que se revocara el artículo 2º de la Resolución de Instancia, solicito a usted, señor Ministro, declarar suficiente el aporte del 2.21% efectuado por OEBSA sobre el Total Ganado de Alvaro Cano Aguillón, sin observación de ninguna clase de BBVA, asumiendo la aceptación de su solicitud de exención de aportes. A ese efecto, pido tenga presente que no tiene ningún sentido exigir aportes para la Cuenta Individual de una persona extranjera que ya retornó a su país y, por lo tanto, no se jubilará en Bolivia sino en aquel, según se acreditó oportunamente ante BBVA.

OTROSI TERCERO.- DENUNCIA AL MINISTERIO PÚBLICO:

Considerando que: i) los nuevos argumentos presentados por BBVA para justificar la presentación fuera de plazo de su recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia son contradictorios con los utilizados en oportunidad de su presentación; y ii) este hecho, hace presumir la falsedad de la prueba presentada al efecto junto al recurso jerárquico; solicito a su autoridad presentar la denuncia correspondiente al Ministerio Público".

6.1. Complementación de alegato presentado por el Tercer Interesado

Por memorial presentado el 21 de agosto de 2009, Irene Sonia Mendoza Calderón, en representación de la Organización Educacional Boliviana Saint Andrew's (OEBSA) complementa el alegato presentado el 14 de agosto de 2009 contra el Recurso Jerárquico interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., solicitando se consideren los siguientes aspectos:

"1. BBVA tiene su oficina principal en la ciudad de Santa Cruz y una Sucursal en la ciudad de La Paz.

2. *La Sucursal de La Paz de BBVA realizó los actos que motivaron la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 881 de 12/11/2008 (Resolución de Instancia), mediante la cual se sancionó a BBVA por infracción del marco legal vigente. En mérito a ello, correspondía a la Sucursal La Paz y no a la oficina principal de BBVA en Santa Cruz realizar todas las actuaciones relacionadas con la Resolución de Instancia, incluida la presentación de recursos a que tuviera derecho.*

3. *A efecto de computar los plazos que tenía la Sucursal La Paz para realizar sus actuaciones procesales ante la SPVS debe tenerse presente que la Sucursal La Paz de BBVA y las oficinas de la SPVS están ubicadas en la misma jurisdicción y, por lo tanto no es aplicable el plazo de la distancia regulado por el artículo 21-III de la LPA. Esta afirmación se corrobora por el artículo 55 del Código Civil que a la letra dice:*

'Artículo 55.- (DOMICILIO)

I. El domicilio de las personas colectivas es el lugar fijado en el acto constitutivo, y a falta de este, el lugar de su administración.

II. Cuando establezcan agencias o sucursales en lugar distinto al de su administración, se tendrá también como domicilio dicho lugar para los actos que realice y las obligaciones que contraiga la agencia o sucursal'

En el marco de lo expuesto precedentemente, se concluye que la Sucursal La Paz de BBVA tenía el plazo de 15 días hábiles, computable desde su notificación con la Resolución de Instancia, para impugnar esa resolución a través del recurso de revocatoria.

4. El artículo cuarto del Procedimiento de Notificación de Actos Administrativos de la SPVS, aprobado por R.A./SPVS Nº 543 de 15/05/2007, confirmado por la R.A. SPVS Nº 543 de 05/07/2007 y modificado parcialmente por la R.A./SIREFI/RJ/88/2007 de 26/10/2007 señala:

'Cuarto.- (Secretaría General de la SPVS).- La Secretaría General de la SPVS es el domicilio principal que tiene ésta en la ciudad de La Paz.

Las entidades reguladas y cualquier persona interesada, natural o jurídica, que no tenga domicilio en la ciudad de La Paz, podrán presentar correspondencia y Recursos Administrativos en las Oficinas Regionales de la SPVS, los cuales se tendrán por presentados en la Secretaría General de la SPVS, exclusivamente para efectos de cumplimiento de plazos y prueba de presentación'

En aplicación de la disposición transcrita precedentemente, en el supuesto no consentido de que hubiese correspondido a la oficina principal de BBVA en Santa Cruz y no a su Sucursal en La Paz conocer las actuaciones relacionadas con la Resolución de Instancia, ésta tendría que haber presentado su recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia en las Oficinas de la SPVS en Santa Cruz, dentro del plazo legal de 15 días hábiles, sin beneficio del plazo de la distancia, toda vez que el recurso se presentaba en las oficinas de la SPVS ubicadas en la misma plaza en la que tenía su domicilio principal BBVA.

De lo expuesto precedentemente, se concluye que BBVA tenía el plazo de 15 días hábiles para presentar recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia, sea tomando la capacidad y el domicilio de su Sucursal en La Paz o la capacidad y el domicilio de su oficina principal en Santa Cruz y que es totalmente incongruente que BBVA alegue que la oficina principal de BBVA en Santa Cruz no presentó el recurso de revocatoria contra la Resolución de Instancia en la ciudad de La Paz, dentro del plazo de 15 días hábiles que tenía al efecto, por 'supuestas' razones de fuerza mayor, máxime si los artículos 21-I de la LPA y 32 del Reglamento a la LPA para el SIREFI no admiten este tipo de excepciones.

7. Exposición oral de fundamentos

El 21 de agosto de 2009, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevo a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, en la que BBVA Previsión AFP S.A. ratificó todos los argumentos contenidos en su Recurso de Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy Autoridades

de Fiscalización y Control Social y Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. Análisis de la controversia

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde verificar en primera instancia, los requisitos formales que dieron lugar a la emisión de la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 042-A de 23 de enero de 2009, ahora impugnada por BBVA Previsión AFP S.A.; para luego ingresar, si correspondiere, al análisis de fondo.

En este sentido, habrá de pronunciarse previamente sobre los argumentos presentados tanto por el Recurrente cuanto por el tercer interesado.

1.1. Argumentos esgrimidos por el tercer interesado, Unidad Educacional Bolivia Saint Andrew's.

1.1.1. **El tercer interesado alega que: "*el argumento utilizado por BBVA es contrario al que utilizó en el recurso de revocatoria… donde invocó el plazo de distancia… y, ahora… señala que no pudo presentar su recurso dentro de los 15 días… por causas imputables al transportista"***

De la atenta y minuciosa lectura del Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 29 de diciembre de 2009 se verifica, *contrario sensu* lo manifestado por la Organización Educacional Boliviana Saint Andrew's, que el recurrente en ningún momento invocó el plazo de la distancia habiendo ingresado de manera directa al desarrollo del fondo del recurso, expresando los agravios, sin presentar excusa sobre los requisitos formales de admisión.

1.1.2. **La Unidad Educacional Boliviana Saint Andrew's menciona en el Otrosí Tercero de su Memorial de alegatos que: "*…al ser los nuevos argumentos… contradictorios con los utilizados… en el Recurso de Revocatoria… hace presumir la falsedad de la prueba presentada para justificar la presentación fuera de plazo junto al Recurso Jerárquico… por lo que solicito a su autoridad presentar la denuncia correspondiente al Ministerio Público".***

En estrecha relación con lo desarrollado en el punto 1.1.1. no es posible considerar la solicitud del tercer interesado de presentar la denuncia al Ministerio Público, por las siguientes razones de orden legal:

Vinculado con la idea moral en el derecho, nos encontramos con el principio de buena fe enunciado en el inciso e) del artículo cuarto de La Ley de Procedimiento Administrativo que expresa: "*En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad de la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo"*

En efecto, el aludido artículo a tiempo de consagrar de modo genérico el carácter eminentemente principista de la norma procedimental, establece de manera implícita la jerarquía normativa que tienen los principios en la misma y la obligación de la actividad administrativa de regirse por ellos.

Sobre este principio, se ha expresado abundantemente la doctrina y la jurisprudencia donde la Corte Constitucional de Colombia ha efectuado precisas exposiciones y una de ellas contenida en la sentencia C-544 de 1994, en la parte pertinente declara: "*La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho de esperar que los demás procedan de la misma forma. En general,*

los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume; de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe".

Esta interpretación jurisprudencial recoge la norma transcrita *ut supra* y resulta claro que tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe tanto por los particulares como a las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las actuaciones que realicen ante las autoridades públicas.

Por otra parte, la administración pública no puede soslayar el legítimo derecho que tiene toda persona a la defensa, por constituir este principio la columna vertebral del debido proceso, por ello no le está permitido al ente regulador restringir la aportación de prueba que el recurrente considere que pueda hacer valer para su descargo exceptuando, claro está, aquella que sea impertinente.

En este sentido, atendiendo la solicitud del tercer interesado se concluye que está instancia jerárquica aplicando los principios de buena fe y derecho a la defensa en su relación con BBVA Previsión AFP no encuentra ningún elemento ni cuenta con las pruebas necesarias que le hagan no solo presumir, sino tener certeza de que las certificaciones de Elite Courier y de la Compañía Boliviana de Transporte Aéreo Privado S.A. AeroSur son falsas.

1.1.3.* Con relación al Otrosí Liberación Expresa, el tercer interesado indica: "*Para el supuesto no consentido de que se revocara el artículo 2 de la Resolución de Instancia, solicito... declarar suficiente el aporte del 2.21% efectuado por OEBSA sobre el Total Ganado de Alvaro Cano Aguillón, sin observación de ninguna clase de BBVA, asumiendo la aceptación de su solicitud de exención de aportes..."

Sobre el tema, se trae a colación lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Procedimiento Administrativo que dice: *"I. Los órganos administrativos tendrán competencia para conocer y resolver un asunto administrativo cuando éste emane, derive o resulte expresamente de la Constitución Política del Estado, las leyes y las disposiciones reglamentarias. II. La competencia atribuida a un órgano administrativo es irrenunciable, inexcusable y de ejercicio obligatorio y solo puede ser delegada, sustituida o avocada conforme a lo previsto en la presente ley".* De lo transcrito se infiere que cada órgano administrativo tiene una competencia específica determinada por ley, de ahí que la Constitución Política del Estado sancione con la nulidad del acto la usurpación de funciones.

En el presente caso, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas tiene como atribución única el pronunciamiento sobre la conformidad o disconformidad de los actos emitidos por los entes de regulación sectorial, más no cuenta con la competencia y atribuciones definidas por la Ley 3076 para pronunciarse sobre aspectos diferentes referidos al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, que por especialidad es de competencia exclusiva e indelegable de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Con respecto a los otros argumentos esgrimidos por OEBSA tanto en su memorial de alegatos como en la complementación, son desarrollados *infra.*

1.2. Argumentos esgrimidos por el recurrente, BBVA PREVISIÓN AFP S.A.

1.2.1. BBVA Previsión AFP S.A. argumenta que la presentación del recurso de revocatoria en fecha 29 de diciembre, fuera del plazo, obedece a causas ajenas a la voluntad del Recurrente, por lo que solicita se considere la prueba de descargo y se tenga por presentado el recurso dentro del plazo establecido en el artículo 48 del D.S. 27175.

En los antecedentes del caso, aparejados al expediente administrativo, cursan a fs. 21 vlta. y 22 cargo de la notificación practicada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de la Resolución Administrativa SPVS/IP/ Nº 881 de 12 de noviembre de 2008.

Respecto al argumento del recurrente citado sobre el plazo para la interposición del Recurso de Revocatoria, se hace indispensable revisar la normativa establecida para el efecto, es así que el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 el 15 de septiembre de 2003, establece de manera taxativa que:

> "***Artículo 48.- (Interposición.-)*** *El recurso de revocatoria deberá ser interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles administrativos siguientes a la notificación o publicación de la resolución impugnada"*

El recurrente fue notificado el 03 de diciembre de 2008 y conforme establece el artículo 48, transcrito *up supra,* contaba con quince (15) días hábiles administrativos para presentar el Recurso de Revocatoria. A fs. 31 y 32 de obrados se aprecia que, si bien el recurso se encuentra fechado el 22 de diciembre de 2008 (2 días antes de su vencimiento) fue presentado a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros el 29 de diciembre de 2008, pasados los quince (15) días hábiles administrativos dispuestos por la norma.

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

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

En este sentido, Julien Bonnecase en su Tratado Elemental del Derecho Civil, Volúmen 2, pág. 837 define la fuerza mayor como "*el acontecimiento que hace imposible el cumplimiento de la obligación. Constituye,* dice, *un obstáculo absoluto para el cumplimiento"*

Agrega el autor que: "*...Nos encontraremos ante una imposibilidad absoluta, si los otros obligados, colocados en una situación análoga, no pueden cumplir sus obligaciones por el mismo acontecimiento. Si alguno de ellos, por el contrario, cumple las suyas, nos encontraremos ante una imposibilidad relativa; y al mismo tiempo fuera del dominio de la fuerza mayor".*

Siguiendo al autor tenemos que:

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

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

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

Todos los elementos integrantes de la fuerza mayor antes transcritos, deben ser concurrentes, lo cual se traduce en que si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible pero se lo puede resistir no se da tal fenómeno, como tampoco se configura cuando a pesar de ser irresistible puede preverse.

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

Aplicado lo anterior al caso en autos se tiene que:

a. El retraso en la presentación del Recurso de Revocatoria efectivamente obedeció a una causa externa, ajena a la voluntad del recurrente; es decir el envío depositado en AeroSur el 23 de Diciembre con Guía Aérea 2202:304735 no fue despachado el 24 de diciembre de 2008 en el vuelo de las 07:30 a.m, como estaba previsto, sino en el vuelo de las 13:30.

b. El recurrente pudo prevenir y evitar el surgimiento de cualquier inconveniente remitiendo el recurso dentro de los 15 días hábiles administrativos dispuestos por la norma, y no como lo hizo mediando un día para el vencimiento del término previsto.

   Tampoco consideró que el vencimiento del plazo coincidía con las fiestas navideñas y que el día 24 de diciembre la administración pública trabaja en horario continuo, por lo que si hubiera adoptado una conducta prudente pudo prevenirlo.

c. No previó, para este caso, la posibilidad de que se produzcan situaciones adversas ni consideró la cercanía de las fiestas de fin de año donde se incrementa el flujo de pasajeros y carga; a pesar de haber reconocido estas contingencias en una oportunidad anterior, conforme se evidencia de la Resolución Jerárquica 088/2007 de 26 de octubre de 2007, que a fs.4 transcribe el Recurso Jerárquico presentado por la AFP contra la Resolución Administrativa SPVS Nº 355 de 15 de mayo de 2007 (por la que la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estableció el procedimiento de notificaciones a seguirse de manera uniforme para los mercados de Pensiones, Valores y Seguros) al expresar textualmente: "*aplicando la resolución recurrida en la que indirectamente se obliga a que los mismos* (recursos) *deban ser enviados con varios días de anticipación de la ciudad de Santa Cruz a la ciudad de La Paz* ***y digo varios días ya que en el momento menos pensado, se declaran huelgas, paros, etc. que hacen que INCLUSO LOS ENVIOS POR MEDIOS AEREOS CORRAN EL RIESGO DE NO LLEGAR EN PLAZO AL DOMICILIO DE LA SPVS"*** (Las mayúsculas, negrillas y subrayado son resaltadas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica))

d. Respecto al tercer elemento configurador de la fuerza mayor, si la AFP hubiere actuado con diligencia, haciendo un seguimiento de su envió a Elite Courier, pudo evitar el acaecimiento del retraso y superar sus consecuencias, presentando el Recurso de Revocatoria en la Oficina Regional que mantenía la Ex SPVS en la ciudad de Santa Cruz y que coincide con el lugar donde el recurrente tiene su domicilio principal, en aplicación a la Resolución Administrativa SPVS Nº 355 de 15 de mayo de 2007 (texto ordenado).

Corrobora el análisis jurídico precedente, un caso similar resuelto por la Ex Superintendencia General del SIREFI cuando mediante Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG-SIREFI/RJ/11/2004, señala:

II.2) Elementos configurativos del incumplimiento por imposibilidad

El incumplimiento es un hecho negativo que se da cuando el contenido de una determinada obligación legal no se realiza de acuerdo a lo establecido en las normas que rigen alguna materia, ello configura una violación

al derecho positivo que puede ser apreciada en distintas categorías y produce efectos jurídicos diferentes de acuerdo a las circunstancias y a la propia conducta del que infringe una disposición.

Es así, que puede suceder que el obligado a cumplir determinada obligación legal incumpla la misma sin que haya mediado culpa o dolo de su parte, es decir, que el incumplimiento le sea impuesto por un hecho ajeno a él. En este caso queda liberado de cumplir con la obligación legal mientras se mantengan los supuestos que determinaron la imposibilidad de cumplimiento de la obligación.

El Tratadista Messineo explica que el caso fortuito y la fuerza mayor, como causales que justifican un incumplimiento, 'deben concebirse como peculiares hechos positivos que, en determinadas y taxativas circunstancias se exigen a los fines de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento.

Finalmente, cabe recordar que, según el adagio latino ad imposibilita nemo tentur se debe entender que 'a lo imposible nadie está obligado"

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

Habiéndose analizado los requisitos procedimentales que determinan que la Resolución Administrativa elevada a instancia jerárquica, por BBVA Previsión AFP S.A., ha cumplido con lo determinado por el artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, respecto a la determinación de improcedencia del Recurso de Revocatoria, por haber sido interpuesto fuera de plazo, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas no puede abrir su competencia para conocer y resolver los aspectos de fondo, diferentes a los requisitos procedimentales.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

Artículo Único.- Confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 042-A de 23 de enero de 2009, que resolvió declarar improcedente el Recurso de Revocatoria presentado por BBVA Previsión AFP S.A. contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 881, al haber sido interpuesto fuera de plazo.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

CALIFICADORA DE RIESGO

PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IV/ Nº 064 DE 10 DE FEBRERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 004/2009 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 004/2009

La Paz, 14 de septiembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.** (**PCR**), contra la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°014/2009 de 27 de agosto de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 04 de marzo de 2009, la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.,** representada legalmente por el Sr. José Luis Valencia Lozano, tal como acredita el Testimonio Poder No. 202/2008 de 26 de marzo de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública No. 001 a cargo de la Dra. Diomar M. Ovando Polo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008

Que, mediante nota SPVS Nº 288.2009 de fecha 04 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 23 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 14/2009 de 28 de abril de 2009, notificada en la misma fecha, la Ex Superintendencia General del SIREFI resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 19/2009, publicada en el Matutino la Razón de fecha 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 28 de julio de 2009, notificado el 31 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

CONSIDERANDO:

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

1. Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008.

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1º.***
>
> *Sancionar a la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)** con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción de lo dispuesto en el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 250 de fecha 26 de marzo de 2007, en aplicación del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo No. 26156."*

2. Recurso de Revocatoria.

En fecha 20 de enero de 2009, la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008, presentando los siguientes argumentos:

> *"... 2.1) Lamentablemente, la SPVS no consideró que la interpretación efectuada por PCR sobre el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo era coherente, y que debido a este error involuntario habíamos presentado las revisiones trimestrales fuera de plazo.*

2.2) *Según nuestra interpretación, el artículo antes indicado, se limita a señalar que se debe efectuar la revisión de las calificaciones ´**por lo menos en forma trimestral**´ sin dar mayores elementos que permitan desechar la interpretación efectuada por PCR o por el contrario, asegurar que la interpretación que da la SPVS es la correcta.*

2.3) *A lo largo de la **Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 250** no existe articulo alguno que indique que el cómputo para ´revisión trimestral´ deba efectuarse desde la fecha del último comité, o que señale que la revisión de la calificación debe efectuarse hasta antes de los tres meses o noventa (90) días tal como lo interpreta la SPVS.*

2.4) *Sin embargo, tal como indicamos, PCR una vez anoticiado de la interpretación de la SPVS, aceptó la misma y comenzó a presentar las revisiones a los Informes de Calificación en los plazos que considera correctos el ente regulador. Situación corroborada con el hecho de que a la fecha no hemos tenido una nueva observación respecto a la revisión de las calificaciones.*

2.5) *Por otro lado, la SPVS no consideró que PCR nunca tuvo la intención de incumplir con lo señalado por el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, prueba de ello es que reconocimos que había un incumplimiento involuntario de nuestra parte.*

31) (sic) *Por lo tanto, en vista de que PCR **cometió una infracción leve que no generó perjuicio económico a terceras personas, no afectaron nuestra independencia como calificadora ni mucho menos se obtuvo ventaja alguna y además de que este error ya fue enmendado,** correspondía solo la aplicación de una sanción de **Amonestación** en aplicación a lo dispuesto por el artículo 12, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo Nº 26156 y no así la aplicación de una multa, puesto que la infracción cometida no llega al grado de responsabilidad señalado en el articulo 12, parágrafo I, inciso b) de la norma antes indicada.*

32) (sic) *Por lo tanto, en vista de que la infracción cometida no fue por negligencia ni desidia, sino por una interpretación diferente del artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, **siendo una infracción leve no debería existir una multa contra PCR...”** .*

3. Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 1009 de 23 de diciembre de 2008, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

*“...**CONSIDERANDO:***

*Que, mediante Resolución administrativa SPVS – IV – No. 1009 de fecha 23 de diciembre de 2008, la SPVS ha resuelto sancionar a la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC RATING S.A. (PCR)** con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500.- (Quinientos Dólares Americanos) por infracción de lo dispuesto en el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 250 de fecha 26 de marzo de 2007, en aplicación del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, emitido mediante Decreto Supremo No. 26156.*

*Que, la **CALIFICADORADE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)** a través de su Representante Legal, ha interpuesto un Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 1009 de fecha 23 de diciembre de 2008, conforme a los siguientes argumentos:*

(…)

*Que, mediante Informe SPVS/IV/DE/054/2009 la Dirección de Emisores de la Intendencia de Valores de la SPVS, en atención al recurso de revocatoria interpuesto por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)** concluyó que parte de la fundamentación habla sobre la interpretación realizada por la calificadora al artículo en cuestión, misma que fue desvirtuada a través de la Resolución Administrativa recurrida por otra parte, la calificadora en su recurso de revocatoria **reconoce haber cometido la infracción.***

Que, mediante Informe SPVS/DL/42/2009 el Departamento Legal de la SPVS, ha concluido lo siguiente:

- *Del análisis inextenso a los argumentos presentados por **la CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)**, cabe advertir que la Sociedad admite haber configurado una 'infracción', motivo por el cual, ha sido sancionada por la SPVS con los argumentos suficientes de hecho y de derecho mediante la emisión de la Resolución Administrativa 1009/2008.*

- *Ahora bien, en cuanto a la imposición de la sanción aplicable es necesario puntualizar lo siguiente: i) la potestad sancionadora contenida en la Ley del Mercado de Valores, le faculta a la SPVS imponer sanciones administrativas; ii) la sanción administrativa impuesta por la SPVS ha cumplido a cabalidad el principio de legalidad ya que se halla previamente tipificada o predeterminada en el Decreto Supremo No. 26156; iii) la conducta motivo de la infracción impuesta, se ajusta a la aplicación de sanciones específicas que revisten y otorgan seguridad como son las infracciones específicas determinadas en el Decreto Supremo No. 26156, evitando ambigüedades para una adecuada precisión de la conducta a la infracción.*

- *Por lo expuesto en los párrafos precedentes y de acuerdo al artículo 43 del Decreto Supremo No. 27175 corresponde que la forma de resolución del presente Recurso de Revocatoria interpuesto por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)** sea de confirmatoria total, ratificando lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 04 de marzo de 2009, la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR),** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IV No. 064 de 10 de febrero de 2009, expresando lo siguiente:

"1. Antecedentes.

1.1. *En fecha 27 de noviembre de 2008, fuimos notificados con el **CITE SPVS/No. 1062.2008,** mediante el cual la SPVS, nos informa que debemos apersonarnos a sus oficinas para que se nos notifique con los cargos formulados.*

1.2. *En fecha 02 de diciembre de 2008, fuimos notificados con el* ***CITE: SPVS – No. 1061.2008,*** *mediante el cual, la SPVS resuelve formular el siguiente cargo:*

1.2.1) '*Pacific Credit Rating S.A., realizó fuera de plazo la revisión trimestral de las calificaciones de riesgo asignadas a Latina Seguros Patrimoniales S.A., a la emisión de Bonos Transredes II y al programa de Emisiones de Intercambio de Bonos Transredes'.*

1.3. *En fecha 04 de diciembre de 2008, mediante nota* ***PCR-0304/2008*** *solicitamos a la SPVS, se nos notifique con el* ***Informe SPVS/IV/DE/176/2008,*** *con el fin de tomar conocimiento pleno de los cargos formulados, dado que en la formulación de cargos, no se especificaba a que revisión trimestral se referían.*

1.4. *En fecha 05 de diciembre de 2008, fuimos notificados con el* ***CITE: SPVS – No. 1096.2008****, mediante el cual, la SPVS nos notifica con el* ***Informe SPVS/IV/DE/176/2008.***

1.5. *En fecha 29 de diciembre de 2008, fuimos notificados con la* ***Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 1009 de fecha 23 de diciembre de 2008,*** *mediante la cual la SPVS resuelve sancionar a PCR con una multa en Bolivianos equivalente a $us. 500.- (Quinientos 00/100 Dólares Americanos) por infracción a lo dispuesto en el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo.*

1.6. *En fecha 20 de enero de 2009, interpusimos Recurso de Revocatoria contra la* ***Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 1009 de fecha 23 de diciembre de 2008.***

1.7. *En fecha 13 de febrero de 2009, fuimos notificados con la* ***Resolución Administrativa SPVS/IV/No. 064 de 10 de febrero de 2009,*** *mediante la cual, la SPVS resuelve:*

"ARTÍCULO ÚNICO. Confirmar en todos sus términos la Resolución Administrativa SPVS-IV-1009 de fecha 23 de diciembre de 2008."

2. ***Fundamentación.***

2.1. *La SPVS en la Resolución recurrida, manifiesta que PCR acepta y admite haber cometido una infracción; lo cual es evidente, pero no considera que esta admisión es a una* ***infracción leve*** *puesto que* ***no existió perjuicio a terceros, no se vio afectada nuestra independencia como calificadora, ni mucho menos se obtuvo ventaja alguna.***

2.2. *Por lo tanto correspondía solo una sanción de amonestación en aplicación a lo dispuesto por el articulo 12, parágrafo I, inciso a) del Decreto Supremo No. 26156 y no así la aplicación de una multa puesto que la infracción cometida no llega al grado de responsabilidad señalado en el articulo 12, parágrafo I, inciso b) de la norma antes citada.*

2.3. *La interpretación que efectúa PCR del articulo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo tiene fundamento, puesto que, como indicamos a lo largo del presente proceso, dicho articulo se limita a señalar que la revisión de las calificaciones deben efectuarse* ***'por lo menos en forma trimestral',*** *sin señalar ni en este ni en otros artículos, que debe efectuarse* ***hasta antes de los tres meses o noventa (90) días****, tal como lo interpreta la SPVS.*

2.4. *Según la interpretación efectuada por PCR del articulo señalado, se efectuó la revisión de las*

calificaciones de riesgo de manera trimestral, en el entendido que una gestión tiene cuatro (4) trimestres, es decir:

Primer Trimestre	***Segundo Trimestre***	***Tercer Trimestre***	***Cuarto Trimestre***
Enero – Febrero - Marzo	*Abril – Mayo – Junio*	*Julio – Agosto – Septiembre*	*Octubre – Noviembre – Diciembre*

2.5. *Es evidente el vacío legal que existe sobre cómo se debe aplicar el articulo 31 de la indicada resolución, lo cual ocasionó que incurramos en un error totalmente involuntario.*

2.6. *Sin embargo, debemos hacer constar que PCR una vez anoticiado de la interpretación de la SPVS, aceptó la misma y comenzó a presentar las revisiones a los Informes de Calificación en los plazos que considera correctos el ente regulador. Prueba de ello es que a la fecha no hemos tenido una nueva observación respecto a la revisión de las calificaciones.*

3. Conclusiones.

3.1. *PCR nunca tuvo la intención de incumplir con lo señalado por el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, situación que solicitamos sea considerada en mérito al Principio de buena fe consagrado en el articulo 4, inciso e) de la Ley No. 2341, que establece:* ***'En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La Confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo'.***

3.2. *La interpretación efectuada por PCR sobre la norma antes señalada es totalmente válida, ya que como indicamos líneas arriba, la norma no es lo suficientemente clara al respecto.*

3.3. *La SPVS debe considerar que, una vez enterados de la interpretación que le da al artículo en discusión, PCR presento revisiones a los Informes de Calificación posteriores en los plazos que el ente regulador considera correctos.*

3.4. *PCR admite que no realizo las revisiones de calificaciones en los plazos computados por la SPVS, pero que no fue por negligencia ni desidia, sino por una interpretación diferente del articulo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo, por lo que* ***consideramos que no debería existir sanción alguna en contra de PCR****, pero que de existir una sanción debería aplicarse la mas leve posible, puesto que* ***se tratan de hechos que no perjudicaron a terceros, no afectaron nuestra independencia como calificadora ni mucho menos se obtuvo ventaja alguna*** *por lo que solo se debería aplicar una sanción de* ***AMONESTACIÓN*** *en aplicación del articulo 12, parágrafo I, inciso a) del decreto Supremo No. 26156."*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy Auto-

ridad de Supervisión del Sistema Financiero y Autoridad de Fiscalización Control y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. Sobre la Interpretación ofrecida por el recurrente.

La **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.,** fundamenta su Recurso Jerárquico en la interpretación que la misma realiza a la normativa (Articulo 31 de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No 250 de fecha 26 de marzo de 2007), haciendo hincapié que la norma no es clara y existiría un vacío legal para aplicación de la precitada disposición legal.

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

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

Por lo que amerita, verificar el alcance de la determinación del artículo 3ro. de la Resolución Administrativa SPVS-IV-No 250 de fecha 26 de marzo de 2007, que ha originado la sanción impuesta por la EX SPVS a la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.,** regulación que determina que:

> *"Las Entidades Calificadoras deberán revisar por lo menos en forma trimestral todas las calificaciones de riesgo de las cuales resulten responsables, incluyendo las calificaciones asignadas a emisores o Programas de Emisores que no cuenten aún con la Resolución Administrativa de autorización otorgada por la SPVS. La información financiera* ***considerada para las revisiones no deberá tener una antigüedad mayor a tres meses****."* (Las negrillas y el subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial).

De la correcta aplicación del precepto jurídico antes trascrito, se tiene que el mismo determina que la revisión de la calificación se realiza en forma trimestral, donde el cómputo del trimestre se encuentra condicionado a la parte final del mismo artículo que señala que la información financiera considerada en las revisiones no deberá tener una antigüedad de tres meses, es decir la misma esta vinculando el cómputo de la revisión a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del mismo cuerpo normativo, ya que el primero establece que el Comité de Calificación tiene la función de revisar informes, antecedentes y documentos de respaldo y adoptar un acuerdo de calificación de riesgo; y el segundo dispone que dichos acuerdos deben constar en un libro de actas, en el cual se registran todas las reuniones del Comité de Calificación.

Por lo que, sobre este punto, se puede concluir que, en contrario sensu a lo aseverado por la **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.**, la norma es clara y no cuenta con vacios legales que impiden su aplicación, por lo que, las entidades reguladas se encuentran en la obligación de cumplirlas.

2. Sobre la aceptación de la infracción.

La **CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.** en el punto 2 (Fundamentación) inc. 2.1. del Recurso Jerárquico presentado señala:

"…la SPVS en la resolución recurrida, manifiesta que PCR acepta y admite haber cometido una infracción; lo cual es evidente, pero no considera que esta admisión es a una infracción leve …" (El subrayado se inserta en la presente Resolución Jerárquica),

Asimismo, y bajo la misma línea expresa en el punto 3.4 de Conclusiones, lo siguiente:

"PCR admite que no realizó las revisiones de calificaciones en los plazos computados por la SPVS, pero que no fue por negligencia ni desidia, sino por una interpretación diferente del articulo 31 de la Regulación para Entidades Calificadores de Riesgo, por lo que consideramos que no debería existir sanción alguna en contra de PCR, pero que de existir una sanción debería aplicarse la más leve posible, puesto que se tratan de hechos que no perjudicaron a terceros, no afectaron nuestra independencia como calificadora ni mucho menos se obtuvo ventaja alguna por lo que solo debería aplicar una sanción de AMONESTACION, en aplicación a lo dispuesto por el artículo 12, párrafo I, inciso a) del Decreto Supremo No. 26156."

Ahora bien, más allá de una eventual interpretación legal a la que hizo referencia el recurrente, misma que ya fue analizada y desarrollada en el punto anterior, la **CALIFICADORADE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A.** reconoce el incumplimiento a lo dispuesto por el artículo 31 de la Regulación para Entidades Calificadoras aprobada mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-No 250 de fecha 26 de marzo de 2007, aspecto que constituye un reconocimiento expreso sobre la aceptación de su responsabilidad, no siendo necesario entrar en mayores consideraciones de orden legal sobre la infracción de la mencionada disposición.

3. Principios que deben regir el proceso sancionatorio

Habiéndose establecido la aceptación de la comisión de la infracción hecha por el recurrente a lo largo del proceso sancionatorio, desde la presentación de los descargos hasta la interposición del Recurso Jerárquico, es que corresponde pasar a

efectuar el correspondiente examen de legalidad

Es así que, la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 23 de abril de 2002, establece los principios generales de la actividad administrativa, debiendo la administración pública ajustar todas sus actuaciones a las disposiciones legales establecidas en la precitada norma, correspondiendo realizar una análisis de los principios por los cuales deben fundamentase los actos administrativos emitidos – en este caso – por el órgano de regulación.

a) Principio de sometimiento pleno a la ley.

Artículo 4to. inc. c) Ley de Procedimiento Administrativo:

"La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.

La ley otorga facultades a los órganos de la administración pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.

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

previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo." (Resolución Jerárquica de Regulación financiera SGSIREFI/RJ No. 04/2005 de 134 de enero de 2005).

b) Principio de verdad material y principio de tipicidad.

El principio de verdad material en oposición a la verdad formal, al que hace referencia el inc. d) del artículo 4 de la ley 2341 determina que el órgano de regulación investigará la verdad material del hecho; aspecto que no limita solo a la investigación de la infracción de la ley sino también a la imposición de la sanción de acuerdo *a la tipicidad* en la que se encuentra enmarcada la conducta.

La tipicidad en materia administrativa no es más que la descripción legal de una conducta específica en relación a la infracción cometida debiendo determinarse criterios objetivos sobre los parámetros de la sanción siendo estos debidamente motivados adecuándose al comportamiento y la culpabilidad de la persona (natural o jurídica) al la cual se imputa, aspecto congruente con lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo que consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas.

c) Principio de proporcionalidad y aplicación de sanciones

Sobre el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo reflejado en la Resolución Jerárquica No. 38/2005 establece que:

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

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

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

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

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

d) Principio de legalidad y legitimidad

El principio de legalidad, se refiere a que la observancia de la Ley y la sujeción a la misma a efectos de legitimar la actuación de la autoridad jurisdiccional o administrativa y garantizar a los administrados que, en ejercicio de sus potestades, la administración actúe dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

El principio de legitimidad, conforme se expresa en la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 15/2007, de fecha 6 de febrero de 2007 que señala:

> "Siguiendo el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, el término "legitimidad" significa "Calidad de legítimo (v.). legalidad, conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas (...)" asimismo, para dicho autor, la palabra legítimo implica "Legal o conforme a ley (v.). Ajustado a derecho(...)".
>
> Es decir, que la legitimidad en cuanto a los actos jurídicos o personales deben necesariamente encontrarse enmarcados en la Ley y en el Derecho, así como en las disposiciones normativas aplicables al caso en cuestión."

4. Análisis de la controversia

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

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

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

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

Conforme se verifica de los antecedentes cursantes en el expediente, el recurrente fue sancionado por la Ex SPVS, aplicando la determinación dada por el inc. b) numeral 7mo. de la precitada disposición legal en vigencia, que determina:

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

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

Primer Rango

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

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

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

> ***“ARTICULO 13°. (Multas aplicables).-*** *Salvo lo específicamente establecido en el Capítulo II del Título III del presente Decreto Supremo respecto a las infracciones en materia de información, la Superintendencia aplicará la sanción de multa, respetando los principios señalados en el artículo 3° y considerando lo establecido en el artículo 11° precedente, según los rangos que se describen a continuación:*
>
> *a) Primer Rango: Desde $us. 500 hasta $us. 10.000 …*
>
> *…La aplicación de los rangos señalados se sujetarán a lo dispuesto por el Capítulo I del Titulo III del presente Decreto Supremo.”*

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

Por lo anteriormente expuesto, se tiene que el recurrente actuó con negligencia, elemento configurativo dado por la imprudencia, falta de diligencia toda vez que debió ejercitar las medidas o precauciones necesarias, para realizar oportunamente la revisión trimestral de las calificaciones de riesgo asignadas a Latina Seguros Patrimoniales S.A., a la emisión de Bonos Transredes II y al Programa de Emisiones de Intercambio de Bonos de Transredes, en conformidad con el artículo 31 de la Resolución Administrativa SPVS-IV Nº 250 de 26 de mayo de 2007, que aprueba la Regulación para Entidades Calificadores de Riesgo.

Esta infracción se ajusta a lo dispuesto por el numeral 7mo. Inc. b) del artículo 20 del reglamento de aplicación de sanciones administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo Nº 26156 de fecha 12 de abril de 2001, correspondiendo a la categoría de **“infracción específica”.**

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

Por tanto se concluye que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, ha realizado una correcta valoración de los hechos y los descargos aportados por el recurrente habiéndose ajustado la conducta y sanción

impuesta a lo establecido expresamente en la normativa vigente para este sector así como ha dado cumplimientos a los principios determinados en el Artículo 3 del Decreto Supremo Nº 26156 de fecha 12 de abril de 2001, al haber seguido el proceso sancionatorio conforme la normativa citada.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

Artículo Único.- Confirmar totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IV Nº 064 de 10 de febrero de 2009, que en Recurso de revocatoria confirma la resolución Administrativa SPVS-IV Nº 1009 de 23 de diciembre de 2008; ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 236 DE 03 DE ABRIL DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 005/2009 DE 19 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 005/2009

La Paz, 19 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **BBVA PREVISIÓN AFP S.A.**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 037 de 20 de enero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 024/2009 de 9 de octubre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 04 de mayo de 2009, BBVA PREVISIÓN AFP S.A., representada por el Sr. René Nicolás Nogales Rodríguez, de acuerdo a las facultades contenidas en el Testimonio de Poder Nº 627/08 de 24 de noviembre de 2008 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase Nº 97, del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en recurso de revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IPNº 037 de 20 de enero de 2009.

Que, mediante carta AP/86/2009 de 22 de mayo de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió en fecha 24 de junio de 2009, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 30 de julio de 2009.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP Nº 037 DE 20 DE ENERO DE 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 037 de 20 de enero de 2009, notificada el 09 de febrero de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

> ***"ARTICULO 1º.-*** *Sanciona y Desestima sanción a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A.:*
>
> *a) En relación al Cargo Nº 1, sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Mil Trescientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us1.300.oo), por veintiséis (26) registros de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la 'Guía del Bonosol' aprobada mediante la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 ampliada con la Circular SPVS/IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006.*
>
> *b) En relación al Cargo Nº 2, sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Doscientos Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us250. oo), por cuatro (4) registros de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el Artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004 de 20 de diciembre de 2002; y uno (1) al punto III. de la Circular SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005.*
>
> *c) En relación al cargo Nº 3, sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us5.001.oo), en infracción a lo dispuesto en el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003.*
>
> *d) Se desestima la sanción a BBVA Previsión AFP S.A. por dieciocho (18) casos correspondientes al cargo Nº 1, por haber sido debidamente descargados. El detalle de casos desestimados es el siguiente:*

Nº	CODIGO		NUB	Nº DOCUMENTO	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO
2	B	2	900105323	5652181	BARRERO	SAIGUA	NULL	SIMONA	2007/01/08
12	B	50	220512256	134632	ARELLANO	NULL	RUIZ	MARINA NATIVIDAD	2007/04/03
15	B	64	900105731	4112260	LUNA	AGUILARIO	NULL	NESTOR	2007/05/14
18	B	83	700410196	1940136	SALDIAS	VACA	NULL	FRANCISCO	2007/07/03
20	B	87	500304434	4104503	BALTAZAR	PUMA	NULL	VICTOR	2007/07/10
21	B	95	500351738	5566989	BLASI	VIA	TRIGORI	VALENTINA	2007/08/03
22	B	97	600065615	182786	BENITEZ	DURAN	NULL	GREGORIO	2007/08/08
23	B	98	900117786	1022-290630S	NUEZ	VISALLA	NULL	VALENTINA	2007/08/08
24	B	103	600179983	1195582	COPA	HUAYLLA	CAYO	EDUVIGES	2007/09/11
27	B	111	100165852	3982449	RODRIGUEZ	MAMANI	NULL	FRANCISCO	2007/09/14
28	B	114	701010612	1952233	MALDONADO	NULL	CARRILLO	CLARA	2007/0914
29	B	119	500256155	1103805	LLAMPA	YUPANQUI	NULL	NATALIO	2007/09/25
30	B	121	500166609	1342466	TORREZ	VILLEGAS	NULL	MARIA	2007/09/26
34	B	137	900172153	1124919	DELGADILLO	NULL	NULL	DIONICIA	2007/11/01
35	B	143	600165757	6002-200931W	RUIZ	NULL	CASTRO	TERESA	2007/11/12
37	B	146	100264268	4105748	ALDANA	MELENDRES	NULL	ROMAN	2007/11/16
39	B	159	900114411	966464	ALBA	GUZMÁN	NULL	MARIA ALEJAN-DRINA	2007/12/07
42	B	180	100096372	1127761	YUCRA	URQUIZO	NULL	PEDRO	2007/12/28

Articulo 2º.- I. *La reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Veinticinco Mil Quinientos Treinta 00/100 Bolivianos (Bs25.530.oo), con relación al inciso c) del Artículo 1º de la presente resolución, más el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados. Para el cálculo del rendimiento citado, se considerará la tasa de interés promedio que pagaron las cuentas corrientes mantenidas en el FCC en Bolivianos, vigentes en el período comprendido entre la fecha del pago con error y la fecha del pago de la reposición al FCC.*

II. *Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para su correspondiente descargo en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a computarse a partir de la notificación con la presente Resolución Administrativa.*

ARTICULO 3º.- *Se dispone el bloqueo preventivo para los NUB 700441393, 1002615989, 220163257 y 500263940; para que una vez verificados los casos, en caso de corresponder se emita la Resolución Administrativa de suspensión del derecho al pago del Bonosol por haber cobrado dicho beneficio antes de cumplir 65 años de edad, en cumplimiento a lo establecido en el inciso c) del artículo 12 del Decreto Supremo Nº 25994.*

ARTICULO 4º.- *Las multas señaladas precedentemente, deberán ser depositadas en la cuenta del Banco Central de Bolivia Nº 0865-TGN-Cuenta Transitoria, del Tesoro General de la Nación habilitada para tal efecto, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos computables a partir de la notificación con la presente disposición normativa. Una copia original del comprobante de depósito deberá ser remitida a la SPVS para su correspondiente descargo en el plazo de dos (2) días hábiles de efectuado el depósito".*

2. RECURSO DE REVOCATORIA

Por memorial presentado el 04 de marzo de 2009 BBVA Previsión AFP S.A. interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP 037 de 20 de enero de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

"II.- Antecedentes:

En fecha 09 de febrero del año en curso, BBVA Previsión AFP fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 037 pronunciada por la SPVS en fecha 20 de enero de 2009, resolviendo Sancionar económicamente a esta Administradora de Fondos de Pensiones por infracción a la Guía del Bonosol aprobado mediante Circular SPVS-IP 03/2005 de 14 de septiembre de 2005, ampliada con Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006 numeral 2.2.3; Artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 1004 de 20 de diciembre de 2002 y Resolución Administrativa SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005.

III. Fundamentos de Impugnación:

Cargo Nº 1.- *Con referencia a este cargo la AFP tiene a bien adjuntar la documentación que a continuación se detalla:*

Caso beneficiaria Lily Saavedra de Rosales con cédula de identidad Nº 1458732, se adjunta el Comprobante de Pago Nº 4028009, Fotocopia del Formulario de Reclamo BONOSOL Nº 76780 de fecha 31 de octubre de 2007, Formulario de Reclamo BONOSOL Nº 77528 de fecha 09 de noviembre de 2007, y carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 09 de noviembre de 2007.

Caso Inocente Vargas Rodríguez con cédula de identidad Nº 1297935, se adjunta Formulario de Pago Nº 3634572, fotocopia cédula de identidad, Boleta de Autorización PREV-BON-202120077, formularios de Reclamo BONOSOL Nº 51744, 59661 y 68186 de fechas 05 de diciembre de 2006, 09 de abril de 2007, 02 de agosto de 2007, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por el beneficiario en fecha 28 de noviembre de 2006, Certificado de Nacimiento, Tarjeta Prontuario Legalizada, fotocopia de cédula de identidad, fotografía del beneficiario y croquis de domicilio.

Caso Brígida León Ramos con cédula de identidad Nº 5784350, se adjunta Formulario de Pago Nº 3235845, fotocopia cédula de identidad, Certificado de nacimiento, formulario de reclamo BONOSOL Nº 68808 de fecha 10 de agosto de 2007 y carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 10 de agosto de 2007, fotocopia de cédula de identidad, fotocopia legalizada de Tarjeta Prontuario y certificado domiciliario.

Caso Juliana Tulipa Choque de Quiroga con cédula de identidad Nº 4105100, se adjunta Formulario de Pago Nº 4132279, fotocopia cédula de identidad, fotocopia certificado de nacimiento y matrimonio, formulario de reclamo BONOSOL Nº 72603 y 77020 de fechas 19 de septiembre de 2007, 05 de noviembre de 2007, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 18 de septiembre de 2007, Certificado de Tarjeta Prontuario y croquis de domicilio.

Caso Paulina Mamani de Mamani con cédula de identidad Nº 104535, se adjunta Formulario de Pago Nº 2915408, fotocopia cédula de identidad, fotocopia certificado de nacimiento y matrimonio, formulario de reclamo BONOSOL Nº 51598 de fecha 04 de diciembre de 2006, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 24 de noviembre de 2006 y Certificado de Tarjeta Prontuario.

De la revisión de toda esta documentación se establece que la habilitación de los citados beneficiarios se encuentra realizada conforme dispone el numeral 2.2.3. de la Guía del BONOSOL aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 y Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006.

Cargo Nº 3.-

De acuerdo al reporte generado por el sistema, se aprecia que los beneficiarios Matías Flores Paracta, Felipa Lahor de Buezo, Ignacia Rodríguez Señoranis de Castillo y Asencio Tomichá Medina a partir de fechas 26 de octubre de 2006, 07 de diciembre de 2006, 14 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006, respectivamente, fueron bloqueados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con código 'IBX' (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) y que luego de presentada la solicitud de habilitación de registros hecha por la AFP mediante Cite PREV-PR 0566/07 de fecha 31 de enero de 2007, los cuatro (4) casos fueron habilitados por la propia Superintendencia con el Código 'ARX' (Activo Reposición Cobro en Exceso) en fecha 15 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el citado reporte.

IV. Petitorio:

Por los argumentos expuestos, PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) al amparo del artículo 46 y siguientes del Decreto Supremo 27175 y dentro del término de 15 días hábiles, interpone el presente Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 037 de fecha 20 de enero de 2009, solicitando a su autoridad REVOQUE PARCIALMENTE la misma, en virtud a que la documentación presentada por la AFP demuestra la correcta habilitación del registro de los beneficiarios para el pago de BONOSOl...".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/Nº 236 DE 03 DE ABRIL DE 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, atendiendo el Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA PREVISIÓN S.A. AFP resolvió confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 037 de 20 de enero de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

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

Con relación al cargo Nº 1

BBVA Previsión AFP S.A., en cuanto al Cargo Nº 1 fue sancionada por haberse comprobado infracción a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la 'Guía del Bonosol' aprobada mediante la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 ampliada con la Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006, debido a que la AFP en veintiséis (26) registros de pago Bonosol no presentó a la Comisión Fiscalizadora la documentación completa para la habilitación de los casos 'IAR'.

En ese sentido, la ratio legis de la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, establece que el bloqueo IAR (Inactivo Pagos Rezagados) debe ser realizado por la AFP por seguridad, a todos los registros que estando habilitados para cobrar no lo hicieron en un plazo de 120 días a partir de la fecha que les correspondía (fecha de cumpleaños) o que fueron actualizados. Asimismo, la norma prevé la solución para cada tipo de bloqueo a los cuales son sujetos algunos registros de Beneficiarios.

BBVA Previsión AFP S.A. presentó documentación de la AFP adjunta al Recurso de Revocatoria, correspondiente a cinco Beneficiarios, que se detallan a continuación: Lily Saavedra de Rosales, Inocentes (sic) *Vargas Rodríguez, Brígida León Ramos, Juliana Tulipa Choque de Quiroga y Paulina Mamani de Mamani con Cédulas de Identidad Nº 1458732, 1297935, 5784350, 4105100 y 104535 respectivamente.*

Una vez analizada la documentación de la AFP, se evidencia en los cinco casos que, a momento de llenar el Formulario de Reclamo presentaron la documentación válida establecida en la normativa para el desbloqueo de registro; sin embargo, se recuerda al regulado que los documentos no fueron proporcionados de manera oportuna a la Comisión de Fiscalización, ni fueron ofrecidos en el descargo a la nota de cargo SPVS – Nº 1080 de 27 de noviembre de 2008, razón por la cual corresponde se modifique el tipo de sanción a amonestación, respecto a los cinco casos señalados en el párrafo anterior.

Con respecto a los veintiún (21) casos restantes, la sanción se mantiene incólume

En cuanto los Cargos* (sic)*Nº 2

Al no existir elementos aportados contrarios a los cargos sancionados, como lo son las pruebas, alegatos, fundamentos, justificaciones; por parte de la AFP en su Recurso de Revocatoria, corresponde se ratifique la sanción impuesta.

Con relación al Cargo Nº 3

BBVA Previsión en cuanto al presente cargo indica lo siguiente 'De acuerdo al reporte generado por el sistema, se aprecia que los beneficiarios... ... fueron bloqueados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con código 'IBX' (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) y que luego de presentada la solicitud de habilitación de registros hecha por la AFP mediante Cite PREV-PR 0566/07 de fecha 31 de enero de enero de 2007, los cuatro (4) casos fueron habilitados por la propia Superintendencia con el código 'ARX' (Activo Reposición Cobro en Exceso) en fecha 15 de febrero de 2007, conforme evidencia en el citado reporte'. Al respecto, corresponde indicar que una vez analizados los argumentos expuestos, la AFP no toma en cuenta la normativa que fue vulnerada, la cual expresamente establece dos casuísticas para la recuperación de los importes cobrados en exceso y se encuentran bloqueados en la Base de Datos.

Para una mejor ilustración de la norma por la cual fue sancionada la AFP, la misma se transcribe a continuación:

> *Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003.*
>
> *'Los Beneficiarios que debido al cambio de código por la Corte Nacional Electoral (CNE) cobraron en exceso beneficios del Fondo de Capitalización Colectiva (FCC) y que han sido debidamente identificados por la SPVS, deberán reponer dichos montos previa manifestación expresa, para que sea levantada la observación en la Base de Datos del Bonosol.*
>
> *Los beneficiarios que cobraron montos en exceso por tener diferente fecha de nacimiento en la Base de Datos de la CNE,* ***y que demuestren, mediante los respaldos de pago existentes en las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que no se debió a la presentación de un documento de identidad con año diferente al documento presentado para el pago del Bonosol,*** *deberán reponer dichos montos previa manifestación expresa, con la finalidad de que sea levantada la observación en la Base de Datos del Bonosol'.*

La Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. *La Intendencia de Pensiones, con el listado enviado por la AFP asignada y los documentos adjuntos señalados, efectuará el cambio de estado de registro a ARX (Activo Reposición Cobro en Exceso) el que*

será reportado a las AFP, cada día jueves o día hábil siguiente, de acuerdo a procedimiento de actualización de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol'.

En ese sentido, de la norma señalada precedentemente, son las AFP las responsables de la recuperación de los importes cobrados en exceso, previa verificación de la información y ver que ***no se trate de un homónimo, error en la Base de Datos o si el beneficiario presentó un documento de identidad con diferente fecha de nacimiento,*** *y una vez verificado este requisito la AFP emitir un listado a la Intendencia de Pensiones para el cambio de Estado.*

Cuando la AFP refiere que remitió a la SPVS los litados mencionados para la habilitación de los registros, en esa oportunidad, sólo adjuntó la fotocopia de la Cédula de Identidad y fotocopia del Formulario A 'Reconocimiento de Cobro en Exceso y Boleta de Depósito', como establece la norma en el entendido que es obligación de la AFP que previo al envío verifique lo citado en el párrafo precedente en el marco de la normativa relativa a este procedimiento de desbloqueo.

Corresponde aclarar al regulado que la habilitación de los registros se efectúa en la SPVS, pero a solicitud expresa de la AFP de los casos incluidos en sus listados; asimismo, el regulado debe considerar que la norma no establece que la SPVS deba solicitar a la AFP mayor documentación para su análisis, debido a que ese análisis antes de la remisión de los listados debe ser realizado por la Administradora de Fondos de Pensiones.

Por tanto, correspondía a la AFP realizar la evaluación integral de cada uno de los casos, debiendo establecer si cumplían o no con los requisitos previstos en el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y la Circular SPVS-IP 068/2003 de 30 de julio de 2003. En consecuencia, la AFP no debió remitir los casos a la SPVS para la habilitación de los registros necesariamente, sino más al contrario en cumplimiento a la normativa emitida por la SPVS, estos casos debieron ser remitidos solicitando la Suspensión de los Beneficios de la Capitalización en cumplimiento al Decreto Supremo Nº 25994 de 24 de noviembre de 2000, ya que la AFP contaba con toda la documentación, que de haber realizado su trabajo conforme a norma, le hubiera permitido evidenciar que los Beneficiarios cobraron el Bolivida antes de cumplir 65 años de edad.

Finalmente, por las razones expuestas precedentemente, al ser insuficientes los argumentos de la AFP, se ratifica la sanción impuesta.

(....)

RESUELVE:

ARTÍCULO UNICO*.- Confirmar Parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 037 de 20 de enero de 2009, modificándose el inciso a) del ARTICULO 1º de la siguiente manera:*

> *"...*
> *a) En relación al Cargo Nº 1 sancionar a BBVAPrevisión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Mil Cincuenta 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us. 1.050.--), por veintiún (21) registros de Pago de Bonosol, en infracción a lo dispuesto en el Punto 2.2.3 de la 'Guía del Bonosol' aprobada mediante la Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005 ampliada con Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006 de 10 de agosto de 2006.*

Con respecto a cinco (5) casos correspondientes a los Beneficiarios Lily Saavedra de Rosales, Inocente Vargas Rodríguez, Brígida León Ramos, Juliana Tulipa Choque de Quiroga y Paulina Mamani de Mamani, sancionar a BBVA Previsión AFP S.A. con Amonestación"

4. RECURSO JERÁRQUICO.

Por memorial presentado el 04 de mayo de 2009, en la oficina Regional de la SPVS en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra, BBVA Previsión AFP S.A. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 236 de 03 de abril de 2009, pronunciada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, fundamentando su pretensión en los siguientes términos:

"I. ANTECEDENTES

En fecha 07 de abril del año en curso, BBVA PREVISIÓN AFP fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 236 pronunciada por la SPVS en fecha 03 de abril de 2009, resolviendo Confirmar la Resolución de Sanción Económica SPVS-IP 037 por infracción a la Guía del Bonosol aprobado mediante Circular SPVS-IP 83/2005 de 14 de septiembre de 2005, numeral 2.2.3; artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 1004 de 20 de diciembre de 2002 y Resolución Administrativa SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

A efectos de que su autoridad pueda obrar en justicia, a continuación ratifico los fundamentos expuestos en el Recurso de Revocatoria presentado contra la Resolución Administrativa Sancionatoria, mismos que no han sido considerados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Cargo Nº 1. Con referencia a este cargo la AFP tiene a bien adjuntar la documentación que a continuación se detalla:

Caso Beneficiaria Lily Saavedra de Rosales con cédula de identidad Nº 1458732, se adjunta el Comprobante de Pago Nº 4028009, Fotocopia del Formulario de Reclamo BONOSOL Nº 76780 de fecha 31 de octubre de 2007, formulario de Reclamo BONOSOL Nº 77528 de fecha 9 de noviembre de 2007, y carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 9 de noviembre de 2007.

Caso Inocentes Vargas Rodríguez con cédula de identidad Nº 1297935, se adjunta Formulario de Pago Nº 3634572, fotocopia cédula de identidad, Boleta de Autorización PREV-BON-202120077, formularios de Reclamo BONOSOL Nº 51744, 59661 y 68186 de fechas 05 de diciembre de 2006, 09 de abril de 2007, 2 de agosto de 2007, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por el beneficiaria en fecha 28 de noviembre de 2006, Certificado de Nacimiento, Tarjeta Prontuario Legalizada, fotocopia de cédula de identidad, fotografía de la beneficiaria y croquis de domicilio.

Caso Brígida León Ramos con cédula de identidad Nº 5784350, se adjunta Formulario de Pago Nº 3235845, fotocopia cédula de identidad, Certificado de nacimiento, formulario de reclamo BONOSOL Nº 68808 de fecha 10 de agosto de 2007 y carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 10 de agosto de 2007, fotocopia cédula de identidad, fotocopia legalizada de Tarjeta Prontuario y certificado domiciliario.

Caso Juliana Tulipa Choque de Quiroga con cédula de identidad Nº 4105100, se adjunta Formulario de Pago Nº 4132279, fotocopia cédula de identidad, fotocopia certificado de nacimiento y matrimonio, formulario de Reclamo BONOSOL Nº 72603 y 77020 de fechas 19 de septiembre de 2007, 05 de noviembre de 2007, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por la beneficiaria en fecha 18 de septiembre de 2007, Certificado de Tarjeta Prontuario y croquis de domicilio.

Caso Paulina Mamani de Mamani con cédula de identidad Nº 104535, se adjunta Formulario de Pago Nº 2915408, fotocopia cédula de identidad, fotocopia certificado de nacimiento y matrimonio, formulario de Reclamo BONOSOL Nº 51598 de fecha 04 de diciembre de 2006, carta de solicitud de habilitación de registro suscrita por el beneficiaria en fecha 24 de noviembre de 2006 y Certificado de Tarjeta Prontuario.

De la revisión de toda esta documentación se establece que la habilitación de los citados beneficiarios se encuentra realizada conforme dispone el numeral 2.2.3 de la Guía del BONOSOL aprobada mediante Circular SPVS-IP 83/2005 y Circular SPVS-IP-DBFCC 070/2006.

Cargo Nº 3.

De acuerdo al reporte generado por el sistema, se aprecia que los beneficiarios Matías Flores Paracta, Felipa Lahor de Buezo, Ignacia Rodríguez Señoranis de Castillo y Asencio Tomichá Medina a partir de fechas 26 de octubre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 14 de septiembre de 2006, 30 de noviembre de 2006, respectivamente, fueron bloqueados por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con código 'IBX' (Inactivo Bloqueado por Cobro en Exceso) y que luego de presentada la solicitud de habilitación de registros hecha por la AFP mediante cite PREV-PR 0566/07 de fecha 31 de enero de 2007, los cuatro (4) casos fueron habilitados por la propia Superintendencia con el Código 'ARX' (Activo Reposición Cobro en Exceso) en fecha 15 de febrero de 2007, conforme se evidencia en el citado reporte.

IV.- PETITORIO

Por los argumentos expuestos, PREVISIÓN BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.) al amparo del Artículo 52, 53 siguientes del Decreto Supremo 27175, Resoluciones Administrativas SPVS- 245 DE FECHA 7 DE ABRIL DE 2009 y SPVS 246 DE FECHA 16 DEABRILDE 2009, y dentro del término de 10 días hábiles administrativos, interpone el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 236 de fecha 03 de abril de 2009, solicitando a su autoridad REVOQUE PARCIALMENTE la misma, en virtud a que la documentación presentada por la AFP demuestra la correcta habilitación del registro de los beneficiarios para el pago de BONOSOL.

***Otrosi 1.-** Conforme establece el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 25 de abril de 2002, solicita su Autoridad pronunciarse con carácter previo por la SUSPENSIÓN de la aplicación del Artículo segundo de la Resolución Administrativa SPVS-IP-Nº 28, en virtud a que se constituye en una reposición excesiva y onerosas para el Recurrente".*

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy

Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. Análisis de la controversia

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde determinar si la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió el acto, hoy impugnado, considerando y valorando los argumentos y pruebas de descargo aportadas por el Recurrente.

1.1.* BBVA Previsión S.A. AFP arguye respecto al cargo Nº 1 que: *"la documentación de descargo presentada de 5 beneficiarios demuestra que la habilitación fue realizada conforme lo dispone el numeral 2.2.3 de la Guía del Bonosol"

De la revisión de los actuados cursantes en el expediente se advierte que la afirmación realizada por el Recurrente respecto al cargo Nº 1 no está en discusión, ya que la propia SPVS en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, página 6 reconoce expresamente que: "*...analizada la documentación..., se evidencia ...que a momento de llenar el formulario de reclamo presentaron la documentación válida establecida en normativa para el desbloqueo de registros...".*

Se aprecia entonces, que de los 26 registros de Pago de Bonosol por los que se determinó imponer la sanción, la Ex SPVS consideró y valoró la prueba de descargo presentada por la AFP de 5 casos a tiempo de resolver el Recurso de Revocatoria, reduciendo el monto de la sanción pecuniaria de $us. 1.300.- a $us. 1.050.-.

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

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

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

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

Respecto a los 21 casos restantes, no habiendo BBVA Previsión S.A. AFP presentado prueba o fundamento a ser analizado, se entiende admitido el cargo imputado y consecuente sanción quedando firme y subsistente la multa de $us. 1.050.- impuesta por la Ex SPVS.

1.2. Cargo Nº 2

Respecto a este cargo, BBVA Previsión S.A. AFP no presenta argumentos, entendiéndose que no existe ningún agravio, quedando por tanto firme y subsistente la sanción de $us. 250.--, por cuatro (4) registros de Pago de Bonosol

en infracción a lo dispuesto en el artículo 8 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004 de 20 de diciembre de 2002 y un (1) registro al punto III de la Circular SPVS-IP-DBFCC 087 de 23 de septiembre de 2005.

1.3. **En cuanto al Cargo No. 3, BBVA Previsión S.A. AFP alega: "*...los beneficiarios ... fueron bloqueados por la SPVS con código 'IBX' y presentada la solicitud de habilitación de registros hecha por la AFP... los cuatro (4) casos fueron habilitados por la propia Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con el código 'ARX".***

La sanción impuesta por la ex SPVS a BBVA Previsión AFP S.A. para el cargo No. 3, corresponde al incumplimiento del Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, en los trámites de los Beneficiarios: Asencio Tomachi Medina, Matías Flores Paracta, Ignacia Rodríguez Seoranis y Felipa Lahor.

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

Por lo que, se evidencia que la AFP no verificó a través de los comprobantes de pago y documentación adjunta, que los citados Beneficiarios presentaron documento de identidad con fecha de nacimiento diferente de la que cobraron el BONOSOL, situación que incluso repercute en la edad del cobro del BOLIVIDA, todo ello en infracción de la normativa imputada en los cargos y que permite la imposición de sanción.

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

Quedando de esta manera demostrado el incumplimiento de la AFP de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 365 de 26 de mayo de 2003 y de la Circular SPVS-IP 68 de 30 de julio de 2003, por los trámites de los Beneficiarios: Asencio Tomachi Medina, Matías Flores Paracta, Ignacia Rodríguez Seoranis y Felipa Lahor

Ahora bien, la Ex SPVS además de la sanción calificada como gravedad media, determina la aplicación de la reparación del daño, ya que considera que se ha generado un daño económico al Fondo de Capitalización Colectiva (FCC), debido a que los cuatro Beneficiarios debieron ser suspendidos por cobrar BOLIVIDA antes de cumplir los 65 años, situación que no ocurrió.

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

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

"…corresponde informar que los registros correspondientes a los señores: Asencio Tomachi Medina, Matía Flores Paracta, Ignacia Rodriguez Seoranis y Felipa Lahor, se encuentran bloqueados con estado IBL (Bloqueo Preventivbo) hasta que los Beneficiarios presentes sus reclamos, para que una vez que se cuente con los mismos, se emita el Informe Técnico y legal y ***en caso de corresponder*** *se dicte la Resolución Administrativa de Suspensión del Pago de Beneficio, conforme lo previsto en el artículo 12 del Decreto Supremo Nº 27090 de 18 de junio de 2001…"* (las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Administrativa).

Por lo que, queda claro que la propia SPVS ahora AP, no tiene la certeza absoluta si corresponde o no la suspensión, ya que como se dijo antes en los cuatro casos se deberá seguir el proceso correspondiente, para que en base a la documentación se determine si cobraron o no el beneficio del BOLIVIDA antes de los 65 años.

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

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

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

Finalmente, se debe dejar en claro, que al existir indicios de cobro antes de los 65 años por parte de los cuatro Beneficiarios, la Autoridad de Fiscalización en uso de sus atribuciones, debería ordenar la constitución de previsiones, hasta la determinación a ciencia cierta de la edad con la que cobraron el BOLIVIDA.

CONSIDERANDO:

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

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

> *"Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*

Que, la facultad para la calificación de la gravedad de la sanción e imposición del monto, es facultad privativa de la Autoridad Fiscalizadora, debiendo la misma en el marco del debido proceso, aplicarla en legalidad y legitimidad y tomando en cuenta las determinaciones considerativas de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, para que de esta manera la AFP recurrente asuma defensa conforme a procedimiento.

Que, lo señalado en el párrafo anterior, se encuentra respaldada en la normativa de la materia, que se transcribe a continuación, misma que permitirá evidenciar que la única Entidad llamada por Ley para la calificación, imposición de sanción, en el ámbito de las facultades discrecionales es la Superintendencia, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

- **Ley de Pensiones**

"ARTICULO 49º FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. *La Superintendencia de Pensiones tendrá las siguientes funciones:*

…g) Supervisar, inspeccionar ***y sancionar*** *a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y otras entidades bajo su jurisdicción, de acuerdo a la presente ley y sus reglamentos…"*

- ***Decreto Supremo No. 24469 (Reglamentario de la Ley de Pensiones)***

"ARTICULO 2. (DEFINICIONES). *…Para los efectos del presente reglamento, se establece las siguientes definiciones:*

…Superintendencia: *Es la Superintendencia de Pensiones."*

"ARTICULO 286. (CALIFICACION DE GRAVEDAD). *Las sanciones* ***se calificarán por la Superintendencia****, en base a los siguientes criterios: …"*

"ARTICULO 287. (APLICACION DE LAS SANCIONES). Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, *variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:…"*

"ARTICULO 288. (FORMA DE APLICACION DE LAS SANCIONES). Las sanciones se aplicarán, por la Superintendencia, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, *dentro las previsiones de los artículos anteriores, mediante resolución motivada dictada por el Superintendente de Pensiones."*

"ARTICULO 289. (CONTENIDO DE LA SANCION ADMINISTRATIVA). *Sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil,* ***las sanciones administrativas impuestaspor la Superintendenciade Pensiones, deberán incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas ocasionadas*** *por la violación de las normas, especialmente cuando se haya causado daño a los Fondos o los Afiliados al SSO."*

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

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

Que, en base a lo ampliamente expuesto y en función a la previsión del Artículo 38 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debe procederse en consecuencia, para el Cargo No. 3, ya que el mismo no consideró y valoró correctamente los antecedentes del proceso.

Que, se ha evidenciado que la Ex SPVS ha obrado de conformidad con la normativa, respecto al Cargo 1 y que la AFP recurrente, no interpuso argumento alguno contra el cargo 2.

Que, por lo señalado, corresponde confirmar la sanción impuesta para los cargos 1 y 2, y anular el procedimiento para el cargo 3, en estricta sujeción legal.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 236 de 03 de abril de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 037 de 20 de enero de 2009, en sus artículos 1 inciso a) y b), 3 y 4, correspondientes a los cargos No.1 y 2.

SEGUNDO.- ANULAR el procedimiento administrativo sancionatorio, correspondiente al cargo No. 3, debiendo emitirse nueva nota de cargos y seguir el proceso administrativo correspondiente, en sujeción a los fundamentos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 221 DE 30 DE MARZO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 006/2009 DE 19 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 006/2009

La Paz, 19 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 25/2009 de 12 de octubre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 4 de mayo de 2009, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.,** representada legalmente por René Nicolás Nogales Rodríguez, tal como acredita el Testimonio Poder No. 627/2008 de 24 de noviembre de 2008, otorgado por ante Notaría de Fe Pública No. 97 a cargo de la Dra. Juana Mery Ortiz Romero del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 19/2009, publicada en el Matutino la Razón de fecha 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante nota AP 87/2009 con fecha de recepción de 24 de junio de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, remitió al Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009, recurso que fue admitido a mediante Auto de Admisión de 03 de agosto de 2009, notificado en fecha 04 de agosto de 2009.

Que, mediante Auto de fecha 3 de agosto de 2009, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta la excusa presentada por el Ing. Mario Guillen Suarez y la Abog. Ericka Marisol Balderrama Pérez, disponiendo la separación de ambos funcionarios para el conocimiento y sustanciación del Recurso interpuesto por BBVA PREVISIÓN AFP S.A. contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009, designando al Lic. Roberto Ugarte Q. Viceministro de Política Tributaria y a la Abog. Patricia Viviana Mirabal Fanola respectivamente, para que asuman las responsabilidades y obligaciones conferidas a los mismos, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS/IP No. 028 DE 16 DE ENERO DE 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1º.***
>
> *Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Previsión AFP S.A. con una multa en Bolivianos equivalente a Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us5.001. oo), por infracción a lo dispuesto en el Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la SPVS y las AFP, el Articulo 22 de la Ley de Pensiones y la parte de Débitos, punto 1, primero de la cuenta 3.5.1.01 del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 109 de 07 de marzo de 2001.*
>
> ***ARTICULO 2º.***
>
> ***I.*** *Se dispone que BBVA Previsión AFP S.A. en sujeción al Artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, en el plazo de cinco (5) días hábiles administrativos a partir de la notificación con la presente Resolución, deberá reponer con recursos propios a la Cuenta de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), los recursos utilizados para el pago de la prestación al Afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera, mas la rentabilidad de la Cuenta de Siniestralidad perteneciente a los Afiliados del FCI, generados desde la fecha de cada desembolso realizado, hasta la fecha en la que efectúe la reposición…"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.

En fecha 2 de marzo de 2009, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009, presentando los mismos argumentos expuestos en el Recurso Jerárquico que son transcritos más adelante.

3. Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 221 de 30 de marzo de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

CONSIDERANDO:

Que, en función a los fundamentos planteados por BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria, dentro del término señalado y en el marco de lo establecido por el Decreto Supremo Nº 27175, se procedió al análisis de los argumentos expuestos por el regulado, y aplicando el principio de la valoración razonada de la prueba, se realizó el análisis técnico y jurídico.

I. ARGUMENTO: CARÁCTER DE LAS RESOLUCIONES JERÁRQUICAS.

Mediante Ley N° 3076 de 20 de junio de 2005, la Superintendencia General del SIREFI tiene competencia privativa e indelegable para conocer y resolver los recursos jerárquicos contra las resoluciones del Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, del Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros y del Superintendente de Empresas, excepto las que se refieren a la intervención de las entidades sujetas a supervisión de la SBEF y la SPVS; velando por el cumplimiento de las Leyes y Reglamentos y, se orienta a defender y amparar la institucionalidad de las Superintendencias que conforman el SIREFI.

En cuanto a los alcances de las resoluciones emitidas por el SIREFI, el Artículo 60 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, indica lo siguiente:

> *'I. Las resoluciones que sean dictadas en recurso jerárquico son definitivas y agotan la vía administrativa.*
>
> ***II.** Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI deberán cumplir y hacer cumplir las disposiciones de las resoluciones jerárquicas inmediatamente, adoptando las medidas necesarias y dictando las Resoluciones Administrativas pertinentes para su ejecución….´*

Bajo los lineamientos señalados anteriormente, cuando la AFP indica que las resoluciones emitidas por el SIREFI implican que las Superintendencias Sectoriales deban razonar de la misma manera; evidentemente, la SPVS no puede dejar en soslayo las determinaciones asumidas por esta entidad. Por tanto, los fallos administrativos emitidos por el SIREFI, deben ejecutarse y aplicarse cuando así corresponda.

En ese entendido, la SPVS ha incluido las consideraciones expresadas en la ratio essendi (sic) de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 ***(RJ 052/2008)*** *emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI en la R.A. 028/2009, en sujeción al carácter obligatorio que tienen las decisiones del SIREFI.*

II. ARGUMENTO: LÍNEA JURISPRUDENCIAL SENTADA POR EL SIREFI.

BBVA Previsión AFP S.A. en su Recurso de Revocatoria señala lo siguiente: 'La Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008... razona que existe incumplimiento con relevancia jurídica de representación de la AFP cuando asume una conducta de inactividad causando daño directo por la no interposición oportuna de las acciones que la Ley prevé, es decir, que la descobertura del Seguro de Riesgo Común se produzca por negligencia de la AFP por la interposición inoportuna o no interposición de la acción legal del Proceso Ejecutivo Social.'. Al respecto, se recuerda al regulado que antes del inicio del presente proceso administrativo sancionatorio, incumplió con lo establecido en el Decreto Supremo N° 26131, respecto a la actualización de los períodos de cotización en mora del Afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera, en el Proceso Ejecutivo Social (PES) instaurado contra el Lloyd Aéreo Boliviano S.A. (LAB); donde en diferentes períodos de cotización en mora, varios fueron actualizados con retraso en el PES, la SPVS sancionó a BVA (sic) Previsión AFP S.A. por el PES instaurado contra el LAB conforme se evidencia de la R.A. 1374/2006 la cual confirmada con la R.A. 171/2007 y la RJ 66/2007, encontrándose esta última resolución firme en sede administrativa; denotando entre otros la falta de diligencia en el manejo del PES e incumplimiento a la normativa en el inicio del PES. Es así que con los datos de fecha anterior y firmes en sede administrativa, el argumento de la AFP, es incorrecto, al establecerse que la misma no actuó con el cuidado exigible de un buen padre de familia, al no interponer las acciones legales pertinentes de manera correcta y oportuna, cuya falta de cumplimiento de sus obligaciones, generó la descobertura del Afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera para acceder a una prestación en el Seguro de Riesgo Común

Más adelante el recurrente señala que: '…las AFP's (sic) están obligadas a pagar con sus propios recursos cuando no hubiesen demandado oportunamente el cobro de contribuciones (sic) en mora al Seguro Social Obligatorio que le hubiesen dado cobertura en el seguro de Riesgo Común al afiliado (sic), y ***en el caso de que hubiese cumplido con la demanda en los plazos establecidos por la normativa que regula el cobro de contribuciones*** *(sic), éstas, las AFP's (sic), quedan facultadas implícitamente a pagar con recursos de la cuenta de siniestralidad (sic) del Fondo de Capitalización Individual.". Al respecto, BBVA Previsión AFP S.A. olvida en principio que el Artículo 22 de la Ley de Pensiones señala que los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley. En ese entendido, si bien la AFP en atención a la RJ 052/2008 reconoce la obligación de pagar con sus propios recursos el recargo cuando no hubiese demandado oportunamente el cobro de las Contribuciones en mora al SSO; sin embargo, el regulado no toma en cuenta que en ningún caso, pueden proceder a pagar una prestación de Riesgo Común a un Afiliado que no cumple los requisitos del Artículo 8 de la Ley de Pensiones por mora del empleador, con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, donde el SIREFI, se pronuncia que en caso de que la AFP incurra en culpa queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados.*

Con relación al argumento que las AFP se encuentran ***facultadas implícitamente*** *a pagar con los recursos de la Cuenta de Siniestralidad, se concluye que este extremo es una mera y particular interpretación de la AFP de la RJ 052/2008, que busca evadir sus responsabilidades y que no se encuentra explícitamente establecido en la Resolución Jerárquica que se señala. Por tanto, la afirmación del regulado no tiene respaldo jurídico alguno.*

III. ARGUMENTO: DESCOBERTURA DEL SEGURO DE RIESGO COMUN DEL AFILIADO FERNANDO RAFAEL JOSE HERRERA AGUILERA Y RESPONSABILIDAD LEGAL.

La AFP indica en esta parte del Recurso de Revocatoria que la misma estableció que el Afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera, no cumple con los incisos c) y d) del Artículo 8 de la Ley de Pensiones,

debido a que el LAB no habría pagado las Contribuciones retenidas al Afiliado debiendo contar con una prima pagada entre los periodos de abril/2006 a marzo/2007 para el cumplimiento de requisitos; sin embargo, el regulado olvida que pese a lo expresado, utilizó de manera indebida los fondos de la Cuenta de Siniestralidad, sin estar su actuar respaldado con la norma legal cual es el Artículo 22 de la Ley de Pensiones, la cual expresa que los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y sólo pueden disponerse de conformidad a la Ley, no existiendo posibilidad de que sean utilizadas a discreción del regulado.

IV. ARGUMENTO: DEMANDA OPORTUNA DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA A TRAVÉS DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL.

BBVA Previsión AFP S.A. a este punto argumenta lo siguiente: '… en cumplimiento de los Artículos 33 y 23 de la Ley de Pensiones y 95 del Decreto Supremo 24469 damando (sic) el cobro judicial de las contribuciones (sic) devengadas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo a la empresa 'LLOYD AÉREO BOLIVIANO". Al respecto, para poder considerar una gestión eficiente y oportuna de la AFP, ésta se encuentra en la obligación de demostrar que las actuaciones se encontraban enmarcadas en norma, que se realizaron con la debida oportunidad, debiendo presentar prueba documental para su consideración por parte de la SPVS; situación que no se ha dado en el caso de BBVA Previsión AFP S.A., razón por la cual fue sujeta a sanción anteriormente.

A continuación señala que: ' se establece y evidencia que una vez vencido el plazo de la gestión de cobro administrativo, la AFP presentó las demandas de pago de contribuciones en mora de los períodos que le hubiesen dado cobertura para el seguro de riesgo común al afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera y a partir del periodo (sic) de abril de 2005 antes del vencimiento del plazo, esto último, al amparo del párrafo segundo del Artículo siete (7) del Decreto Supremo 25722…', afirmación que también es incorrecta porque a partir de abril de 2005, encontramos períodos de cotización que fueron actualizados fuera de plazo en el Proceso Ejecutivo Social. Por otra parte, si la AFP cita el Artículo 7 del Decreto Supremo N° 25722, asume perfectamente que: "La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social", por lo que su obligación es actualizar los períodos en mora en el PES, más allá del estado de la Gestión de Cobro, extremo que es contradictorio con la afirmación de la AFP del párrafo anterior.

Asimismo, la AFP señala que: "En resumen la AFP ha cumplido oportuna y diligentemente con la obligación legal de representar y demandar el cobro de contribuciones (sic) en mora iniciando el Proceso Ejecutivo Social en los plazos legales establecidos…", sin embargo, se establece con meridiana claridad que el regulado no procedió de acuerdo a norma en todos los períodos de cotización en mora. Además, se debe recordar que la SPVS sancionó a BBVA Previsión AFP S.A. a través de la Resolución Administrativa IP N° 1374, de 12 de diciembre de 2006, la cual fue confirmada mediante Resolución Administrativa IP N° 171, de 27 de febrero de 2007. Esta última Resolución Administrativa fue parcialmente confirmada por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 66/2007, de 18 de julio de 2007; situación que ratifica que la AFP no ha cumplido oportuna y diligentemente su obligación legal de representar y demandar en estricta sujeción legal el cobro de las Contribuciones en mora del LAB, lo que además lleva a concluir que la AFP al conocer que la gestión de cobro con el Empleador era de alto riesgo; se hallaba con la facultad de culminar con el proceso de cobranza administrativa y continuar con el inicio del PES.

En ese entendido, al contar con pleno conocimiento de que a consecuencia de un anterior proceso administrativo de cobranza administrativa contra el Empleador LAB, se dejó casos de Afiliados sin cobertura, la AFP obró incorrectamente en la tramitación de los PES al no considerar que la gestión de

cobro es ineficaz, que concurren factores de riesgo en el cobro y que existe un antecedente negativo del Empleador respecto a la recuperación de Contribuciones adeudadas al SSO.

Con relación al argumento que la SPVS no es el órgano administrativo que establezca responsabilidad civil sino el órgano jurisdiccional; al respecto, se debe indicar que el Artículo 289 del Decreto Supremo Nº 24469, determina con claridad que sin perjuicio de la acción por responsabilidad civil, ***las sanciones*** *administrativas impuestas por la Superintendencia, deberán* ***incluir la obligación de cubrir todos los gastos y pérdidas*** *ocasionadas por la violación de las normas, especialmente* ***cuando se haya causado daño a los Fondos*** *o a los Afiliados al SSO. En ese sentido, el Parágrafo I del Artículo 68 del Decreto Supremo Nº 27175, señala que* ***la sanción*** *administrativa* ***precisará además*** *de la sanción que se aplica,* ***las medidas o acciones a ser cumplidas para corregir o prevenir los efectos de la infracción y restaurar el derecho****. En ese entendido, la SPVS cuenta con la suficiente competencia que le otorga la norma para sancionar y determinar sus alcances, de acuerdo al inciso g) de la Ley de Pensiones, incluyendo además las obligaciones necesarias contra el regulado cuando se (sic) la infracción haya ocasionado daño a los Fondos o a los Afiliados del SSO.*

Con respecto, a la reparación del daño con los propios recursos de la AFP, fue la determinación que genera precedente señalado por la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 emitida por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI, y a la cual la SPVS solo dio cumplimiento.

En conclusión, corresponde indicar que el regulador en ningún momento habría actuado fuera de las competencias señaladas por Ley, al establecer la reposición de los recursos utilizados de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual (FCI), para pagar pensiones de un Afiliado que no tiene cobertura por mora del empleador, cuando la normativa determina claramente que dicha Cuenta sólo financia las prestaciones por Riesgo Común de Afiliados que cumplen los requisitos de cobertura previstos en el Artículo 8 de la Ley de Pensiones.

V. CONTRATO DE SERVICIOS Y EL DECRETO SUPREMO 28926 ESTABLECEN QUE LAS AFP NO DEBEN PAGAR CON SUS PROPIOS RECURSOS.

Se debe recordar a la AFP que el contrato suscrito entre la SPVS y la AFP, es un Contrato de naturaleza administrativa con todas sus características, donde en la Cláusula Octava, punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato, sin excepción alguna. Asimismo, el Contrato aludido por la AFP en su Cláusula 8.6 establece que la AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables, ***de acuerdo a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias****. Por lo que se concluye que la AFP olvida que esta determinación se halla subordinada como la misma cláusula lo indica "a la Ley de Pensiones y las normas reglamentarias"; razón por la cual no se prevé actividades sujetas a la discrecionalidad.*

Asimismo, la AFP señala que: '… en cumplimiento a lo establecido por el Artículo 2 del numeral I del Decreto Supremo 28926 de fecha 15 de noviembre de 2008 y considerando la línea jurisprudencial establecida por la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 052/2008, se pago (sic) la pensión de invalidez ordenada por la autoridad jurisdiccional al afiliado (sic)… con recursos de la Cuenta de Siniestralidad…'. Al respecto, es necesario señalar que el numeral I del artículo 2 del Decreto Supremo N° 28926 establece que: 'En

el período citado en el artículo precedente, las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, así como el pago de las rentas por Riesgo Profesional del Sistema de Reparto, se financiarán exclusivamente con el aporte de los Afiliados al Seguro Social Obligatorio – SSO, a la Cuenta de Siniestralidad denominada "Prima por Riesgo Común',…', y ***en ningún caso autoriza a la AFP utilizar recursos de la Cuenta de Siniestralidad*** *para pagar una pensión que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 8 de la Ley de Pensiones.*

Con relación a la línea jurisprudencial establecida por la RJ 052/2008, se estableció anteriormente que en ningún lugar señala explícitamente ni da a entender que la AFP, en determinados casos, deba usar los recursos de la Cuenta de Siniestralidad para pagar un pensión que no tiene cobertura por mora del empleador, por lo que la afirmación de la AFP no tiene asidero legal alguno.

Más adelante el recurrente señala que: "La Resolución Administrativa SPVS-IP 28…desconoce el contexto normativo y contractual analizados precedentemente y con ello, infringe las estipulaciones contractuales asumidas por esa entidad reguladora…". Con relación a este argumento, resulta ser inconsistente el mismo debido a que la SPVS emitió dicha Resolución Administrativa en estricta sujeción a la norma vigente que no establece, en lugar alguno, la posibilidad de utilizar recursos de la Cuenta de Siniestralidad para el pago de una pensión que no cumpla los requisitos del Artículo 8 de la Ley de Pensiones.

CONSIDERANDO:

Que, finalmente de la revisión cuidadosa del Recurso de Revocatoria interpuesto por BBVA Previsión AFP S.A., el ente regulador llega a la conclusión de que la entidad recurrente no ha presentado fundamentos que permiten modificar la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 028 de 16 de enero de 2009. En consecuencia, debe confirmarse totalmente la misma, con la consiguiente emisión de la Resolución Administrativa Confirmatoria Total, en el marco del inc. a) del Artículo 43 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que indica "I. Las resoluciones sobre los recursos de revocatoria en el SIREFI serán: a) Confirmatorias. Cuyo alcance podrá ser total, cuando ratifiquen lo dispuesto en la resolución recurrida en todos sus términos o, parcial cuando ratifiquen en parte y modifiquen parcialmente lo dispuesto en la resolución recurrida…".

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 4 de mayo de 2009, **PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 221 de 30 de marzo de 2009, expresando lo siguiente:

"II.- FUNDAMENTACION DE IMPUGNACION:"

LINEA JURISPRUDENCIAL SENTADA POR EL SIREFI

La Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) en fecha 27 de agosto de 2008 emitió la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008, definiendo el alcance de la representación de los Fondos de Pensiones de las Administradoras de Fondos de Pensiones. Asimismo, para los casos de descobertura del Seguro de Riesgo Común razona que existe incumplimiento con relevancia jurídica de representación de la AFP cuando asume una conducta de inactividad causando daño directo por la no interposición oportuna de las acciones que la Ley prevé, es decir, que la descobertura del Seguro de Riesgo Común se produzca por negligencia de la AFP por la

interposición inoportuna o no interposición de la acción legal del Proceso Ejecutivo Social. Por último, la resolución jerárquica expresa:

'…se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia, queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propio recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo.´

Es decir que las AFP´s están obligadas a pagar con sus propios recursos cuando no hubiesen demandado oportunamente el cobro de contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio que le hubiesen dado cobertura en el Seguro de Riesgo Común al afiliado, y en el caso de que hubiese cumplido con la demanda en los plazos establecidos por la normativa que regula el cobro de contribuciones, estas, las AFP´s, quedan facultades implícitamente a pagar con recursos de la cuenta de siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual.

DESCOBERTURA DEL SEGURO DE RIESGO COMÚN DEL AFILIADO FERNANDO RAFAEL JOSÉ HERRERA AGUILERA Y RESPONSABILIDAD LEGAL

El señor Fernando Rafael José Herrera Aguilera está registrado en el Seguro Social Obligatorio con el NUA 27223723. De conformidad a su estado de cuenta tiene un total de 65 primas pagadas al seguro de Riesgo Común, siendo la última prima pagada, del periodo de abril de 2004.

La SPVS mediante Resolución Administrativa SPVS-IS 925 de fecha 08 de noviembre de 2007 resuelve aprobar el Dictamen Nº 134/2007 emitido por la Unidad Médica Calificadora de la SPVS estableciendo un pérdida de capacidad laboral del sesenta y cuatro por ciento (64 %) de origen común por enfermedad, determinando como fecha de siniestro el doce (12) de abril de 2007, resolución con la que la AFP fue notificada en fecha 14 de noviembre de 2007.

En cumplimiento de los Artículos 31 y 8 de la Ley 1732 y demás disposiciones legales complementarias, y dentro del plazo de 7 días determinado por la Resolución Administrativa SPVS-IP 883 de fecha 21 de agosto de 2006, la AFP estableció que el señor Fernando Rafael José Herrera Aguilera no cumple con los incisos c) y d) del Articulo 8 de la Ley de Pensiones, porque la empresa denominada ´LLOYD AÉREO BOLIVIANO (LAB S.A.)´ no pago las contribuciones retenidas al afiliado.

Para el cumplimiento del requisito del inciso c) considerando la fecha de siniestro (12/04/2007), el afiliado debía tener una prima pagada entre los periodos de abril de 2006 a marzo de 2007. Para el cumplimiento del requisito del inciso d) el afiliado debía contar con 18 primas pagadas entre los periodos de abril de 2004 a abril de 2007.

El Art. 22 de la Ley de Pensiones efectivamente señala que ´Los bienes de los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley´. No obstante, hay que considerar en qué calidad es que se dedujo el recurso de amparo contra la AFP. No ha sido por obligaciones personales de la AFP con terceros, caso el cual obviamente ella debería responder con su patrimonio, sino como administradora del Fondo de Capitalización Individual, que es el obligado al pago de las prestaciones que establece la Ley de Pensiones.

La resolución del recurso de amparo, no obstante las previsiones del Art. 8 y del 22 de la Ley, ha determinado que la AFP efectúe el pago, lo que quiere decir que ésta, en su papel de administradora de un fondo, debe cumplir con la obligación que originariamente negó conforme a ley, pero que un fallo judicial ejecutoriado ha dispuesto se haga.

La AFP es conforme al Art 5 de la Ley de Pensiones, encargada de la ´administración y representación de los fondos de pensiones…´y es por eso que fue citada y recurrida de amparo. Luego, no es por obligaciones personales sino emergentes de la administración de los fondos de pensiones de la AFP ha sido recurrida.

Como Uds. Saben, no corresponde discutir los términos de un fallo que tiene la calidad de cosa juzgada, el que debe cumplirse conforme a sus términos. Más aún, el incumplimiento de una resolución dictada en amparo constitucional puede suponer la comisión de un delito.

DEMANDA OPORTUNA DE COBRO DE CONTRIBUCIONES EN MORA A TRAVES DEL PROCESO EJECUTIVO SOCIAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL.

La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la Resolución confirmatoria de Sanción, de manera lacónica e imprecisa expresa que La AFP incumplió el Decreto Supremo 26131 porque en diferentes periodos de cotización de mora fueron actualizados con retraso en el Proceso Ejecutivo Social seguido contra el LAB y que por ello, fue sujeta de Sanción económica, misma que se encuentra confirmada por la Resolución RJ 66/2007. Es de conocimiento de esa Superintendencia que esta Administradora de Fondos de Pensiones haciendo uso de los recursos que le otorga la ley ha procedido a demandar el Proceso Contencioso Administrativo contra la citada Resolución Jerárquica, proceso que se tramita ante la Corte Superior de Justicia por su calidad de injusta y arbitraria.

Contradiciendo lo manifestado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, esta AFP en cumplimiento de los Artículos 33 y 23 de la Ley de Pensiones y 95 del Decreto Supremo 24469 y Decreto Supremo 26131, de manera oportuna los periodos en mora del afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera, demandó el cobro judicial de las contribuciones devengadas al Seguro Social Obligatorio de largo plazo a la Empresa 'LLOYD AÉREO BOLIVIANO' ante los Juzgados de Trabajo y Seguridad Social del distrito Judicial de Cochabamba.

Los períodos de mayo de 2004 a abril de 2007 fueron demandados a la empresa 'LLOYD AÉREO BOLIVIANO' conforme se demuestra en el siguiente detalle y que la Superintendencia sin una valoración correcta de la prueba presentada manifiesta que debería presentarse prueba documental, omitiendo manifestarse sobre la prueba documental presentada a la demanda de Recurso de Revocatoria misma que esta descrita en el otrosí tercero de la misma, demostrando plenamente la demanda oportuna de las contribuciones en mora del afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera:

Periodo	Venc.Plazo C. Adm.	Nota Debito	Fecha N. Debito	Fecha Demanda	Fecha Sentencia	Ejecutoria De Sentencia
May-04	Nov-04	3831	27/10/2004	03/11/2004	20/02/2001	29/5/2003
Jun-04	Dic-04	3831	27/10/2004	03/11/2004	20/02/2001	29/5/2003
Jul-04	Ene-05	3831	27/10/2004	03/11/2004	20/02/2001	29/5/2003
Ago-04	Feb-05	3831	27/10/2004	03/11/2004	20/02/2001	29/5/2003
Sep-04	Mar-05	4014	01/03/2005	08/03/2005	20/02/2001	29/5/2003
Oct-04	Abr-05	4014	01/03/2005	08/03/2005	20/02/2001	29/5/2003
Nov-04	May-05	4014	01/03/2005	08/03/2005	20/02/2001	29/5/2003
Dic-04	Jun-05	4014	01/03/2005	08/03/2005	20/02/2001	29/5/2003
Ene-05	Jul-05	4014	01/03/2005	08/03/2005	20/02/2001	29/5/2003
Feb-05	Ago-05	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
Mar-05	Sep-05	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
Abr-05	Oct-05	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
May-05	Nov-05	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
Jun-05	Dic-05	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
Jul-05	Ene-06	4824	28/09/2005	06/10/2005	20/02/2001	29/5/2003
Ago-05	Feb-06	5090	28/12/2005	29/12/2005	20/02/2001	29/5/2003
Sep-05	Mar-06	5090	28/12/2005	29/12/2005	20/02/2001	29/5/2003
Oct-05	Abr-06	5090	28/12/2005	29/12/2005	20/02/2001	29/5/2003
Nov-05	May-06	5322	18/04/2006	22/04/2006	20/02/2001	29/5/2003
Dic-05	Jun-06	5322	18/04/2006	22/04/2006	20/02/2001	29/5/2003
Ene-06	Jul-06	5322	18/04/2006	22/04/2001	20/02/2001	29/5/2003
Feb-06	Ago-06	5322	18/04/2006	22/04/2006	20/02/2001	29/5/2003
Mar-06	Sep-06	5721	14/06/2006	19/07/2006	20/02/2001	29/5/2003
Abr-06	Oct-06	5721	14/06/2006	19/07/2006	20/02/2001	29/5/2003
May-06	Nov-06	6063	17/08/2006	24/08/2006	20/02/2001	29/5/2003
Jun-06	Dic-06	6063	17/08/2006	24/08/2006	20/02/2001	29/5/2003
Jul-06	Ene-07	6459	28/11/2006	12/12/2006	20/02/2001	29/5/2003
Ago-06	Feb-07	6459	28/11/2009	12/12/2006	20/02/2001	29/5/2003
Sep-06	Mar-07	6650	15/02/2007	15/03/2007	20/02/2001	29/5/2003
Oct-06	Abr-07	6650	15/02/2007	15/03/2007	20/02/2001	29/5/2003
Nov-06	May-07	6650	15/02/2007	15/03/2007	20/02/2001	29/5/2003
Dic-06	Jun-07	6887	04/07/2007	17/07/2007	20/02/2001	29/5/2003
Ene-07	Jul-07	6887	04/07/2007	17/07/2007	20/02/2001	29/5/2003
Feb-07	Ago-07	6887	04/07/2007	17/07/2007	20/02/2001	29/5/2003
Mar-07	Sep-07	6887	04/07/2007	17/07/2007	20/02/2001	29/5/2003
Abr-07	Oct-07	6887	04/07/2007	17/07/2007	20/02/2001	29/5/2003

Del simple cómputo de los plazos establecidos en la Resolución SPVS-IP 259 ´Norma General para la Gestión de Cobro´, de fecha 23 de junio de 2000, se establece y evidencia que una vez vencido el plazo de la gestión de cobro administrativo, la AFP presentó las demandas de pago de contribuciones en mora de los periodos que le hubiesen dado cobertura para el seguro de riesgo común al afiliado

Fernando Rafael José Herrera Aguilera y a partir del periodo de abril de 2005 antes del vencimiento del plazo, esto último, al amparo del párrafo segundo del Articulo siete (7) del Decreto Supremo 25722, de fecha 31 de marzo de 2000.

Igualmente, las fechas de las sentencias y de autos de vista, en ciertos casos, de esos procesos iniciados por la AFP dan cuenta de que no solamente que se iniciaron tales procesos oportunamente y que se les hizo seguimiento diligente, lo que, en los cánones de la resolución Administrativa Nº 52/2008 de 26 de agosto de 2008 de la Superintendencia General del SIREFI, que cita la resolución recurrida, muestra que no ha habido negligencia de la AFP. Esto, obviamente, sin reconocer que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros u otro órgano administrativo tenga, por lo demás, competencia para condenar a una persona al pago de daños por responsabilidad civil.

En resumen la AFP ha cumplido oportuna y diligentemente con la obligación legal de representar y demandar el cobro de contribuciones en mora iniciando el Proceso Ejecutivo en los plazos legales establecidos por la normativa citada. Conforme se señala en los otrosíes, adjuntamos copias que demuestran esta afirmación.

De todos modos, la resolución que recurrimos, señala, citando la RJ 052/2008 de la Superintendencia General del SIREFI, que si mediara negligencia de la AFP, esta debería asumir los daños causados. Ése es un principio básico de la responsabilidad civil que es correcto, pero no se debe olvidar que no es el órgano administrativo el que puede imputar responsabilidad civil, sea contractual o extra-contractual, sino el órgano jurisdiccional. Como la resolución recurrida fue dictada en vigencia de la anterior Constitución Política del Estado (16 de enero de 2009), le es plenamente aplicable el Art. 116, parágrafo II de aquella, que señalaba que la facultad de juzgar en materia ordinaria correspondía exclusivamente a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos.

DEMANDA DE RECURSO DE AMPARO CONSTIUCIONAL Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

La AFP fue citado con el Recurso de Amparo Constitucional interpuesto por Fernando Rafael José Herrera Aguilera, el que fue resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales con la Resolución Judicial de fecha 15 de mayo de 2008, que en su parte pertinente manifiesta: ´La Sala Civil Segunda de la Corte Superior de Distrito concede la tutela demandada y declara PROCEDENTE la presente demanda de Amparo Constitucional, en consecuencia se ordena a la AFP Previsión representada por su gerente regional la recurrida Lic. Vivian Ossio de Claver proceda:

1. A calificar como invalido al recurrente Fernando Rafael José Herrera Aguilera, 2. Fijar monto de pensión por invalidez y 3. El pago correspondiente. Se otorga el plazo de 20 días a la parte recurrida para que se cumpla con lo ordenado y sea bajo conminatoria´.

SOLICITUD DE COMPLEMENTACION Y ENMIENDA

Al amparo del Artículo 48 de la Ley 1836 y en el plazo establecido en el Artículo 50, la AFP solicitó a la Sala Civil Segunda complemente, aclare y enmiende la sentencia de 15 de mayo de 2008 con referencia a la fuente de financiamiento del pago de la pensión de invalidez.

La Sala Civil Segunda mediante Auto de fecha 19 de mayo de 2008 resuelve la complementación y enmienda expresando: ´Al punto 2.- Es atribución de la AFP Previsión, usar la fuente de financiamiento que corresponda´.

CONTRATO DE SERVICIOS Y EL DECRETO SUPREMO 28926 ESTABLECEN QUE LAS AFP NO DEBEN PAGAR CON SUS PROPIOS RECURSOS.

La AFP tiene un Contrato de Prestación de Servicios suscrito con la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que en el numeral 8.6 de la clausula octava establece

> *´8.6 Pago de Prestaciones y Beneficios.- La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables, según corresponde de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias…´*

El Poder Ejecutivo en fecha 15 de noviembre de 2006 ha promulgado el Decreto Supremo 28926 que en su Artículo 1 numeral II dispone:

> *`Durante el periodo citado precedentemente, las Administradoras de Fondos de Pensiones administrarán las prestaciones de invalidez y muerte por Riesgo Común y por Riesgo Profesional/Laboral, mediante las cuentas colectivas denominadas, respectivamente, ´cuenta de Siniestralidad´ y ´Cuenta de Riesgos Profesionales´, que a la fecha son administradas por las AFP´s, así como el pago de las rentas por Riesgo Profesional del Sistema de Reparto.*

De la lectura del numeral 8.6 del Contrato de Prestaciones y el numeral II del Decreto Supremo, se colige de manera clara y meridiana que las Administradoras de Fondos de Pensiones no están obligadas a pagar las pensiones de invalidez con recursos que no sean provenientes de las Cuentas de Siniestralidad y la Cuenta de Riesgos Profesionales.

Es crucial recordar a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró procedente el Recurso de Amparo Constitucional, en fecha 19 de mayo de 2008 mediante un Auto Constitucional otorgó a la AFP ´la atribución de usar la fuente de financiamiento que corresponda´ y en cumplimiento a lo establecido por el Articulo 2 numeral I del Decreto Supremo 28926 de fecha 15 de noviembre de 2008 y considerando la línea jurisprudencial establecida por la Resolución Jerárquica del SG SIREFI RJ 052/2008, se pago la pensión de invalidez ordenada por la autoridad jurisdiccional al afiliado señor Fernando Rafael José Herrera Aguilera con recursos de la cuenta de Siniestralidad, es decir, que BBVA Previsión AFP S.A., únicamente dio cumplimiento a una Sentencia Constitucional emitida y complementada por autoridad competente que resolvió un Recurso de Amparo Constitucional y al razonamiento vinculante en el ámbito administrativo de la Superintendencia General del SIREFI. Para la justicia administrativa que en esta materia compete la todavía Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, y para el Estado, es conveniente y económico y cumple con los principios de eficacia y economía previstos en el Art. 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo, anticiparse a lo que eventualmente pueda ser una resolución del órgano jerárquico que determine que claramente la AFP no puede ser obligada a asumir responsabilidades con su patrimonio cuando no media culpa o dolo suyo.

La resolución Administrativa SPVS-IP 28, al disponer que la AFP proceda a la reposición de los recursos utilizados para el pago de la prestación al afiliado Rafael José Herrera Aguilera, más la rentabilidad a la Cuenta de Siniestralidad perteneciente a los Afiliados del FCI, desconoce el contexto normativo y contractual analizados precedentemente y con ello, infringe las estipulaciones contractuales asumidas por esa entidad reguladora, generando para la AFP una obligación económica no prevista en el Contrato

de Prestación de Servicios ni emergente de obligaciones personales que esta AFP hubiera asumido frente a los afiliados, sino originadas en su papel de encargada de la administración y representación de los fondos de pensiones.

RECARGO

La AFP, luego de cumplir con los presupuestos legales y las formalidades establecidas en las disposiciones legales y administrativas de la materia, procedió a demandar el cobro del recargo por pensión de invalidez del afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera a su empleador el Lloyd Aéreo Boliviano en fecha 31 de enero de 2008, ante la autoridad jurisdiccional competente, proceso que se sustancia ante el Juzgado Segundo de Trabajo y Seguridad Social del Distrito judicial de Cochabamba, encontrándose el proceso con Recurso de Apelación a la Sentencia, que declaro probada la demanda presentada por la AFP, presentada en fecha 09 de diciembre de 2008 y que se encuentra radicada en la Sala Social del Distrito Judicial de Cochabamba.

A manera de conclusión se tiene que por todo lo anteriormente expuesto, la AFP ha demostrado en el caso del afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera ha obrado oportunamente para el cobro de las contribuciones en mora de los periodos que le hubiesen dado cobertura para beneficiarse con una pensión de invalidez por riesgo común. En idéntica forma, ha demandado oportunamente el cobro del Recargo por concepto de pensión de invalidez del afiliado y siendo que la Superintendencia General del SIREFI estableció mediante Resolución Jerárquica Nº SG SIREFI RJ 052/2008 que las AFP´s deben pagar transitoriamente, con sus propios recursos cuando estas demandan inoportunamente el cobro de las contribuciones en mora, hecho que no es el caso por el que la SPVS sanciona a la AFP en la resolución que se recurre. Y aún si fuere ese el caso, la determinación de la responsabilidad civil no es la facultad de la administración pública, sino del Órgano Judicial, a través de la jurisdicción ordinaria.

III.- PETITORIO:

Por los argumentos expuestos, PREVISION BBVA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANONIMA (BBVA PREVISION AFP S.A.) al amparo del Artículo 52, 53 y siguientes del reglamento de la Ley 2341 aprobado por del Decreto Supremo 27175, Resoluciones Administrativas SPVS- 245 de fecha de 7 de abril de 2009 y SPVS 246 de fecha 16 de abril de 2009, dentro del término de 10 días hábiles administrativos interpone el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 221 de fecha 30 de marzo de 2009, solicitando a su autoridad REVOQUE le resolución recurrida, dejando sin efecto de modo total de acuerdo al inciso b) del Art. 43 del citado Reglamento, en virtud a los fundamentos de ley expresados y a que la documentación presentada por la AFP demuestra que obró de manera oportuna con la demanda del cobro de contribuciones en mora de los periodos que le hubiesen dado cobertura, el cobro del Recargo y que el pago de la pensión con recursos de la cuenta de siniestralidad se realizó en virtud al razonamiento vinculante en el ámbito administrativo, por los principios de eficacia y economía, de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 052/2008…"

CONSIDERANDO:

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

Que, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de las Ex Superintendencias Sectoriales, hoy Auto-

ridad de Supervisión del Sistema Financiero y Autoridad de Fiscalización Control y Control Social de Pensiones, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. De la sanción aplicada.-

BBVA Previsión AFP S.A. fue sancionada por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP No. 028 de 16 de enero de 2009, con una multa en Bolivianos equivalente a Cinco Mil Uno 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us5.001.oo), por infracción al Punto 8.6 del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la SPVS y las AFP, el Articulo 22 de la Ley de Pensiones y la parte correspondiente a Débitos, punto 1, primero de la cuenta 3.5.1.01 del Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 109 de 07 de marzo de 2001, al haber utilizado los recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, para el pago de las prestaciones del Afiliado Sr. Fernando Rafael Herrera Aguilera con NUA 27223723, siendo que el mismo no contaba con cobertura en el Seguro de Riesgo Común por mora de su empleador LLoyd Aéreo Boliviano S.A.

Por lo que importará en primer término verificar la normativa infringida y establecer cuáles son los usos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

El artículo 22 de la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996 determina que:

> *"FONDOS DE PENSIONES*
>
> *…Los fondos de pensiones son patrimonios autónomos y diversos del patrimonio de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Cada uno de dichos fondos es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie.* ***Los bienes que componen los fondos sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley…"*** (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

El Punto 8.6 de la Cláusula octava del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre la entonces Superintendencia de Pensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones Previsión estipula:

> *"**Pago de prestaciones y beneficios:** La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de Capitalización Individual, de las Cuentas Colectivas de Siniestralidad y de Riesgos Profesionales y de la Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables según corresponda* ***de acuerdo a la Ley y las normas Reglamentarias"*** (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La Ley de Pensiones y su Decreto Reglamentario determina claramente los requisitos para el acceso a la prestación por invalidez por riesgo Común, el uso de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y la fuente de financiamiento en caso de mora del Empleador que ha generado la descobertura del Afiliado, y las obligaciones de la AFP en relación a la prestación y a los Fondos de Pensiones conforme se evidencia de la transcripción de los siguientes artículos:

- **LEY DE PENSIONES:**

*"**ARTÍCULO 8º PRESTACIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN.** La prestación de invalidez consiste en una Pensión equivalente al setenta por ciento (70%) del Salario Base y en el pago del diez por ciento (10%) mensual del Salario Base del Afiliado, con destino a su Cuenta Individual, desde la fecha que indique*

la calificación de invalidez y corresponderá siempre que el Afiliado cumpla conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Ser menor de sesenta y cinco (65) años de edad.

b) Haber efectuado al menos sesenta (60) cotizaciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo o al Sistema de Reparto.

c) La invalidez se produzca mientras sus primas son pagadas o dentro de un plazo de doce (12) meses, computado desde que el Afiliado dejó de pagar cotizaciones.

d)Haber realizado al menos un total de dieciocho (18) primas en los últimos treinta y seis (36) meses inmediatamente previos a la fecha de invalidez, conforme a la calificación de invalidez.

Si el Afiliado cumple únicamente con los requisitos a), c) y d), tendrá derecho a la prestación de invalidez en uno de los siguientes casos:

1. Cuando hubiera pagado primas al menos durante la mitad del tiempo transcurrido entre la Fecha de Inicio y la fecha de su invalidez de acuerdo a calificación.

2. Cuando hubiera pagado primas al menos durante la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que el Afiliado efectuó el pago de la primera prima y la fecha de su invalidez de acuerdo a calificación.

Para las prestaciones de invalidez por riesgo común, ocasionada por accidente, se aplican los requisitos establecidos en los incisos a), b) y c) de este artículo."

***ARTÍCULO 15º PRIMAS.** Para financiar las prestaciones de invalidez y muerte causadas por riesgo común, los Afiliados deben pagar una prima deducida en forma porcentual de su Total Ganado o Ingreso Cotizable, hasta cumplir los sesenta y cinco (65) años de edad.*

La prima mencionada deberá ser pagada mensualmente a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) para los Afiliados con relación de dependencia laboral y con la periodicidad que determine la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para los Afiliados sin relación de dependencia laboral.

***ARTÍCULO 33º INTERESES Y RECARGOS**. El empleador que no pague en la oportunidad debida las cotizaciones y otros recursos con destino a la Cuenta Individual del Afiliado bajo su dependencia laboral, deberá pagar un interés sobre cada suma no pagada con destino a la Cuenta Individual, que será determinado por la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), aplicando la tasa que resulte mayor entre la rentabilidad promedio de los fondos de pensiones y la tasa bancaria activa comercial promedio.*

También se aplicarán intereses, con los mismos criterios, sobre las primas y comisiones adeudadas a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Adicionalmente, el empleador deberá pagar en beneficio del Afiliado y de la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), según corresponda, en compensación a la pérdida de beneficios o al incremento en costos respectivamente, recargos establecidos por reglamento, de conformidad a lo siguiente:

… b) Hasta un máximo del cien por ciento (100%) del capital necesario para el financiamiento de Pensiones

por invalidez o muerte, si el Afiliado hubiese sido declarado inválido o hubiese fallecido durante el período en que el empleador no pagó la prima respectiva, con destino a la Cuenta Individual del Afiliado, si es que éste no cumpliera los requisitos del artículo 8 de la presente ley debido al incumplimiento del empleador."

- **DECRETO SUPREMO NO. 24469 (REGLAMENTARIO DE LA LEY DE PENSIONES):**

"ARTÍCULO 2. (DEFINICIONES). *Las definiciones establecidas en el artículo 5 de la Ley de Pensiones forman también parte del presente reglamento.*

Para los efectos del presente reglamento, se establece las siguientes definiciones:

Cuenta Colectiva de Siniestralidad: *Son los recursos provenientes de las Primas para la cobertura de Riesgo Común que conforman una cuenta en el FCI, durante el período en que las AFP no contraten una Entidad Aseguradora para la cobertura de estos riesgos."*

*"**ARTÍCULO 21. (FINANCIAMIENTO DEL SEGURO DE RIESGO COMUN).** El Seguro de Riesgo Común se financiará con la Prima mensual deducida del Total Ganado o Ingreso Cotizable de todos Afiliados que tengan una Cuenta Individual en el SSO.*

El monto de la Prima será determinado mediante licitación pública por las AFP para la selección de las Entidades Aseguradoras que garanticen las prestaciones establecidas por la Ley de Pensiones. La prima que se determine será igual y única para todos los Afiliados registrados en una misma AFP."

*"**ARTÍCULO 92. (RESPONSABILIDADES DE LAAFP).** Las AFP son las responsables de la recaudación y de la recepción de la declaración formal de las Contribuciones al SSO, de los intereses y recargos que correspondan a sus Registrados y a la AFP.*

*…Las Contribuciones al SSO, los recargos, intereses recaudados por las AFP o las entidades financieras bancarias o no bancarias **deberán ser depositadas en su totalidad a nombre de los Fondos de Pensiones** especificando el nombre de la AFP que los administra, en cuentas corrientes bancarias en los plazos establecidos por la Superintendencia fijados de acuerdo a la cercanía de agencias bancarias respecto al lugar en el que se realizó la recaudación.*

Las AFP deberán sujetarse a la normativa que establecerá la Superintendencia para la acreditación de la recaudación a las Cuentas Individuales, Cuenta de Siniestralidad, Cuenta de Riesgos Profesionales, Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables, y AFP según corresponda. Asimismo en la acreditación de la recaudación en las cuentas bancarias en el FCI que administra cada AFP…"

*"**ARTÍCULO 100. (FONDOS DE PENSIONES).** Los Fondos que administran las AFP son los siguientes:*

a) El FCI: compuesto por las Cuentas Individuales, la Cuenta de Mensualidades Vitalicias Variables y la cuenta del FCC. El FCI está compuesto por cuotas de iguales características Transitoriamente, estará compuesto además por la Cuenta Colectiva de Siniestralidad y la Cuenta Colectiva de Riesgos Profesionales…"

- **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IP No. 109 de 7 de marzo de 2001, Manual de Cuentas del Fondo de Capitalización Individual:**

  "CUENTA Cuotas u otros Fondos y cuentas CODIGO 3.5.1.01

(…)
DEBITOS
(…)

1. Por la devolución de aportes de los fondos, por los siguientes conceptos:

- *Desembolsos que realiza el FCI por concepto de pago de beneficios de RC, RP y RL por invalidez, muerte y gastos funerarios…"*

En base a la normativa transcrita precedentemente, se puede determinar a ciencia cierta que la misma prevé lo siguiente:

a) Para acceder a una prestación de invalidez financiada por el Seguro de Riesgo Común, que afecta la Cuenta Colectiva de Siniestralidad, el Afiliado debe cumplir con los requisitos previstos en el Artículo 8 de la Ley de Pensiones.

b) En caso de no cumplir con los requisitos, pero por mora del empleador conforme establece el Artículo 33 de la Ley de Pensiones, el financiamiento se encuentra a cargo del empleador, y por lo tanto no puede afectarse la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

c) La Cuenta Colectiva de Siniestralidad, al formar parte de los Fondos de Pensiones, es inafectable, por gravámenes o medidas precautorias y solo puede disponerse de conformidad a la Ley de Pensiones, es decir para el financiamiento de las prestaciones de invalidez por Riesgo Común de aquellos afiliados que cumplen los requisitos establecidos para el efecto.

d) La AFP en virtud a la Ley de Pensiones, disposiciones conexas y al Contrato de Prestación de Servicios está obligada al pago de las prestaciones, pero cual corresponde restringida a las disposiciones normativas, no pudiendo separarse de las mismas.

2. De la Sentencia Constitucional y su cumplimiento.-

De acuerdo a la circunstancia de los hechos sucedidos y el derecho alegado, BBVA Previsión AFP S.A. señala que fue sometido a un recurso de Amparo Constitucional que fue interpuesto por el Afiliado Fernando Rafael José Herrera Aguilera, habiéndose declarado procedente a favor del recurrente disponiendo "*1. A calificar como invalido al recurrente, 2. Fijar como monto de pensión por invalidez y 3. El pago correspondiente."*

Emitido el fallo, BBVA Previsión AFP S.A. solicita a la Sala Civil Segunda del Distrito Judicial de Cochabamba, constituido en Tribunal de Amparo Constitucional, que mediante la vía de la complementación y enmienda señale la fuente de financiamiento del pago de pensión de invalidez; a lo cual el Tribunal de Amparo Constitucional complementa su resolución señalando:

"… Es atribución de la AFP Previsión u*sar la fuente de financiamiento que corresponda."*

Frente a esta determinación, BBVA Previsión AFP S.A., se tomó la atribución de proceder al pago de pensión de invalidez al Afiliado Rafael Herrera Aguilera con cargo a la Cuenta Colectiva de Siniestralidad (Riesgo Común) e informando a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de la acción ya tomada mediante nota PREV-CO-173/07/08 de fecha 17 de julio de 2008.

Ahora bien, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la procedencia del recurso de Amparo Constitucional interpuesto por el Afiliado Rafael Herrera Aguilera disponiendo el pago de la Pensión de Invalidez, bajo los

fundamentos constitucionales y la jurisprudencia glosada de que el Estado tiene la obligación de proteger al capital humano, asegurándole la continuidad de sus medios de subsistencia, sin embargo y dentro del mismo marco jurídico-constitucional, se haya promulgada la Ley No. 1732 teniendo como objetivo también de asegurar la continuidad de los medios de subsistencia del capital humano, mediante el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, velando por la sostenibilidad de los Fondos de Pensiones, al prever los procedimientos a ser aplicados en casos de mora del empleador, situación que la AFP recurrente, debió tomar en cuenta, ya que conforme dicho razonamiento obró en casos similares de data anterior, cual es el caso del Afiliado Edwin Céspedes Flores, donde la AFP asumió la obligación con sus propios recursos, claro está hasta la recuperación del monto de Recargo.

En dicha línea de razonamiento, e ingresando al fondo del fallo, se determina que el mismo en ningún momento facultó a BBVA Previsión AFP S.A., a incumplir la normativa de pensiones, ya que no señaló en ninguna de sus líneas que la fuente de financiamiento **que corresponde** para el caso de Autos es la Cuenta Colectiva de Siniestralidad.

3. Del precedente administrativo sentado mediante Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008.-

BBVA Previsión AFP S.A., hace referencia a lo establecido por la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera en la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008, en un caso similar, respecto al alcance de la responsabilidad de la AFP, frente a la representación de los Afiliados, de los Fondos de Pensiones, cuando éstas asumen una conducta de inactividad causando daño directo, al no interponer oportunamente las acciones que la Ley prevé (inicio de cobro mediante Proceso Ejecutivo Social). La AFP transcribe el siguiente texto de la señalada Resolución Jerárquica:

> *"… se infiere que al haber incurrido la AFP en culpa por negligencia, queda obligada, de manera transitoria, a reparar el daño con sus propios recursos, en tanto y en cuanto el empleador pague los montos adeudados por recargo"*

Es así que del precedente transcrito, el recurrente concluye que las AFP están obligadas a pagar con sus propios recursos la prestación de los Afiliados sujetos a Recargo, cuando éstas no hubiesen demandado oportunamente el cobro de contribuciones en mora al Seguro Social Obligatorio de largo plazo, pero en el evento que se hubiese cumplido con la interposición de demanda Ejecutiva Social en los plazos establecidos por la normativa, las AFP, quedan facultadas implícitamente -a decir de la AFP recurrente- a pagar con recursos de la Cuenta Colectiva de Siniestralidad del Fondo de Capitalización Individual.

Sobre el particular, corresponde precisar que de la lectura –in extenso- de la Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008, la misma en ningún momento ha expresado tal situación, ya que el mencionado Acto Administrativo hizo una valoración objetiva de lo establecido en la Ley de Pensiones y sus disposiciones conexas circunscribiéndose al actuar negligente con el que la AFP se desenvolvió en el cobro de las contribuciones en mora.

Por lo que, a efectos de determinar si dicho precedente administrativo, **es aplicable o no al caso de Autos,** corresponde verificar si la AFP habría actuado negligentemente en el cobro de las contribuciones en mora, correspondiente a los períodos que generaron la descobertura del Afiliado Sr. Fernando Rafael Herrera Aguilera.

En este contexto, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la Resolución Administrativa SPVS/ IP Nº 221 de 30 de marzo de 2009, hace referencia a que mediante Resolución Administrativa SPVS IP No. 171 de 27 de febrero de 2007, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 1374 de 12 de diciembre de 2006, se dedujo sanción contra BBVA Previsión S.A. AFP, por incumplimiento a la normativa de gestión de

cobro y Proceso Ejecutivo Social en el cobro de contribuciones en mora al Lloyd Aéreo Boliviano S.A., donde se encontrarían la falta de actualización oportuna de algunos períodos en mora que generaron la descobertura del Afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera.

Las Resoluciones Administrativas citadas, correspondiente al proceso sancionatorio en lo pertinente determinan que:

- **Resolución Administrativa SPVS IP No. 1374 de 12 de diciembre de 2006**

> ***"2.*** *El tiempo que media entre la fecha de emisión de la sentencia en primera instancia, 20 de febrero de 2001, y la ejecutoria pertinente, que recién se da el 29 de mayo de 2001, esto es, casi tres meses después, cuando de acuerdo al artículo 220-1) del Código de Procedimiento Civil, determina el plazo de diez días para apelar, en cuyo caso, procede la ejecutoria de la resolución en primera instancia. BBVA PREVISION AFP S.A. pudo actuar con mayor diligencia ya que no hubo apelación alguna.*
>
> *Para mayor abundancia, corresponde señalar que:*
>
> > *El proceso alcanzó el estado de ejecutoria de sentencia* ***ya el año 2001****; desde entonces hasta hace algunos meses, el trámite procesal se ha enfocado solamente a la solicitud, tramitación y devolución de ordenes instruidas para inscripciones, retenciones y embargos,* ***dejando de lado la ejecución*** *que se requiere para hacer efectivo el cobro de los aportes adeudados y cambiando en forma evidente el objetivo con que se ha instaurado la presente acción. Un hecho que llama la atención y que se considera como la causal determinante e inicial para que la ejecución de la sentencia no se ha hecho efectiva, es que luego de efectuarse una segunda ampliación de la sentencia, su AFP haya solicitado el levantamiento de la retención de fondos que se había dispuesto hasta el monto de esta ampliación -no por haberse suscrito algún convenio o plan de pagos.*
> >
> > *Lo más extraño de este hecho es que se mantuvo solamente un mes, porque al solicitar una nueva ampliación de la ejecución un mes siguiente de esto, se volvió a pedir la retención de fondos del LAB.*
> >
> > *La determinación asumida por la AFP dio lugar a que no se cuenta con una garantía efectiva ni suficiente para el cobro de los aportes adeudados. Por otro lado y de acuerdo a los datos contenidos en el proceso, la empresa demandada es propietaria de diez inmuebles y ocho aeronaves."*
>
> *"10. A fs. 58 de obrados y en ejecución de sentencia, la AFP solicitó que se deje sin efecto la retención de fondos que se había dispuesto juntamente con la ampliación de la Nota de Débito Nº 1635, señalando de manera incomprensible que "deseaba permitir que el LAB siga cumplimiento su trabajo y que con la intervención de cuentas se interrumpirá", cuando lo que correspondía de acuerdo al estado del proceso era solicitar la remisión de los fondos que se habían retenido para recuperar (aunque sea una parte) los aportes devengados y así cumplir con la finalidad social establecida para el inicio del proceso."*

"16. Durante más de tres años la tramitación del proceso sólo se enfocó en la solicitud de inscripciones, retenciones y embargos, en lugar de hacer efectiva la ejecución de la sentencia con los bienes con que se contaba desde entonces."

2.1 Descargo presentado.-

*"**2.** …Si bien la sentencia fue pronunciada el 20.02.01, con ella se notificó a la AFP recién el día 25.05.01. Con anterioridad, en fecha 7.05.05 se notificó al LAB (fs. 22 y 22 vta.. de obrados). En tribunales, en especial en materia social, por el cual, en el caso analizado, se notificó al LAB con la sentencia el 7 de mayo del 2001 y a la AFP el día 25, habiendo ésta, solicitado la ejecutoria de la sentencia el día 28 de ese mismo mes. El auto de ejecutoria de la sentencia se pronunció el día 29.05.01, habiéndose notificado al LAB el día 30.*

Por otra parte, es pertinente establecer que la solicitud de ejecutoria de la sentencia como tal, constituye un acto formal porque, trascurrido el plazo fatal de 10 días previsto en el parágrafo I, numeral 1) del Art. 220 del Código de Pdto. Civil, desde la notificación con la sentencia, al no haber la empresa ejecutada hecho uso del recurso de apelación, la ejecución es prácticamente automática.

Por otro lado, nunca se ha dejado de lado el objetivo fundamental del Proceso Ejecutivo Social, más bien como indica la SPVS se ha buscado por cualquier medio el efectuar inscripciones y embargos para asegurar la recuperación de los adeudos al SSO, de lo contrario el ejecutar la sentencia sin estas medidas no tiene sentido. No debe perderse de vista que se ha cobrado las notas de débito Nos. 915 y 1156.

De lo expuesto estaAdministradora ha actuado diligentemente hasta obtener la sentencia ejecutoriada en este sentido la SPVS no puede impugnar a esta Administradora por la retardación de justicia del sistema judicial, que es una responsabilidad del órgano ministrador de justicia."

Prueba complementaria aportada:

"Numeral 5. Fotocopias del expediente de fs. 19 a 24, correspondientes a los actuados procesales."

"10…Es preciso hacer notar a la SPVS que las Administradoras de Fondos de Pensiones, en éste casi sui generis tenemos una doble función; por un lado velar por los intereses de nuestros Afiliados realizando todos los actos que conlleven a una eficiente administración del FCI y por el otro tratándose del LAB empresa Capitalizada tenemos la obligación de administrar el FCC cuya rentabilidad están destinadas al pago del BONOSOL, por lo que la determinación de pedir la suspensión de la retención de fondos en el sistema bancario de la empresa ejecutada obedece básicamente a que por el giro Comercial que tiene la misma, con las cuentas retenidas la hubiéramos impulsado a una quiebra, con las consiguientes repercusiones para los trabajadores de la empresa, es por eso que en cumplimiento del rol de buen padre de familia accedimos a liberar sus cuentas y conseguimos por ese efecto el pago de dos meses de la deuda del LAB al SSO, hecho que consta en el estado de cuentas, acto realizado bajo la premisa de que código de procedimiento civil, establece que las medidas precautorias deben ser equivalente a la pretensión demandada, más nunca

desproporcionadas y si consideramos que se encuentran registrados definitivamente, tanto en DDRR cuanto en la Dirección de Aeronáutica Civil, los inmuebles y todas las aeronaves de la empresa ejecutada, lo que les demuestra que al actuar con equilibrio entre nuestras funciones de administración del FCI y FCC tenemos garantizada superabundantemente con el patrimonio de LAB el pago total de la deuda al SSO."

Prueba complementaria aportada:

"Numeral 14. Adjunto el Estado de Cuenta del Empleador, documento en el que figura el pago de los períodos de enero y febrero de la gestión 2001. Asimismo, los Formularios de pago de Contribuciones No. 1003386 y 10112374 que se encuentran adjuntados en el numeral 6.

Fotocopias de: Cite CBBA/GR/COBR/116/02, Cite CBBA/GR/COBR/415/2002, Cite CBBA/GR/COBR/560/02, documento Privado de Convenio de Pago. Todos estos documentos demuestran las gestiones realizadas ante las autoridades del LAB."

"16…Se debe considerar que la AFP, en el caso del LAB, cumple dos papeles importantes: ***a)*** *respecto al FCC, representa los intereses de los bolivianos en la Capitalizada LAB, y debe velar por el funcionamiento y sobre vivencia de la Empresa;* ***b)*** *respecto al FCI, representa los intereses de los trabajadores del LAB frente a la propia Empresa. La decisión de solicitar el remate de los bienes del LAB implícitamente habría determinado la quiebra y, consiguiente cierre de la Empresa, contraponiéndose así de manera crítica los roles que la AFP debe cumplir conforme a Ley. Adicionalmente, el conflicto social y las graves consecuencias del mismo podían haber ocasionado hechos irreversibles, como los suscitados en los conflicto laborales recientes.*

Consideramos que el rol de la AFP, ante un eventual reflote del LAB es muy importante, justamente por la doble función que le ha tocado desempeñar, motivo por el cual, debe analizar con sumo cuidado la forma en que procederá con la ejecución de la sentencia y autos ampliatorios."

2.2 Valoración del descargo.-

Si bien la solicitud de ejecutoría, como señala la AFP constituye un acto formal, sin embargo se puede apreciar que la AFP no realiza un seguimiento a sus procesos, dejando que haya pasado el tiempo (casi tres meses), para recién solicitar la ejecutoria.

Por otra parte y de manera contundente se puede señalar que en la tramitación del proceso, la AFP puso en riesgo la recuperación, toda vez que contaba con un monto retenido y el mismo fue levantado por razones no justificables frente a sus Afiliados, y por lo tanto al mandato legal de representación de los mismos para el cobro de las contribuciones en mora, no existiendo explicación que justifique, el perjuicio que ocasiona el no pago de contribuciones que pudieron ser satisfechas con la retención existente, ***como es el caso de los Afiliados: Jorge Marcelo Lara Balderrama e Ismael Carlo Lima, que se encuentran sin prestación por existir contribuciones en mora.***

Asimismo, el hecho de que recién tengan garantizada la recuperación por lo bienes, como señala la AFP, ha significado que los Afiliados listados en líneas arriba, se hayan visto desprotegidos e

indefensos en todo el tiempo que duró el Proceso Ejecutivo, por la inactividad y poca diligencia de la AFP en la recuperación de sus contribuciones. El hecho que se recupere las contribuciones en el futuro como bien sabe la AFP, ya no le genera el derecho a la cobertura, sino una vez que el empleador pague la totalidad del Recargo que le corresponda, para que de esta manera recién acceda a la prestación que en derecho le pertenece.

Por lo expuesto se confirma categóricamente la infracción cometida.

3. Cargo No. 3.-

> *"**3.** …Al presente la suma adeudada por el LAB por concepto de aportes devengados supera los cuarenta y cinco millones de Bolivianos y debido a la falta de un correcto asesoramiento legal respecto a las actuaciones que debían efectuarse en el proceso, no se ha logrado tener al presente un avance que sea equivalente al tiempo transcurrido desde la declaratoria de ejecutoria de la sentencia."*

3.1 Descargo presentado.-

> *"**3.** … Por auto de 29 de mayo de 2001, la sentencia fue declarada ejecutoriada; auto con el que se notificó al LAB el día 30. Desde esa fecha se han realizado diferentes gestiones para ejecutar la sentencia, entre ellas, solicitudes de embargos de bienes, inscripciones definitivas tanto de la sentencia como de los sucesivos autos ampliatorios ejecutoriados. Notificaciones al Sistema Financiero Nacional a objeto de que proceda con retenciones de fondos; solicitudes y obtención de certificados de estados hipotecarios e impositivos para remates, avalúos periciales, catastrales.*
>
> *Por otra parte, se debe tener presente que no resulta fácil rematar aviones o equipos de vuelo por las peculiaridades de estos bienes que tienen un reducido segmento de potenciales interesados; por otro lado no existe en Bolivia un perito calificado que pueda evaluar los aviones, esto en base a una certificación de la Dirección de Aeronáutica Civil y a esto sumarle que los propios empleados del LAB como es de conocimiento público difundido por los medios de comunicación expresaron que no permitirán que se rematen los bienes del LAB, hecho que agrava la cobranza ya que no puede de manera alguna atribuírsela a BBVA PREVISIÓN AFP S.A.*
>
> *Asimismo, en la información de archivos de la AFP, se ha determinado que el LAB en diversas oportunidades ha procurado la suscripción de planes de pago e incluso realizado pagos dentro del ínterin de juicio. Encontrándose a la fecha cancelada en su integridad las Notas de Débito Nº 915 y 1156, es evidente comprobar.(sic)"*
>
> ***Prueba complementaria aportada:***
>
> *"Numeral 6. Adjunto Formularios de Pago de Contribuciones 320330, 900000034338, 922870, 958045, 936238 que respaldan el pago de la Nota de Débito No. 915 y Formularios de Pago de Contribuciones 900000881487, 1003386, 1012374, 1256995, 1126665, 1417560, 1460290, 1419586, 1314281, 1314282, 1313771, 1142535, 1426134, 1438026, y 143380286, que respaldan el pago de la Nota de Débito 1156, así como de las Notas de Débito mencionadas ."*

3.2 Valoración del descargo.-

El cargo se encuentra específicamente relacionado a que el LAB mantiene una deuda de más de cuarenta y cinco millones de Bolivianos (Bs.45.000.000) a la fecha de fiscalización, sin considerar los períodos ya pagados, mismos que no han sido recuperados por la AFP en el Proceso Ejecutivo Social a lo largo de los años, demostrando poca diligencia en sus obligaciones como se vio en los cargos anteriores. Esta situación no sólo implica infracción a la normativa, sino un perjuicio a los Afiliados, quienes se ven imposibilitados de acceder a una prestación y sobretodo se encuentran desprotegidos e impedidos de ejercer directamente sus derechos, ya que por mandato legal la recuperación de sus contribuciones, ha sido confiada a las Administradoras de Fondos de Pensiones.

La AFP documenta que ha realizado una serie de solicitudes de medidas precautorias, sin embargo las mismas no han contado con el seguimiento deseado para obtener el fin, cual es la recuperación de los montos adeudados por el LAB, y más aún cuando conocían de la existencia de inmuebles a nombre del demandado y no han procedido con su ejecución.

Ahora bien, la Administradora de Fondos de Pensiones, señala que de la recuperación obtenida, se ha logrado la cancelación de dos Notas de Débito, mismas que corresponde sea analizada.

La Nota de Débito No. 000915 de 22 de diciembre de 2000, contempla los períodos de Jun/2000, Jul/2000, Ago/2000, Sept/2000 y Oct/2000 y la Nota de Débito No. 001156 de 18 de julio de 2001 los períodos de Nov/2000, Ene/2001, Mar/2001, Abr/2001 y May/2001.

El detalle obtenido de la documentación ofrecida en calidad de prueba es la siguiente:

Período	***Fecha de pago***
06/2000	*12/04/2001*
07/2000	*18/05/2001*
08/2000	*31/05/2001*
09/2000	*19/07/2001*
Período	***Fecha de pago***
10/2000	*2/08/2001*
11/2000	*30/08/2001*
01/2001	*4/01/2002*
02/2001	*28/02/2002*
03/2001	*3/07/2003*
03/2001	*25/07/2003*
04/2001	*29/03/2004*
04/2001	*13/04/2004*
04/2001	*26/04/2004**
04/2001	*7/05/2004**
04/2001	*24/05/2004**
05/2001	*18/06/2004**
05/2001	*4/06/2004**
05/2001	*19/07/2004**
05/2001	*5/07/2004**
05/2001	*30/07/2004**

** Formularios de Pago de Contribuciones sin sello del Banco.*

Sin embargo, el monto recuperado a través de los Formularios de Pago de Contribuciones antes citados, no equipara ni un diecinueve por ciento (19%) del total adeudado, por lo que no se puede señalar que la gestión ha sido óptima, sino por el contrario, permite ratificar la infracción.

4. Cargo No. 4.-

***"4.** Incumple el plazo establecido por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001 (120 días calendario), y en su caso el plazo de 60 días determinado en el artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2000, vigente antes de la ampliación, en la relación de fechas de presentación de las Notas de Débito, como se expone a continuación:*

Nº de Nota de Débito	Fecha de emisión	Períodos de Cotización	Nº de períodos de cotización	Total Bs	Fecha presentación en el juzgado	Períodos presentados después del plazo
915	22/12/2000	2000: jun a oct	5	3.062.433,64	06/01/2001	jun. jul y ago/2000
1156	18/07/2001	2000: nov 2001 ene amay	6	5 .421.006,69	24/07/2001	nov/00, ene y feb/2001
3200	18/02/2003	2001: oct a dic 2002: ene, jul a dic	7	6.972.90653	22/02/2003	oct, nov y dic/01; ene/02, jul/02, ago/02
3253	01/07/2003	2003: ene a may	5	4.446.139,60	29/07/2003	ene 03
3657	04/06/2004	2003: jul, sep a dic 2004: ene y feb	7	5.499.066,44	23/06/2004	jul/03, sep/03, oct/03, nov/03, dic/03
3831	27/10/2004	2004: may a ago	4	2.812.335,20	03/11/2004	may/04
4014	01/03/2005	2004: sep a dic 2005: ene	5	5.120.674,66	08/03/2005	sep/04
4824	28/09/2005	2005: feb a Jul	6	6.325.876,73	06/10/2006	feb/05, mar/05, abr/05

4.1 Descargo presentado.-

***"4.** … Si bien existen algunos periodos que no se ha demandado bajo el plazo establecido en la norma, de la simple inspección de los mismos se puede establecer que existen periodos que se han demandado sin esperar el vencimiento de dicho plazo y en cumplimiento al Artículo 7 del DS 25722 de fecha 31/03/200 que en parágrafo segundo establece **"La Gestión de Cobro no será considerada como una medida prejudicial o preparatoria necesaria para iniciar el Proceso Ejecutivo Social"** , tales periodos son: (Cuadro)*

Asimismo, la SPVS no considera que la emisión de una nota de débito hasta la presentación de la misma en el juzgado, conlleva cumplir con ciertos procedimientos administrativos, como el desembolso de gastos judiciales, elaboración de la demanda verificando que la misma no afecte a la normal evolución del proceso, porque jurídicamente no es recomendable presentar una ampliación de la demanda si el expediente se encuentra apelado, o que el expediente se encuentre en despacho del juez para dictar sentencia."

Prueba complementaria aportada:

"Numeral 8. Como es de su conocimiento, cuando se interpone el Recurso de Apelación el Juez de la causa tiene la obligación legal de remitir el expediente original al Superior en Grado, es decir a la Corte Superior del Distrito, quedando en el juzgado únicamente fotocopias legalizadas del expediente como constancia de la remisión del mismo, motivo por el cual, no procede la ampliación de la demanda mientras no se resuelva el Recurso de Apelación planteado y retorne al juzgado de origen el expediente original, conforme lo establece el Código de Procedimiento civil en los artículo 220, I, 1); 225 1); 241; 242; 243; 246, y el Artículo 31, II) de la Ley de Abreviación Procesal Civil No. 1760.

Cuando el expediente se encuentra en despacho para dictar sentencia, se entiende que el caso está siendo analizado para la resolución respectiva, si se presenta el memorial de ampliación en estas circunstancias, el mismo será resuelto una vez que el Juez dicte sentencia."

4.2 Valoración del descargo.-

BBVA Previsión AFP S.A., no presenta descargo alguno por la infracción anotada en el presente cargo, toda vez que se evidencia que las Notas de Débito presentadas en el Juzgado, superan el plazo establecido por normativa.

Asimismo, no se puede argumentar temas netamente de procedimientos internos propios de la AFP, debiendo ésta en el cumplimiento de sus obligaciones, establecer que los mismos se encuentren en estricta sujeción de la normativa.

Respecto a la recomendación legal que realiza la AFP de no ampliar la demanda, la misma no aplica en Autos, por los propios actuados del proceso. Sin embargo corresponde señalar que se acepta la prueba presentada por la AFP respecto a la apelación. En cuanto a la ampliación de demanda cuando el expediente se encuentra en despacho, la propia AFP señala que no existe impedimento, pero sí se resolverá en fecha posterior, sin embargo y como se anoto, no corresponde a los actuados del proceso.

Por lo señalado, se confirma el cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde en la vía aclaratoria (toda vez que no se relaciona con el cargo), precisar que del listado de las ocho Notas de Débito presentadas, las mismas contemplan períodos que cuentan con retraso en la presentación en el juzgado o inicio de demanda por los mismos, conforme a los plazos establecidos en el artículo 1 del Decreto Supremo No. 26131 de 30 de marzo de 2001 (120 días calendario), y en su caso el plazo de 60 días determinado en el artículo 9 del Decreto Supremo No. 25722 de 31 de marzo de 2000.

- **Resolución Administrativa SPVS IP No. 171 de 27 de febrero de 2007**

"…En cuanto al proceso ejecutivo social, la AFP coincide con la fundamentación de la SPVS toda vez que el demandante es quien impulsa el mismo y la actitud de la AFP no puede ser pasiva frente a la disponibilidad de los funcionarios, sino activa logrando los objetivos por los cuales se ha instaurado el proceso ejecutivo social.

El pretender señalar que el promedio de demora es de 45 días y que dicho plazo es aceptable solo denota la pasividad en las acciones de la AFP.

El cargo no se fundamenta en la ejecutoria como acto formal sino por la demora de tres meses de solicitar la ejecutoria para habilitar el siguiente plazo procesal ya que caso contrario la AFP jamás pediría la ejecutoria de la sentencia.

La SPVS en ningún momento podría haber observado que el hecho de que al no haber presentado la solicitud de ejecutoria se encontraría abierta la posibilidad de recurrir ya que el procedimiento no permitiría tal situación sino que el cargo se refiere únicamente al tiempo que demora la AFP en solicitar la ejecutoria.

El objeto del proceso ejecutivo social no es lograr una sentencia sino la recuperación de las contribuciones en mora ya que no solo se trata de cumplir con los actuados del proceso sino en la recuperación de las contribuciones.

En el proceso ejecutivo social contra el LAB S.A. la recuperación ha sido mínima es decir el 19%.

La AFP presenta fundamentos que no condicen con la infracción cometida, a lo que se debe aclarar que la normativa es de cumplimiento obligatorio no pudiendo la AFP aplicarla a su conveniencia y olvida que se debe presentar ante el juzgado al cabo de 90 días o 120 días permitiendo la recuperación de todos los periodos en mora y por lo tanto la ampliación de las medidas precautorias a los nuevos montos adeudados; el hecho que haya iniciado otras notas de débito en fecha anterior no está en discusión ni se ha sancionado por ello y no se puede tomar como parámetro el periodo más reciente consignado en la Nota de Débito; el hecho de que se encuentre el expediente en despacho no impide a la AFP la presentación de nuevos memoriales situación que fuere conocida por la AFP en su nota de descargos…

… La SPVS ha manejado en estricta sujeción legal y cuidando el debido proceso, habiendo valorado la nota de descargos, abriéndose un plazo probatorio para una completa evaluación contando así con prueba adicional no aportada por la AFP en su debida oportunidad misma que permitió en algunos casos desestimar la sanción y en otros establecer una gravedad menor. ***La AFP en el lapso de dos años no realizó ninguna indagación de bienes que pueda ser verificada, procesándose la misma después de dicho lapso de tiempo. Esta situación implica una pérdida innecesaria de tiempo denotando falta de seguimiento a sus procesos y desconocimiento de los bienes a los cuales debió requerir las medidas precautorias en su debida oportunidad.***

La AFP incluye en su memorial de revocatoria que la realización de la indagación de manera formal hubiese demandado mayores gastos, exhortos y otras actuaciones para no poder embargar más de lo suficiente; situación que es general y no aplica al cargo en sí ***ya que las obligaciones de la AFP no le permiten justificar sus actos por causas económicas u*** *otras ya que no se puede dejar de lado que los gastos judiciales son pagados por el empleador****. El hecho de que ahora se cuente con embargo, anotaciones, etc., no libera de la responsabilidad que no se asumió en su debida oportunidad ya que de lograrse la anotación en fecha posterior o requerirse nuevas anotaciones genera la posibilidad de que los bienes del demandado sean transferidos a terceros o en su caso implica que la recuperación se efectivice en tiempos mayores.***

La AFP pretende salvar los errores haciendo hincapié en que el proceso ha seguido sin contar con observaciones y esta situación denota que la AFP en la falta de control de los procesos deja a la buena fortuna para que nadie se percate de los defectos existentes y este proceder no puede ser pasado por alto.

La AFP no puede sobreponer sus intereses económicos sobre la diligencia en la recuperación de las contribuciones en mora tomando en cuenta que el pago de los gastos judiciales se encuentra a cargo del empleador. ***El hecho que después de varios años del inicio de la demanda se hubiera registrado la hipoteca judicial confirma la infracción ya que en la oportunidad debida no se actuó en consecuencia****…"*
(Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Mediante Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 66/2007 de 18 de julio de 2007 se confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS IP No. 171de 27 de febrero de 2007, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), que en lo concerniente al caso en Autos determina que:

"En tal sentido , siendo el proceso ejecutivo social la vía jurisdiccional idónea para la recuperación de los aportes de SSO de largo plazo, las AFP's en su condición de representantes de los afiliados, ***se encuentran obligadas a llevar dicho proceso con absoluta diligencia y responsabilidad para tratar de asegurar la recuperación de los dineros que en definitiva derivan para el financiamiento de las distintas prestaciones establecidas en la Ley de Pensiones*** *que, se reitera, serán para el entero beneficio de los Afiliados o sus derechohabientes, aspecto que permitirá la preservación y defensa del capital humano y la protección del derecho a la seguridad social…*

…En primer término, y en lo que respecta a la ejecutoria de la Sentencia, si bien es cierto que bajo la previsión del Artículo 515 del Código de Procedimiento Civil, la ejecutoria es un acto procesal que da tránsito a la calidad de cosa juzgada o verdad jurídica inamovible de un acto procesal siendo que la misma opera por el simple transcurso del tiempo al no presentarse los recursos legalmente establecidos o cuando se consiente esta situación; no es menos cierto que al solicitarse al juzgador la declaratoria de ejecutoria al vencimiento de los plazos para apelar, se da lugar a que el trámite de la ejecución de sentencia sea llevado a cabo con más celeridad y prontitud y no estar supeditado a que el juez de la causa de oficio decrete la ejecutoria. ***Por ello la AFP, en lo respecta a la diligencia con la cual debe tramitar los procesos ejecutivos sociales, debió observar esta situación a fin de agilizar los trámites.*** *Por otra parte, las medidas precautorias son medidas jurisdiccionales tendientes a asegurar los resultados y cumplimiento efectivo de la Sentencia a ser pronunciada. En el tema en cuestión, siguiendo los fundamentos del punto* ***III.1.*** *de la presente Resolución Jerárquica, en lo que respecta al Derecho a la Seguridad Social, se tiene que como una de las finalidades más importantes de la AFP se encuentra la de recuperar las contribuciones en mora a favor de sus afiliados, sobre quien es la Administradora ejerce una representación legal, debiendo utilizar todos los medios administrativos o jurisdiccionales a su alcance para tal fin, puesto que el Derecho a la Seguridad Social, dentro de su fundamento constitucional, sirve para la protección del capital humano y el aseguramiento de la continuidad de los medios de subsistencia tal y como establece el Artículo 158 de la Norma Fundamental.* ***Es así que la AFP no puede justificar su proceder respecto al levantamiento de las medidas precautorias aduciendo una posible situación de quiebra.*** *Por otra parte, tampoco puede justificarse el levantamiento de la medidas precautorias bajo el argumento que se ocasionarían repercusiones para los ciudadanos mayores de 65 años, por cuanto el LAB S.A. no es la única empresa capitalizada que provee recursos para el pago del Bonosol. En todo caso la AFP podía muy bien comunicar esta situación a la SPVS a efectos de que tenga conocimiento de las actuaciones y decisiones de la AFP, con respecto a los eventos que se dieron en torno a esta empresa. En consecuencia se ratifica el cargo y la sanción…*

"…De lo detallado anteriormente, se tiene entonces que los procesos judiciales en general tienen como finalidad la solución de los conflictos suscitados entre los particulares otorgando a cada persona lo que en derecho le corresponde, de donde se extrae que la Sentencia, como un acto dentro del proceso, va a reflejar las decisiones del órgano judicial respecto a los planteamientos demandados. Sin embargo, se

debe precisar que la Sentencia no constituye en sí misma el objeto del proceso judicial ya que como acto judicial, si bien pone fin al proceso, no se puede dejar de lado que la misma debe satisfacer el derecho sustantivo o material que ampara al demandante.

Aplicado el razonamiento anterior al proceso ejecutivo social, se tiene entonces que la finalidad del mismo ***no es simplemente el acto formal de la obtención de una Sentencia, sino la materialización y reconocimiento del pago de las contribuciones en mora adeudadas al SSO****.* ***Aclarado lo anterior, de acuerdo al cargo formulado por la SPVS, la AFP Previsión S.A. no ha presentado en su Recurso Jerárquico ningún otro argumento o elemento de convicción en cuanto a la falta de recuperación óptima de los aportes devengados y la efectividad de la misma,*** *por lo que se ratifica la sanción…*

…En ese entendido queda claro que las AFP pueden realizar las gestiones de cobro dentro del plazo de 60 días y si por alguna circunstancia es necesario contar con mayor plazo, las AFP pueden continuar realizando las gestiones hasta por 60 días adicionales, pero se entiende que dentro del plazo ampliatorio, las AFP ya deben contar con una certeza acerca de la viabilidad de sus gestiones de cobro y preparar el inicio del proceso ejecutivo social.

Dentro de una gestión eficiente y oportuna, es improbable que estas gestiones de cobro demanden los 120 días exactos. *Sin embargo, de darse ese caso extremo, debidamente justificado y documentado, en el que luego de intensas gestiones el empleador al día 120 no pague sus contribuciones o no acuerde los pagos con la AFP, ésta tendría que iniciar el proceso ejecutivo social a la brevedad, es decir presentar la demanda en un plazo razonable, puesto que cuenta con todos los elementos y documentos necesarios para el inicio de este proceso. Lógicamente lo anterior no implica que la AFP no pueda iniciar los procesos ejecutivos sociales antes de los 60 días si considera que la gestión de cobro será ineficaz o se da la situación prevista por el Artículo octavo de la Resolución Administrativa SPVS P 259 relativo a la suspensión de la gestión de cobro.*

*En consecuencia, los argumentos de la AFP relativos a agrupar la cobranza de algunos meses no pagados en una sola Nota de Débito y las posibles ampliaciones que se puedan efectuar, evidentemente tienen que ser considerados en función a la situación que más beneficios reporte en el proceso para la recuperación de los montos adeudados. Es evidente que una vez que se instaura un proceso ejecutivo social, las demás Notas de Débito pueden ser acumuladas a ese proceso en virtud a los Artículos 494 y 495 del Código de Procedimiento Civil o ser objeto de un nuevo proceso ejecutivo social. Lógicamente la acumulación o iniciación de un nuevo proceso ejecutivo social tendrá que efectuarse dentro del plazo dispuesto****. En todo caso, de acuerdo al Cuadro que se inserta en el texto de la Resolución Administrativa IP No. 171 de 27 de febrero de 2007, se evidencia que la demora de la AFP no es justificable por el tiempo transcurrido, por lo que se debe ratificarla sanción impuesta****."*

Por lo que, queda claro que la AFP en la recuperación de las contribuciones en mora de los períodos involucrados en la descobertura del Afiliado Fernando Rafael Herrera Aguilera, no actuó diligentemente, situación que induce a concluir que el precedente administrativo determinado mediante Resolución de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 052/2008 de 27 de agosto de 2008 es aplicado al caso en Autos.

Por otro lado, importa precisar que con relación a la precitada Resolución Jerárquica (SG SIREFI RJ 66/2007), BBVA Previsión AFP S.A. declara en su defensa, que esta fue demandada en proceso Contencioso Administrativo ante la Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia), olvidándose que es la propia AFP la que acepta ciertos incumplimientos a la normativa respecto al propio Proceso Ejecutivo Social instaurado como se pudo observar en la transcripción, así como de los efectos que tiene tanto la Resolución Jerárquica y la propia interposición de una demanda contencioso administrativa.

4. Sobre el argumento presentado por el recurrente respecto a la interposición oportuna del Proceso Ejecutivo Social (PES).-

BBVA Previsión AFP S.A. dentro del Recurso Jerárquico presentado, señala que se dió cumplimiento a lo dispuesto pos los artículos 33 y 23 de la Ley de Pensiones y artículo 95 de su Decreto Reglamentario y al Decreto Supremo No. 26131 afirmando que de manera oportuna demandó el cobro judicial de las contribuciones en mora al SSO a la empresa Lloyd Aéreo Boliviano en el Distrito Judicial de Cochabamba, correspondiente a los períodos de mayo de 2004 a abril de 2007, presentando para tal efecto un cuadro de períodos en mora, vencimiento de plazo, nota de débito, fecha de nota de debito, fecha de demanda, fecha de sentencia y fecha de ejecutoria de sentencia.

Sobre el particular, corresponde remitirnos al análisis ya realizado por la entidad reguladora, y la propia EX Superintendencia General del SIREFI, sobre el particular, y que fue transcrita en líneas arriba.

Sin perjuicio de ello, corresponde aclarar al recurrente, las determinaciones normativas de la materia, cual se procede a continuación, que permitirán al recurrente realizar una adecuada aplicación de la disposición legal que señala el plazo en que las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen para iniciar la acción procesal de cobro.

Al respecto, el Decreto Supremo Nº 25722 de 31 de marzo de 2000 establece:

> ***"ARTICULO 9.- (OBLIGATORIEDAD DE INICIAR ACCION PROCESAL).*** *La AFP transcurridos los sesenta (60) días calendario de la fecha de inicio de la mora o agotada la Gestión de Cobro sin que el empleador hubiera pagado las Contribuciones al SSO en mora, está obligada a iniciar el Proceso Ejecutivo Social previsto en el artículo 23 de la Ley de Pensiones y el artículo 95 del Decreto Supremo 24469."*

A su vez, el decreto Supremo 26131de 30 de marzo de 2001 en su Artículo primero, amplía el plazo de la gestión de cobro estableciendo:

> ***"****Se amplia, hasta ciento veinte (120) días calendario, la obligación que tienen las AFP de iniciar, en ese período, la acción procesal prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 25722, de 31 de marzo de 2000."*

Tal como la norma lo indica, el legislador estableció un plazo máximo de 120 días calendario de la fecha de inicio de la mora del empleador, para la interposición del Proceso Ejecutivo Social; correspondiendo ahora, establecer con precisión el momento en que el empleador se constituye en mora, para determinar desde cuando se empieza a computar el plazo para iniciar el citado Proceso.

En este contexto, el artículo 21, párrafo segundo de la Ley de Pensiones No. 1732 dispone:

> *"Estos pagos se realizaran dentro el plazo determinado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no podrá exceder de treinta (30) días calendario a partir del día en que devengan los sueldos o salarios de sus trabajadores o empleados.* ***Vencido el plazo y en caso de incumplimiento en el pago, el empleador se constituirá en mora*** *y deberá pagar los intereses y recargos establecidos por la presente ley…"* (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Por lo que, queda claro que el empleador se constituye en mora, pasado treinta días (1 mes) de devengado el sueldo, por lo que, a partir del primer día siguiente se empieza a computar el plazo para el inicio del Proceso Ejecutivo Social.

Asimismo, corresponde referirnos a lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 259 de fecha 23 de junio de 2000 (Norma General para la Gestión de Cobro), que determina los procedimientos y plazos para el inicio y gestión de cobro, donde se advierte que los tres meses involucrados en la gestión de cobro, se encuentran inmersos en el plazo de 90 días de iniciada la mora, cual ilustra el cuadro adjunto a la Resolución Administrativa, por lo que no existiría precedente jurídico o norma que ampare una gestión mayor a dicho plazo y un inicio del Proceso Ejecutivo Social mayor a los 120 días, cual se ha podido evidenciar de la norma transcrita up supra.

Situación, que no condice con lo señalado por la AFP recurrente, que asevera: *"Del simple cómputo de los plazos establecidos (…), se establece y evidencia que una vez vencido el plazo de la gestión de cobro administrativo, la AFP presentó las demandas de pago de contribuciones en mora**…"***

Asimismo y más allá de lo explicado, la AFP tampoco toma en cuenta lo dispuesto por el artículo octavo (8vo.), de la mencionada Resolución Administrativa que *a la letra reza:*

> *"Si durante la aplicación del proceso de Gestión de Cobro, la Administradora toma conocimiento de que el empleador presenta problemas financieros que amenazan su continuidad o que no permitan hacer frente a las deudas previsionales en el corto plazo, las Administradoras deberán suspender el procedimiento de Gestión de Cobro e iniciar inmediatamente el cobro por la vía judicial."*

Por lo anteriormente expuesto y en base a la normativa en la que deben regir los actos de los administrados, lo expuesto por el recurrente en el cuadro ilustrativo de su recurso; no guardan relación alguna con las disposiciones transcritas, vigentes y aplicables.

5. Sobre el contrato de servicios suscrito y su incumplimiento.-

El recurrente, en el recurso de Revocatoria hace mención al contrato de servicios suscrito entre esta y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros alegando a su favor lo dispuesto por la clausula 8.6, que a la letra dice:

> *"Pago de prestaciones y Beneficios.- La AFP pagará y cumplirá con las prestaciones y beneficios correspondientes, únicamente con los recursos del FCC, del Fondo de capitalización Individual, de las cuentas colectivas de siniestralidad y de riesgos profesionales y de la cuenta de mensualidades vitalicias variables, según corresponde **de acuerdo a la Ley de Pensiones y las Normas Reglamentarias**…"*
> (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

La cláusula precedentemente citada es clara, estableciendo la obligación del pago y las cuentas a utilizarse, circunscribiendo a lo establecido por Ley; y la Ley No. 1732 en su artículo 8vo., dispone los requisitos que el Afiliado debe cumplir para la procedencia del pago de la prestación de invalidez entre los que – entre otros – se encuentran que la invalidez se produzca mientras sus primas son pagadas o dentro de un plazo de doce (12) meses, computado desde que el Afiliado dejó de pagar cotizaciones, así como haber realizado al menos un total de dieciocho (18) primas en los últimos treinta y seis (36) meses inmediatamente previos a la fecha de invalidez, conforme a la calificación de invalidez.

Entonces se tiene que BBVA Previsión AFP S.A. ha utilizado la Cuenta Colectiva de Siniestralidad descrita en el punto 8.6 de la cláusula octava del contrato suscrito transcrito, para proceder al pago de la pensión de invalidez al Afiliado Rafael Herrera Aguilera, sin que haya cumplido todos los requisitos establecido por ley; no solamente ha conculcado lo dispuesto por la Ley de Pensiones sino también incumplió el contrato suscrito entre partes.

En este contexto, al ser un contrato “fuerza de ley entre partes” tal como lo expresa el recurrente, su incumplimiento no puede ser justificado, más aún si no cuenta con respaldo para su accionar.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Confirmar totalmente Resolución Administrativa SPVS/IS No. 221 de 30 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirma la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 028 de 16 de enero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 211 DE 27 DE MARZO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 007/2009 DE 22 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 007/2009

La Paz, 22 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por la **ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 26/2009 de fecha 12 de octubre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de abril de 2009, la **ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.,** legalmente representada por su Gerente General Juan Andrés Urdininea, de acuerdo a las facultades contenidas en el Testimonio de Escritura Pública de Poder Nº 0040/2008 de 15 de enero de 2008, otorgado ante la Notaria de Fe Pública Dra. Mariana I. Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008.

Que, mediante carta SPVS Nº 437/2009 de 30 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió en fecha 4 de mayo de 2009, a la ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009, recurso que fue admitido a través de Auto de Admisión de 30 de julio de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino La Razón el 6 de mayo de 2009, la ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 28 de julio de 2009, notificado la misma fecha, se radicó el procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, radicado el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante Auto de fecha 31 de julio de 2009 se notificó con las actuaciones para su participación en el procedimiento a la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A.; Seguros Próvida S.A.; Futuro de Bolivia S.A. AFP; y, BBVA Previsión AFP S.A., como terceros interesados.

Que, en fecha 5 de agosto de 2009 se puso a la vista el expediente.

Que, en fecha 8 de septiembre de 2009 se recibió la exposición oral de Juan Andrés Urdininea en su calidad de Gerente General de la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C.

CONSIDERANDO:

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

1. Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, notificada el 3 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO 1º (OBJETO).-** La presente Resolución Administrativa tiene por objeto aprobar y poner en vigencia las modificaciones al Manual Único de Calificación compuesto por el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (MANECGI) y la Lista de Enfermedades Profesionales.*
>
> *El Manual Único de Calificación se encuentra en Anexo 1 y forma parte indivisible de la presente Resolución Administrativa.*
>
> ***ARTICULO 2º.- (USO OBLIGATORIO)** El Manual Único de Calificación es de uso obligatorio en el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.*
>
> ***ARTICULO 3º.- (DEJA SIN EFECTO).-** Se deja sin efecto todas las disposiciones contrarias a la presente Resolución Administrativa".*

2. Recurso de Revocatoria

Por memorial presentado el 29 de enero de 2009, la EEC interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1052/08 de 31 de diciembre de 2008, en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

"II. Fundamentación

Conforme el Anexo I de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, donde se incluye el Título I-Capítulo 1, Disposiciones Generales del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez, Páginas 1 al 13, se establece consideraciones de carácter legal referidas a la calificación, en las cuales se presentan las siguientes observaciones:

Responsabilidad de Capacitación

Conforme al anexo I (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.1. – 1.1.1. Objetivo establece lo siguiente:

'...El Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez, en adelante MANECGI, así como la Lista de Enfermedades Profesionales, en adelante LEP, ***son de uso obligatorio para todos los médicos calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO). Es responsabilidad de cada uno de ellos conocer y capacitarse en el uso del mismo; sin perjuicio de que la SPVS pueda organizar eventos destinados a este mismo objetivo, y a realizar los exámenes de habilitación para el Registro de Calificadores del SSO..'****.*

Sobre el precepto anterior, corresponde aclarar que la responsabilidad de capacitación y habilitación de médicos calificadores en el SSO, recae exclusivamente en la SPVS, siendo que la normativa vigente no faculta a otra entidad a dictar y capacitar a los médicos calificadores con relación al contenido, aplicación y alcances de los lineamientos establecidos en el Manual Único de Calificación, por este motivo, la SPVS conforme a la R.A. SPVS-IP Nº 055/99 ha creado un registro de profesionales, asimismo, el Decreto Supremo Nº 27824, en sus artículos 14 y 15, establece los requisitos, asimismo facultándola para inhabilitar o inclusive cancelar el registro de dichos profesionales; de igual manera, el Decreto Supremo Nº 27824 en sus artículos 14 y 15, establece los requisitos y periodicidad en que los médicos calificadores deben actualizarse dentro del manejo del Manual Único de Calificación, por tanto consideramos desafortunado establecer como responsabilidad de los profesionales médicos su auto capacitación, siendo que como se concluye líneas arriba, esta recae de manera exclusiva en la SPVS, pues la misma no autoriza que otras entidades puedan capacitar a los profesionales médicos con relación a la calificación y aplicación del MANECGI y la Lista de Enfermedades Profesionales (LEP).

Procedimiento de incorporación de Nuevas Enfermedades Profesionales

Conforme el Anexo 1 (R.A. SPVS/IP/Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.3.2 – Origen de la invalidez o Fallecimiento establece lo siguiente:

'...En los casos de invalidez o fallecimiento causados por enfermedad, los calificadores deberán utilizar la Lista de Enfermedades Profesionales (LEP) para determinar el origen. La LEP es una lista abierta, vale decir que pueden ser incorporadas nuevas enfermedades, o se pueden ampliar las actividades y/o agentes nocivos a los que están asociadas las enfermedades existentes en dicha lista. La inclusión de cualquier enfermedad así como la ampliación de las enfermedades existentes a otras actividades, o a otros agentes debe realizarse de conformidad a las instrucciones y procedimientos establecidos en los capítulos 1 y 2 de dicho documento...'.

El precepto anterior desconoce el procedimiento establecido en la R.A. SPVS-IP Nº 096/99 de 04 de junio de 1999, la cual tiene el debido sustento técnico y procedimental para la incorporación de Enfermedades

Profesionales, o la ampliación de los alcances, actividades y agentes nocivos de la LEP, por lo que dicho procedimiento debería ser incorporado al Anexo 1 de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08.

Prevalencia y proporcionalidad establecida en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324 de 22 de enero de 2004

Conforme al anexo 1 (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.3.2 – Origen de la invalidez o fallecimiento establece lo siguiente:

*'...c) Determinación de Origen.- cuando hay más de un deterioro o causa de fallecimiento tanto de Origen Común como Profesional/Laboral: De conformidad con el artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324 de enero de 2004, cuando un –Afiliado presenta más de un deterioro pudiendo ser uno de origen común y otro de origen profesional/Laboral, el origen de la invalidez se determinará en función de aquel que tenga prevalencia sobre la variable A del Dictamen, tomándose en cuenta para la invalidez manifestada, los valores de deterioro ajustados en aplicación de lo señalado en el punto 1.3.1. anterior. Vale decir que si la **suma combinada** de los deterioros de origen común fueran **exactamente iguales** a los de origen profesional/laboral, el origen que se deberá consignar en el dictamen será el profesional..."*

Conforme al anexo I (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.3.3.– Causa de la invalidez o fallecimiento se establece lo siguiente:

*'...Cuando el Afiliado presente incapacidades causadas por enfermedad y accidente, la causa final que se consignará en el Dictamen seguirá el mismo principio que para determinar el origen, tomándose en cuenta para la invalidez manifestada los valores de deterioros ajustados, en aplicación de lo señalado en el punto 1.3.1. anterior. Vale decir que si la **suma combinada** de los deterioros causados por accidente es mayor a la **suma combinada** de los deterioros causados por enfermedad, la causa que se consignará en el Dictamen será accidente, y viceversa...'*

Del análisis de los preceptos anteriores es importante revisar lo que en un inicio estableció el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324, el cual transcribimos a continuación:

*'...Cuando un afiliado presenta más de una patología cuyos orígenes pueden ser diferentes, el médico calificador deberá establecer el origen de la incapacidad en función al **origen prevaleciente** del conjunto de patologías calificadas en el acápite correspondiente a 'Deterioro' establecido en el MANECGI (variable independiente "A"). Si la suma de las patologías de origen común calificadas en la Variable "A" del dictamen, tiene la **misma proporción** dentro de esta variable que las patologías de origen profesional, se tomará como origen resultante de la incapacidad, el origen Profesional...'*

Por todo lo anterior se desprende la incompatibilidad de conceptos entre lo establecido en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324, y el Anexo I, Cap. I numerales 1.3.2. y 1.3.3. de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, los cuales para su mayor apreciación puntualizamos a continuación:

a) Origen Prevaleciente / Suma combinada:

***Definición de prevaleciente:** Según el Diccionario de la Real Academia Española "Prevalecer (del lat. Praevalesere) 1. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras".*

Definición de suma combinada: *Conforme el Cap. 2, numeral 2.3.1. del Anexo 1 (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08), establece como combinación de valores lo siguiente:*

'...Como norma general, para la valoración de múltiples deterioros en un mismo o varios capítulos se usará la fórmula de combinación de valores, la aplicación de esta fórmula deberá seguir el siguiente orden; primero al interior de cada capitulo y solo después realizar la combinación de valores entre capítulos. Fórmula de combinación de valores: X + (Y(100-x)/100) donde "X" es igual al deterioro mayor y "Y" igual al deterioro menor...'*

Como se observa los criterios de origen prevaleciente (origen superior en función a los demás deterioros) no incluye la suma combinada establecida para la calificación de los diferentes deterioros calificados, puesto que la apreciación de la prevalencia se la observa una vez presentados los deterioros globales que se insertan en el dictamen (variable independiente "A") tal como lo establece el Decreto Supremo Nº 27324, y de ninguna manera instruye una combinación de valores para el establecimiento del origen, pues claramente establece que el origen prevaleciente será el que determine el origen de la invalidez.

b) Deterioros exactamente iguales / deterioros con una misma proporción:

Deterioros exactamente iguales: *Al establecer que los porcentajes de deterioros establecidos en la variable independiente "A" del dictamen de calificación, sean exactamente iguales, quiere decir, que las cifras tanto enteras, o con decimales, sean iguales.*

Deterioros con la misma proporción: *Conforme al Diccionario de la Lengua Española – Vigésima segunda edición: "(Del lat. Proportio, onis) 1.f. Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre si".*

Por tanto vemos desafortunada la lectura de cifras exactas puesto que claramente el Decreto Supremo Nº 27324, estableció la promoción de los deterioros y no así la lectura de las cifras exactas de dichos deterioros.

Determinación de la fecha de invalidez conforme el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824 de 3 de noviembre de 2004

Conforme al anexo 1 (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su capítulo 1, numeral 1.4.1. – Fecha de Invalidez, establece lo siguiente:

'...Si de acuerdo a la documentación médica, la fecha de invalidez correspondiera a un período diferente a los citados en el inciso b) anterior, ***se deberá consignar el rango de período inmediatamente superior. Ejemplo: Si se determina que la fecha de invalidez se encuentra comprendida en el período que se inicia el 03 de marzo de 2004 y finaliza el 30 de julio de 2004, el TMC deberá establecer como fecha de invalidez, el período: Semestre que se inicia el 03 de marzo de 2004'****.*

Del análisis del precepto anterior, encontramos al mismo contradictorio con lo establecido en el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, siendo que este claramente establece lo siguiente:

'... b) Un período que deberá estar determinado como semestre, año, bienio o trienio y contar ***explícitamente con el inicio y el final de dicho período****...', por lo que debería también establecerse el final del período.*

Por otro lado, el citado numeral 1.4.1. establece que:

'...Cuando un afiliado presente más de un deterioro a ser calificado, la fecha de invalidez deberá establecerse como aquella que corresponda ***al último deterioro diagnosticado, independientemente de si este es el deterioro con mayor porcentaje o no en la variable A...'***

Dicho precepto es ambiguo y contradictorio con la normativa referida a la determinación de la fecha de invalidez, puesto que claramente el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, establece: '...la fecha de Invalidez será la fecha en la cual el Ente Gestor de Salud establece que la atención curativa ya no procede y que la afección es permanente e irreversible y recomienda al asegurado ejercer su derecho a solicitud de pensión...', ante la falta de ello establece que: '...En ausencia de lo señalado en el párrafo precedente, la fecha de invalidez será determinada con relación a la fecha en que se presenta la incapacidad en el grado que determine el dictamen emitido por el TMC, sobre la base de los antecedentes técnico-médicos remitidos por los Entes Gestores de Salud así como de los exámenes adicionales o revisión médica que pudieran requerir los médicos calificadores...', por tanto el consignar la fecha del último deterioro diagnosticado, no concuerda con el principio y fundamentos establecidos en el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, pues en un primer paso se debe observar si el Ente Gestor de Salud recomienda la solicitud de pensión, ante la falta de este, se deberá observar la fecha en que presenta la incapacidad en el grado que determine el dictamen, y no así simplemente observando el último deterioro diagnosticado, sin importar el porcentaje de deterioro que genera, asimismo contradice el principio establecido en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324, que establece que el deterioro prevaleciente determina el origen y la causa del siniestro.

Asimismo en el numeral 1.4.1. también se establece que:

'...Si el TMC desestimara la opinión del especialista o este no pudiera emitir un pronunciamiento al respecto. El TMC ***emitirá el Dictamen con el período originalmente calificado...'***

De lo anterior el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, establece que:

'...Cuando se establezca un período como fecha de invalidez y este período comprenda una fecha, denominada 'Fecha crítica', para la determinación de obligaciones de una o más Entidades Aseguradoras, el TMC adicionalmente deberá solicitar una segunda opinión de profesional especialista en la patología sujeta a calificación, que indique si la fecha de invalidez es anterior o posterior a la mencionada 'Fecha crítica', cuyos costos serán cubiertos por la EEC. En caso de que el TMC desestime la opinión del profesional(es) especialista(s) o si este no pudiera emitir un pronunciamiento dirimitorio, las obligaciones financieras serán determinadas a prorrata entre la fecha inicial del período, la 'fecha crítica' y la fecha final del período..'

De la lectura del precepto anterior el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, no establece que la fecha crítica sea modificada por la opinión manifestada por el o los profesionales contratados para ese fin, por lo que en todos los casos el periodo que incluye una fecha crítica debería ser el originalmente consignado en el formulario de fecha de invalidez, adicionalmente el TMC debería expresar la opinión impresa por el profesional o profesionales contratados, y su aceptación o rechazo.

Facultad de solicitud de información para la calificación

Conforme al anexo 1 (R.A. SPVS/IP/Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.5.2. – Calificación y Emisión de Dictamen, establece lo siguiente:

'...La calificación emitida por los miembros del TMC debe encontrarse debidamente respaldada por la documentación que cursa en el expediente y que en su caso de no ser suficiente o no estar actualizada cuando así corresponda, debe ser requerida ***obligatoriamente*** *para la calificación por parte del TMC...'*

Conforme lo establece el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 27824, las solicitudes de información para la calificación de un caso determinado son ***FACULTATIVAS,*** *es decir que obedecen al criterio técnico especializado de los miembros del TMC, por lo que existe contradicción con el elemento incorporado por el Anexo 1 de la R.A. SPVS-IP Nº 1052/08, que establece esta facultad como* ***OBLIGACIÓN,*** *sentido que no es contemplado por el citado Decreto Supremo.*

Sanciones para la EEC y el TMC

Conforme al anexo 1 (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.8. – De las Sanciones para la EEC y para el TMC, establece lo siguiente:

'*...Los médicos calificadores del TMC son responsables solidariamente por los Formularios de fecha de invalidez o fallecimiento así como por los Dictámenes emitidos, salvo que se pueda establecer lo contrario a través de las Actas de sesión del TMC...'*

El precepto anterior es ambiguo en su concepción, puesto que al presente no se ha instrumentado de manera clara la tipificación de infracciones en las que el médico o médicos calificadores incurran, y las sanciones a las que estarían sujetos, por lo que es necesario que en este numeral se aclare e instrumente de manera inequívoca para estos efectos, brindando al médico calificador una clara visión de la responsabilidad de su labor y los efectos que provocaría una mala praxis en la actividad de calificación; para ello, al presente, solo se cuenta sobre el tema con los siguientes preceptos jurídicos:

Artículo cuarto de la R.A. SPVS/IP Nº 055/99 de fecha 07 de abril de 1999, que establece: '...Asimismo, la Superintendencia podrá inhabilitar y cancelar, en forma definitiva, el registro de los calificadores que cometen fraude y que sean sancionados por errores y lesiones a terceros, de conformidad con las normas pertinentes'.

Artículo 288 del Decreto Supremo Nº 24469, establece: '...Las sanciones se impondrán tanto a personas naturales como a personas colectivas y podrán aplicarse más de una de las establecidas en el artículo anterior en forma simultánea por la misma infracción, acción u omisión...'

Por lo que es necesario que se fijen parámetros claros e inequívocos de las infracciones, y sus consecuencias (es decir las sanciones) a las que estarían sujetos.

Por otro lado, dicho numeral establece lo siguiente:

'...Asimismo, el Gerente General de la EEC es responsable por sus acciones u omisiones. ***Debe asegurar la correcta y objetiva calificación de los casos, siendo su obligación actuar y asegurar que los calificadores actúen de manera imparcial, velando siempre por el bienestar de los Afiliados al SSO****...'*

Dicha apreciación, contradice lo establecido en los artículos 7, 8 y 11 del Decreto Supremo Nº 27824, pues el TMC en sí, es una unidad técnico-médica especializada conformada por al menos (3) profesionales médicos habilitados en el 'Registro de Médicos Calificadores' de la SPVS, cuyas decisiones se sujetan

a la simple mayoría de sus miembros, por tanto, no es posible concebir que el Gerente General de la EEC forme parte supervisora del TMC (considerándose la afirmación de la obligación de revisión de la correcta calificación de los casos considerados por el TMC), y menos aún cuando dicho elemento administrativo de la EEC no cuenta con los conocimientos, preparación y calidad de médico calificador, por otro lado, se debe dejar en claro que las decisiones tomadas por el TMC se sustentan en la confrontación de criterios técnicos, tanto médicos como legales y estas decisiones son determinadas por la simple mayoría de sus miembros, quienes plasman dicha determinación mediante la firma del dictamen y Acta correspondiente, por lo tanto, las determinaciones tomadas por el TMC gozan de independencia, con relación a la posición que tenga el Gerente General de la EEC. Finalmente el precepto sujeto al presente análisis es contradictorio en sí, pues establece la imparcialidad de la calificación, pero a su vez establece la búsqueda del bienestar de los Afiliados del SSO, dicha aseveración, fuera de ser contradictoria, es peligrosa en sus alcances, pues las determinaciones tomadas por el TMC, se sujetan a los criterios técnico-médicos y legales, y no así sobre los juicios de valor que buscarían un mejor bienestar a los Afiliados, pues la característica y finalidad fundamental de la creación de la EEC es la emisión de criterios a través del TMC, con naturaleza netamente técnica especializada, apartada de cualquier sesgo u orientación que busque beneficios de alguna de las partes interesadas e involucradas en el trámite de pensión, donde se incluyen los Afiliados, quienes buscan una prestación en el SSO.

Petitorio

Dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 47 y 48 del Decreto Supremo Nº 27175, solicito a su Autoridad admita el presente Recurso de Revocatoria, conforme al análisis de los fundamentos manifestados, revoque parcialmente el Anexo 1 Capítulo 1 de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008 conforme a los argumentos planteados en el presente memorial".

3. Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros atendiendo el Recurso de Revocatoria interpuesto por la Entidad Encargada de Calificar (EEC) resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, basándose en los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, es obligación de la SPVS pronunciarse sobre las argumentaciones vertidas en el Recurso de Revocatoria planteado por la Entidad Encargada de Calificar, y los argumentos expuestos en la Audiencia por esta Entidad así como por Seguros Próvida S. A. y Futuro de Bolivia S.A. AFP, como se procede a continuación

RESPONSABILIDAD DE CAPACITACIÓN, *sobre el argumento planteado, la EEC no toma en cuenta lo determinado por el propio Anexo 1 de la R.A. 1052 (Punto 1.1.1. Objetivo), que señala lo siguiente:*

'... El Manual de Normas de Evaluación y Calificación de Grado de Invalidez, en adelante MANECGI, así como la Lista de Enfermedades Profesionales, en adelante LEP, son de uso obligatorio para todos los médicos calificadores del Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo (SSO). Es responsabilidad de cada uno de ellos conocer y capacitarse en el uso del mismo; sin perjuicio de que la SPVS pueda organizar eventos destinados a este mismo objetivo, y a realizar los exámenes de habilitación para el Registro de Calificadores al SSO...'

La entidad recurrente no puede dejar de tomar en cuenta lo expresamente determinado por la normativa, toda vez que la capacitación, no es atribución exclusiva de la SPVS, sino cual establecen los artículos 14 y 15 del D.S. 27824 es la habilitación de médicos calificadores, para cuyo efecto se toma exámenes, por lo tanto no existe prohibición en norma para aquellos médicos que se capaciten por cuenta propia, en cursos que emita la SPVS o a través de otros medios, a efectos de poder habilitarse por la SPVS como Médicos Calificadores del SSO, tal como establece el Decreto Supremo Nº 27824.

Los cambios realizados en el Manual, perfeccionan la metodología de calificación y contemplan la actualización en materia medica, no conlleva cambios en el procedimiento establecido en versión vigente de dicho documento.

Considerando que se requiere contar con mayor cantidad de médicos calificadores habilitados tomando en cuenta el Manual Único de Calificación con sus actualizaciones deberá suspenderse la vigencia de la R.A. 1052.

PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN DE NUEVAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

Si bien este tema no tiene efecto directo sobre los procedimientos de calificación del grado de invalidez, se aclara a la Entidad Encargada de Calificar que la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 096/99 de 04 de junio de 1999, está en plena vigencia, no habiéndose abrogado como mal interpreta la EEC.

PREVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO SUPREMO Nº 27324 DE 22 DE ENERO DE 2004

La observación efectuada por la EEC acerca de la determinación del Origen del siniestro en base a la prevalencia en la Variable "A" del valor mayor entre la suma combinada de los valores de deterioros, de origen común, ajustados y la suma combinada de los valores de deterioros, de origen profesional/ laboral, ajustados en el Dictamen. Argumenta que si se procede así, derivaría en perjuicios para los Afiliados, sin embargo, corresponde esclarecer que aplicar el concepto de la suma combinada en vez de la suma simple, cuando hay mas de un deterioro del mismo origen, se debe a que cada valor de deterioro calificado (% de discapacidad) esta ponderado sobre el 100% de tal manera que si se aplicara la suma simple cuando existen varios deterioros podría alcanzarse un total mayor al 100%, resultado ilógico y fuera de la normativa.

Una vez aclarada la observación del regulado y considerando que el concepto de la suma combinada debe manejarse de manera homogénea en la calificación, corresponde que los análisis tanto de la causa del siniestro y el grado de pérdida de capacidad laboral sean también realizados con el criterio de la suma combinada.

DETERMINACIÓN DE LA FECHA DE INVALIDEZ CONFORME EL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO SUPREMO Nº 27824 DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2004

En relación a este punto, la EEC observa 3 temas en el procedimiento para la determinación de la Fecha de Invalidez, mismas que se analizan a continuación:

- *Indica que es contrario al Artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824 de 3 de noviembre de 2004, que el Anexo de la R.A. 1052 establezca, cuando una Fecha de Invalidez se determine como un período, que el mismo pueda no tener el dato de la fecha de finalización del mismo, lo que incluso, se arguye, puede*

perjudicar al Afiliado para efectos de cobertura, lo que fue también mencionado por Futuro de Bolivia S.A. AFP y Seguros Próvida S.A. en la audiencia llevada a cabo para el efecto.

En ese sentido, se aclara a las entidades reguladas por el ejemplo, indicado en el Anexo de la R.A. 1052, delimita a semestre, conforme indica '...establecer como fecha de invalidez, el período: Semestre que se inicia el 03 de marzo de 2004...' se sobreentiende que el final de dicho período es el 03 de septiembre de 2004.

- *Asimismo, la EEC considera contrario a lo establecido por el Decreto Supremo mencionado, que la fecha de invalidez se fije como la del último deterioro diagnosticado, descartando lo que pudiera establecer el EGS y que, en ausencia de la misma, la que el TMC, con la facultad que cuenta, pudiera establecer en base a la documentación del EGS o a la que pueda requerirse para la calificación.*

  Al respecto, corresponde señalar que en los casos que el EGS establezca que la atención curativa ya no procede, será esa la fecha de invalidez; sin embargo, en ausencia de esta información se debe recordar a los regulados que la calificación del grado de pérdida de capacidad laboral implica una valoración integral por lo que en la cuantía que se establezca como tal, están todos los deterioros calificados con su respectiva cuota parte. Al respecto el D.S. 27824 indica que la Fecha de Invalidez será determinada con relación a la fecha en que se presenta la incapacidad en el grado que determine el Dictamen. En ese contexto, el porcentaje de invalidez obtenido finalmente contempla las patologías sujetas a calificación habiéndose obtenido tal grado en la fecha en que se hubiera consolidado la última patología.

- *También, se objeta lo indicado en el Anexo de la R.A. 1052 en casos que como Fecha de Invalidez se ha establecido un período en el que está involucrada la 'fecha crítica'. Al respecto corresponde hacer notar a la EEC, que la propia norma al decir: '...Si el TMC desestimará la opinión del especialista o este no pudiera emitir un pronunciamiento al respecto. El TMC emitirá el Dictamen con el período originalmente calificado...', no se refiere a que al pedir la opinión de un especialista, para determinar si la invalidez es anterior o posterior a la llamada 'fecha crítica', exista la posibilidad de que cambie la Fecha de Invalidez. Dicha solicitud busca, contar con un informe complementario de mayor especialidad sobre el cual se determinará qué entidad será responsable del pago. Incluso, como establece el Decreto Supremo Nº 27824, si se desestimara tal pronunciamiento o no fuese posible emitirlo, se aplicará la prorrata, para determinar las obligaciones financieras, entre la fecha inicial del período, la 'fecha crítica' y la fecha final del período que hubiese sido determinado por la EEC.*

FACULTAD DE SOLICITUD DE INFORMACIÓN PARA LA CALIFICACIÓN

En este acápite, la EEC nuevamente basa su objeción en el Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004, cuyo artículo 4 establece las facultades del TMC entre las que está la de pedir información/ documentación complementaria para la calificación, facultad que la R.A. 1052 tornaría en obligación. Asimismo, en la audiencia dispuesta para la exposición de los argumentos relacionados a este Recurso de Revocatoria, la EEC remarcó que su TMC está capacitado como para establecer en qué casos es necesario pedir complementación y/o actualización de la documentación médica recibida para calificación.

El anexo de la R.A. 1052, conforme a norma determina que cada Dictamen emitido por el TMC debe encontrarse respaldado, siendo esa su obligación y para cuyo cumplimiento se le ha dado la facultad, al momento de revisión del expediente respectivo, de pedir complementación y/o actualización de la documentación correspondiente, en caso que el TMC no contara con toda la documentación necesaria para realizar la adecuada calificación de un expediente, tiene la obligación de solicitar la

documentación que sea necesaria y para este efecto cuenta con las facultades suficientes como lo establece el D.S. 27824.

SANCIONES PARA LA EEC Y EL TMC

Con respecto a este tema, la EEC objeta los siguientes aspectos:

- *El regulado indica que no se puede hablar de sanciones a los médicos calificadores si los mismos no tienen claro el **marco normativo** en el que se deben desenvolver y por ende la **magnitud de las sanciones** que tendrían en caso de evidenciarse un mal proceder.*

- *Al respecto, corresponde recordar al regulado como operador del SSO, que toda persona natural o jurídica que haya cometido una infracción administrativa en el área de pensiones, está sujeta a Proceso Administrativo sancionatorio, en el marco legal previsto en el capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y Parte II, del Procedimiento de Recursos del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, el cual señala las atribuciones y procedimientos que debe seguir la SPVS como entidad pública competente, en cuanto al procesamiento de infracciones y la imposición de sanciones; observando la sana critica y la valoración razonada de la prueba, la evaluación de los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

  En cuanto a la magnitud de las sanciones, los artículos 286, 287 y 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, establecen con meridiana claridad los criterios de calificación de la infracción, las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según el tipo de infracción, las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según el tipo de infracción, donde la SPVS no puede separarse ni establecer solo para una entidad un proceso diferente en estricta sujeción a los procedimientos administrativos preestablecidos.

- *La EEC también señala lo siguiente: '...al presente no se ha instrumentado de manera clara la tipificación de infracciones en las que el médico o médicos calificadores incurran, y las sanciones a las que estaría sujeto (sic), por lo que es necesario que en este numeral se aclare e instrumente de manera inequívoca para estos efectos...'. Con relación al argumento del regulado, corresponde indicar que la Ley del Procedimiento Administrativo y el Reglamento para el Sistema de Regulación Financiera, consagra claramente los principios que rigen el Procedimiento Sancionatorio, entre los que se encuentra el **Principio de Tipicidad** que señala que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y que sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.*

  En esa línea legal de entendimiento, y en atención estricta al Principio de Tipicidad, se establece que el Derecho Administrativo Sancionatorio no tiene la misma connotación que presenta el Derecho Penal, donde resulta ser más riguroso y en especial autónomo en la tipificación de conductas antijurídicas; sin embargo, en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, por regla general los tipos administrativos, no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones donde esta consignada una orden o una prohibición. Por tanto, la tipificación de infracciones en las que incurran los operadores del SSO, entre ellos la EEC, los médicos calificadores y otros; y las sanciones a las que se encuentran sujetos, se halla supeditado al cumplimiento de una acción u omisión prevista expresamente en la normativa de pensiones, donde se encuentra la normativa a la cual se ven obligados a su cumplimiento.

- *Finalmente, la EEC argumenta, que tampoco puede incluirse como obligación del Gerente General el que intervenga y controle el accionar del TMC de la EEC, más aún si se incurre en una contradicción al ordenarle que guarde la imparcialidad del actuar del TMC pero 'velando' por el interés del Afiliado.*

  Al respecto, el Gerente General podría no ser parte del ente calificador, y en ese caso no podría intervenir en el proceso de calificación, sin embargo, el mismo no puede dejar su obligación de precautelar la correcta aplicación de la norma establecida para el efecto en aquellos casos en los que el Gerente General sin ser parte del TMC emita criterio respecto a un caso determinado, este hecho debe ser registrado en el Acta de Calificación correspondiente.

  De lo expuesto y en base a la argumentación señalada, corresponde se modifique el segundo párrafo del numeral 1.8 ***De las sanciones para la EEC y para el TMC,... Artículo 1º.-****... de la siguiente manera:*

  Asimismo, el Gerente General de la EEC es responsable por sus acciones u omisiones, y debe asegurar el cumplimiento de lo establecido en la normativa para el proceso de calificación. En el evento, que en determinado caso, realizará alguna observación o diera instrucción, la misma deberá registrarse en el Acta de Sesión del TMC.

  Articulo 2º *Se determina la suspensión de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, hasta después de (30) días hábiles administrativos del día del examen para la habilitación de médicos calificadores que la SPVS vaya a convocar.*

5. RECURSO JERÁRQUICO.

Por memorial presentado el 28 de abril de 2009, la Entidad Encargada de Calificar (EEC) AC presentó recurso jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 211 de 27 de marzo de 2009, pronunciada por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, fundamentando su pretensión en los siguientes términos:

"I. ANTECEDENTES

1.1. *En fecha 03 de abril de 2009, la EEC es notificada con la R.A. SPVS/IP Nº 211 de 27 de marzo de 2009, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, disponiendo lo siguiente:*

'... Artículo 1º.- Se confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPS/IP/Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008, modificándose el segundo párrafo del numeral 1.8. de las sanciones para la EEC y para el TMC, de la siguiente manera:

Asimismo, el Gerente General de la EEC es responsable por sus acciones u omisiones y debe asegurar el cumplimiento de lo establecido en la normativa para el proceso de calificación. En el evento, que en determinado caso, realizara alguna observación o diera instrucción, la misma deberá registrarse en el Acta de Sesión del TMC.

Artículo 2º.- Se determina la suspensión de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1052 de 31 diciembre de 2008, hasta después de treinta (30) días hábiles administrativos del día del examen para la habilitación de médicos calificadores que la SPVS vaya a convocar...'

1.2. *La R.A. SPVS Nº 245 de fecha 07 de abril de 2009, dispone la suspensión de los plazos y subsecuentes términos a partir del* ***8 de abril de 2009*** *hasta que las entidades que asuman las competencias de la Superintendencia dispongan el reinicio de su cómputo conforme al ordenamiento jurídico.*

1.3. *La R.A. SPVS Nº 246 de fecha 16 de abril de 2009, dispone dejar sin efecto la R.A. SPVS/Nº 245 de 07 de abril de 2009, estableciendo que debe reiniciarse el cómputo de plazos a partir del* ***17 de abril de 2009*****.**

1.4. *El Decreto Supremo Nº 0071 de fecha 9 de abril de 2009, establece en su disposición Final Tercera lo siguiente:*

'...El presente Decreto Supremo entrará en vigencia a partir del 7 de mayo de 2009 en cumplimiento a lo establecido en el Título X del Decreto Supremo Nº 29894...'

II. FUNDAMENTACIÓN

INTRODUCCIÓN DE ASPECTOS LEGALES EN EL MANUAL ÚNICO DE CALIFICACIÓN (MANECGI) SUSTENTADO EN EL ARTÍCULO 25 DEL D.S. Nº 25293 DE 30 DE ENERO DE 1999

La recurrida R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, incluye en el Anexo I, Título I, capítulo I (Disposiciones Generales), aspectos de carácter legal, amparándose en el artículo 25 del Decreto Supremo Nº 25293 de 30 de enero de 1999, por lo que previo al debate del contenido de dicho Capítulo, corresponde el análisis de la normativa citada.

Artículo 25 Decreto Supremo Nº 25293

'...(Manual Único de Calificación) Las reformas que requiera el Manual Único de Calificación, compuesto por el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez y la Lista de Enfermedades Profesionales, aprobado mediante Decreto Supremo 25175 de 15 de septiembre de 1998, podrán ser determinadas mediante resolución de la Superintendencia, con cargo de aprobación por Decreto Supremo. Las reformas serán efectivas a partir de la emisión de la correspondiente resolución administrativa...'

La citada normativa, faculta a la SPVS realizar las reformas que requiera el Manual Único de Calificación (MANECGI), adicionalmente el regulador procede a incorporar aspectos técnico legales ***que brinden una mayor comprensión sobre dichos aspectos*** *por parte de los Médicos Calificadores, así lo establece el Capítulo I, numeral 1.1. de los objetivos y Antecedentes. 1.1.1. Objetivo:*

'...El presente capítulo tiene por objeto establecer los factores sobre los que se deben pronunciar los médicos calificadores; así como sobre la implicancia de sus actos en el otorgamiento de las prestaciones y en consecuencia sobre la responsabilidad que asumen en su rol de calificadores. En este sentido, ***este capítulo se enmarca dentro de lo establecido en la Ley Nº 1732 de Pensiones y sus demás normas conexas y complementarias****...'*

Por tanto, se entiende que las argumentaciones insertas en el Anexo I, Título I, capítulo I de la R.A. SPVS/ IP Nº 1052/08, deben enmarcarse y apegarse a la Ley Nº 1732 de Pensiones y Decretos Reglamentarios tales como el Decreto Supremo Nº 27324 y Decreto Supremo Nº 27824, no posibilitando que mediante dicho acto administrativo se ***modifiquen o se realicen interpretaciones separadas del texto*** *de la normativa de la Ley Nº 1732, o sus Decretos Reglamentarios.*

Dicha posición fue manifestada por nuestra Entidad en la Audiencia Pública de fecha 13 de enero de 2009 y Audiencia Pública de fecha 27 de febrero de 2009.

Luego de puntualizar el marco en el cual deben regirse las inclusiones establecidas en el Anexo I, Título I, Capítulo I de la R.A. SPVS/IP/ Nº 1052/08, procedemos con el correspondiente análisis de los argumentos vertidos por el regulador sobre las observaciones planteadas por nuestra entidad en el recurso de revocatoria.

PROCEDIMIENTO DE INCORPORACIÓN DE NUEVAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

La R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

'...Si bien este tema no tiene efecto directo sobre los procedimientos de calificación del grado de invalidez se aclara a la Entidad Encargada de calificar que la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 096/99 de 04 de junio de 1999, ***está en plena vigencia, no habiéndose abrogado como mal interpreta la EEC****...'*

De lo anterior es necesario recordar cuales fueron los argumentos de la EEC en el recurso de revocatoria:

'...Conforme al Anexo I (R.A. SPVS/IP Nº 1052/08) en su Cap. I, numeral 1.3.2. – Origen de la invalidez o Fallecimiento establece lo siguiente:

...En los casos de invalidez o fallecimiento causados por enfermedad, los calificadores deberán utilizar la Lista de Enfermedades Profesionales (LEP) para determinar el origen. ***La LEP es una lista abierta,*** *vale decir que pueden ser incorporadas nuevas enfermedades, o se pueden ampliar las actividades y/o agentes nocivos a los que están asociadas las enfermedades existentes en dicha lista.* ***Las Inclusiones de cualquier enfermedad así como la ampliación de las enfermedades existentes a otras actividades, a otros agentes debe realizarse de conformidad a las instrucciones y procedimientos establecidos en los capítulos 1 y 2 de dicho documento...'***

El precepto anterior ***desconoce el procedimiento establecido en la R.A. SPVS-IP Nº 096/99 de fecha 04 de junio de 1999, la cual tiene el debido sustento técnico, y procedimental para la i ncorporación de enfermedades profesionales, o la ampliación de los alcances, actividades y agentes nocivos de la LEP,*** *por lo que dicho procedimiento debería ser incorporado al Anexo I de la R. A. SPVS/IP Nº 1052/08.*

De todo lo anterior es necesario aclarar que la EEC, no manifestó que la R.A. SPVS/IP Nº 096/99 estuviere abrogada –tal como mal interpreta el regulador-, sino por el contrario, solicitó que dicha normativa ***sea incluida*** *en el Capítulo sujeto al presente análisis. Por otra parte consideramos insustancial el determinar lo siguiente: '...****Las inclusiones de cualquier enfermedad así como la ampliación de las enfermedades existentes a otras actividades, a otros agentes debe realizarse de conformidad a las instrucciones y procedimientos establecidos en los capítulos 1 y 2 de dicho documento...',*** *pues como se citó líneas arriba, dicha inclusión debe pasar previamente por el procedimiento establecido en la R.A. SPVS-IP Nº 096/99, por lo que el procedimiento de inclusión de enfermedades a la LEP debe estar inserto para el conocimiento y correcta aplicación por parte de los médicos calificadores que utilizarán el Manual Único de calificación (MANECGI) siendo que esta norma se encuentra en plena vigencia como confirma el regulador, asimismo cabe recordar que los capítulos 1 y 2 de la LEP, son el instrumento que los médicos deben utilizar para solicitar la inclusión de una enfermedad profesional (tal como lo establece*

el artículo 1º de la R.. SPVS/IP/ Nº 096/99), finalmente el párrafo transcrito precedentemente incluido en el Anexo I, capítulo I de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, debe ser reformulado o suprimido, puesto que de la simple lectura del mismo se concluye de manera incorrecta que la inclusión de enfermedades profesionales podría ejecutarse de manera discrecional, apartándose de la Lista de Enfermedades Profesionales, y sin cursar con el proceso de evaluación de dicha patología, antes de ser considerada la misma como enfermedad profesional.

Por otro lado el denominativo de: 'Lista abierta' sumado a la afirmación que indica que las inclusiones deben realizarse de conformidad a las instrucciones y procedimientos establecidos en los capítulos 1 y 2 de dicho documento (entiéndase disposiciones generales y relación de causalidad de la LEP), confunden al lector sobre el estricto cumplimiento que debe darse a la Lista de Enfermedades Profesionales (LEP), y que de presentarse posibles nuevas enfermedades de origen profesional (bajo el criterio de relación de causalidad), previamente debe ser validada dicha afirmación mediante el procedimiento establecido en la R.A. SPVS/IP Nº 096/99; razonamiento en contrario y tal como lo manifestamos anteriormente, dejaría en la plena discrecionalidad al médico calificador al incluir en casos concretos (al momento de determinar el origen del siniestro) enfermedades como de origen profesional, sin estar insertas en la LEP o que sin estarlo no se hubiese solicitado la correspondiente inclusión de dicha patología, con la emisión de la Resolución Administrativa correspondiente, por tanto vulnerando así el artículo 1º de la R.A. SPVS/IP Nº 096/99; artículo 25 del Decreto Supremo Nº 25293, Decreto Supremo Nº 25174 y artículo 9 del Decreto Supremo Nº 27824.

Por último de todo el presente análisis el posibilitar que un médico calificador establezca en casos concretos enfermedades como de origen profesional sin que estas estén insertas en la LEP, o que se haya validado dicha enfermedad mediante el procedimiento establecido en la R.A. SPVS/IP Nº 096/99, atenta contra el principio de imparcialidad reconocido en la Ley Nº 2341, siendo que las normas del SSO deben ser aplicadas sin discriminación alguna a todos los administrados, en este caso los Afiliados solicitantes de prestaciones de invalidez y muerte.

PREVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO SUPREMO Nº 27324 DE 22 DE ENERO DE 2004

La R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

"...La observación efectuada por la EEC acerca de la determinación del origen del siniestro en base a la prevalencia en la variable 'A' del valor mayor entre la suma combinada de los valores de deterioros, de origen común, ajustados y la suma combinada de los valores de deterioros, de origen profesional/Laboral, ajustados en el Dictamen. Argumenta que si se procede así, derivaría en perjuicio para los Afiliados, sin embargo, corresponde esclarecer que aplicar el concepto de la suma combinada en vez de la suma simple, cuando hay más de un deterioro del mismo origen, se debe a que cada valor del deterioro calificado (% de discapacidad) esta ponderado sobre el 100%, de tal manera que si se aplicara la suma simple cuando existen varios deterioros podría alcanzarse a un total mayor al 100%, ***resultado ilógico y fuera de la normativa...***"

De lo anterior y en el entendido de que las inclusiones establecidas en el Capítulo I del Anexo 1 aprobado mediante la R.A. 1052/08, tiene el objeto de ***replicar lo establecido en la normativa****, sin modificar la misma, corresponde nuevamente transcribir el precepto normativo invocado:*
Decreto Supremo Nº 27324

Artículo 3º

'...Cuando un afiliado presenta más de una patología cuyos orígenes pueden ser diferentes, el médico calificador deberá establecer el origen de la incapacidad en función al ***origen prevaleciente*** *del conjunto de patologías calificadas en el acápite correspondiente a 'Deterioro' establecido en el MANECGI (variable independiente "A").* ***Si la suma de las patologías de origen común*** *calificadas en la Variable "A" del dictamen, tiene la* ***misma proporción*** *dentro de esta variable que las patologías de origen profesional, se tomará como origen resultante de la incapacidad, el origen profesional...'*

Por lo anterior, es necesario resaltar que el Decreto Supremo Nº 27324, no incluye conceptos tales como SUMA COMBINADA, y queda claro que la R.A. SPVS/IP Nº 211/09 en su anexo I, Capítulo I, incluye este nuevo elemento (separados de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324), por tanto modificando el sentido de dicho precepto, puesto que la normativa claramente establece que ante la eventualidad de presentarse más de una patología cuyos orígenes pueden ser diferentes, el médico calificador deberá establecer el origen de la incapacidad en función al ORIGEN PREVALECIENTE del conjunto de patologías calificadas en el acápite correspondiente a 'Deterioro' establecido en el MANECGI, asimismo, dicho precepto normativo claramente indica que: "... ***si la suma de las patologías*** *de origen común calificadas en la variable 'A' del dictamen, tienen la misma proporción dentro de esta variable que las patologías de origen profesionales, se tomará como origen resultante de la incapacidad, el origen profesional..." siendo que la normativa no menciona el mecanismo de SUMA COMBINADA que claramente fue insertado por la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, alejándose del sentido original que se estableció en el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324.*

Finalmente, con relación al argumento de un resultado superior al 100% de incapacidad, y que esto sería ilógico y fuera de la normativa, corresponde recordar nuevamente, que el segundo párrafo del artículo 3 del Decreto Supremo Nº 27324, establece como parámetro para el establecimiento del origen del siniestro la PREVALENCIA Y PROPORCION por la SUMA DE LOS DETERIOROS, y en nada se indica considerar el 100%, tal como INTERPRETA el regulador, en la R.A. SPVS/IP/ Nº 1052/08, por tanto salvándose el fundamento técnico que se pudiere argumentar para realizar interpretaciones a la normativa tal como el presente caso es necesario aclarar que por Principio de Jerarquía Normativa (reconocido en el artículo 4 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo), ***las Resoluciones Administrativas no pueden modificar el texto de un Decreto Supremo,*** *siendo que existen observaciones por el regulador, el mismo se encuentra facultado por ley a proponer modificaciones a la normativa vigente pero que necesariamente deben ser realizadas por una norma de igual o superior jerarquía, en este caso mediante Decreto Supremo.*

Por lo anterior, el texto debe ser replanteado acorde a la normativa citada precedentemente.

DETERMINACIÓN DE LA FECHA DE INVALIDEZ CONFORME EL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO SUPREMO Nº 27824 DE 03 DE NOVIEMBRE DE 2004

La R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

'...Indica que es contrario al artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004, que el anexo de la R.A. 1052 establece, cuando una fecha de invalidez se determine como un período, que el mismo pueda no tener el dato de la fecha de finalización del mismo, lo que incluso, se arguye, pueda perjudicar al Afiliado para efectos de cobertura, lo que fue también mencionado por Futuro de Bolivia S.A. AFP y Seguros Próvida S.A. en la audiencia llevada a cabo para el efecto.

En ese sentido, se aclara a las entidades reguladas que el ejemplo, indicado en el Anexo de la R.A. 1052, delimita el semestre, conforme indica:'...establecer como fecha de invalidez, el período: Semestre que se inicia el 03 de marzo de 2004...' ***se sobreentiende que el final de dicho período es el 03 de septiembre de 2004****...'.*

De la aclaración planteada por el regulador, es necesario recordar que la finalidad del Capítulo 1, Anexo I, de la R.A. SPVS/IP/Nº 1052/08, fue la de plasmar lo establecido en la normativa, sin posibilidad de la modificación de los preceptos normativos insertos en los Decretos Supremos correspondiente, al imperio del Principio de Jerarquía Normativa mencionado precedente.

En el marco de lo anterior, el artículo 24 del decreto Supremo Nº 27824, claramente establece sobre el tema lo siguiente:

'...b) Un período que deberá estar determinado como semestre, año, bienio o trienio contar ***explícitamente con el inicio y el final de dicho período****...'*

Por lo que inequívocamente, el precepto normativo instruye que la determinación de fecha de invalidez cuando esta pertenezca a un semestre, año, bienio o trienio NECESARIAY EXPLÍCITAMENTE (no dando lugar a sobre entendimientos) debe consignar de manera expresa el inicio y el FINAL de dicho período.

Por lo anterior el texto debe replanteado acorde a la normativa citada precedentemente.

Así también la R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente: '...Asimismo, la EEC contrario a lo establecido en el Decreto Supremo mencionado, que la fecha de invalidez se fije como la del último deterioro diagnosticado, descartando la que pudiera establecer el EGS y que, en ausencia de la misma, la que el TMC, con la facultad que cuenta, pudiera establecer en base a la documentación del EGS o a la que pueda requerirse para la calificación.

Al respecto, corresponde señalar que en los casos que el EGS establezca que la atención curativa ya no procede, será esa la fecha de invalidez; sin embargo, en ausencia de esta información se debe recordar a los regulados que la calificación del grado de pérdida de capacidad laboral implica una valoración integral por lo que en la cuantía que se establezca como tal, están todos los deterioros calificados con su respectiva cuota parte. Al respecto el D.S. 27824 indica que la Fecha de Invalidez será determinada con relación a la fecha en que se presenta la incapacidad en el grado que determine el Dictamen. En ese contexto, el porcentaje de invalidez obtenido finalmente contempla las patologías sujetas a calificación habiéndose ***obtenido tal grado en la fecha en que se hubiera consolidado la última patología****...'*

Nuevamente, se debe recordar que el texto inserto en el capítulo I, Anexo I, de la R.A. SPVS/IP/ Nº 1052/08, no puede apartarse ni modificar el sentido del precepto normativo de donde se desprende, que en este caso es el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, siguiendo ese razonamiento, el determinar que la fecha de invalidez salvándose lo indicado por el EGS, en base a la fecha en que se HUBIERA CONSOLIDADO LA ULTIMA PATOLOGÍA, agrega una variable conceptual que se aparta del sentido que sustenta el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, pues la misma indica lo siguiente:

'...En ausencia de lo señalado en el párrafo precedente, la Fecha de Invalidez será determinada con relación a la fecha en que se presenta la incapacidad en el grado que determine el dictamen por el TMC, ***sobre la base de los antecedentes técnico-médicos remitidos por los Entes Gestores de***

Salud así como de los exámenes adicionales o revisión médica que pudieran requerir los médicos calificadores...'

De la simple lectura de lo anterior, la normativa no instruye el considerar la fecha de consolidación de la ULTIMA PATOLOGÍA tal como sugiere el regulador, sino en base a los antecedentes técnico-médicos remitidos por los Entes Gestores de Salud así como de los exámenes adicionales o revisión médica que pudieran requerir los médicos calificadores.

Por lo anterior el texto debe ser replanteado acorde a la normativa citada precedentemente.

Finalmente la R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

'...También, se objeta lo indicado en el Anexo de la R.A. 1052 en casos que como fecha de Invalidez se ha establecido un período en el que está involucrada la 'fecha crítica'. Al respecto corresponde hacer notar a la EEC, que la propia norma al decir: '...Si el TMC desestimara la opinión del especialista o este no pudiera emitir un pronunciamiento al respecto. El TMC emitirá el Dictamen en el período originalmente calificado...', no se refiere a que al pedir la opinión de un especialista, para determinar si la invalidez es anterior o posterior a la llamada 'fecha crítica', ***exista la posibilidad de que cambien la fecha de invalidez. Dicha solicitud busca, contar con un informe complementario de mayor estabilidad sobre el cual se determinará que entidad será responsable del pago.*** *Incluso, como establece el Decreto Supremo Nº 27824, si se desestimara tal pronunciamiento o no fuese posible emitirlo, se aplicará la prorrata, para determinar las obligaciones financieras, entre la fecha inicial del período, la 'fecha crítica' y la fecha final del período que hubiera sido determinado por la EEC...'*

Del precepto anterior, debemos acotar que mediante carta SPVS/IP/DPSSO/793/2006 en fecha 02 de marzo de 2006, el regulador, establece lo siguiente:

'...Con relación al punto I de su nota, respecto a que la consulta a los asesores médicos no podría operar hasta antes de la ejecutoria del Formulario de Fecha de Invalidez, el artículo decimotercero de la Resolución Administrativa SPVS Nº 331/2005 de fecha 27 de abril de 2005, establece que los médicos especialistas que participen en la revisión de un caso en calidad de asesores podrán participar en la sesión previa de discusión del caso, pero no en la sesión de calificación; por lo que el citado Decreto indica de forma clara que la consulta a los médicos asesores se realiza ***antes de la sesión de calificación del caso, y por lo tanto, antes de la emisión del Formulario de Fecha de Invalidez'***

Con relación al punto II de su nota, respecto a la forma de comunicación del pronunciamiento dirimitorio, el citado artículo de la Resolución Administrativa SPVS Nº 331/2005 de fecha 27 de abril de 2005, establece que los médicos especialistas que participen en la revisión de un caso en calidad de asesores, deberán emitir un informe a la EEC, cuyo original se archivará en el expediente de calificación del Afiliado; por lo que esta situación se encuentra debidamente normada. Se entiende que los médicos calificadores, ***en el Acta correspondiente indicarán si aceptan la opinión del especialista o si la desestiman y por qué...'***

Del análisis anterior y si bien compartimos con el planteamiento del regulador, consideramos necesario complementar el texto del Capítulo I, Anexo I, de la R.A. 1052/08, para una correcta aplicación por parte de los médicos calificadores, para lo cual se debería reformular el texto contando con los siguientes puntos"
a) Qué se entiende por Fecha Crítica
b) En qué momento se debe solicitar la opinión del especialista, y qué información se deberá solicitar
c) Qué consecuencia tendrá la aceptación de la opinión del especialista

d) Qué consecuencia tendrá el rechazo de la opinión del especialista
e) Qué consecuencia tendrá la imposibilidad de emisión de un pronunciamiento dirimitorio

Finalmente, consideramos necesario que las determinaciones tomadas por el TMC sean estas aceptando, rechazando o manifestando la imposibilidad de pronunciamiento dirimitorio, sean insertas en la fundamentación del Formulario de fecha de invalidez, ***sin que esto implique la modificación de la fecha de invalidez*** *establecida por el TMC, puesto que de esta manera se brindaría publicidad y transparencia a las partes interesadas en cuanto a las obligaciones que genera.*

FACULTAD DE SOLICITUD DE INFORMACIÓN PARA LA CALIFICACIÓN

La R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

'...En este acápite, la EEC nuevamente basa su objeción en el Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004, cuyo artículo 4 establece las facultades del TMC entre las que esta la de pedir información/documentación complementaria para la calificación, facultad que la R.A. 1052 tornaría en obligación. Asimismo, en la audiencia dispuesta para la exposición de los argumentos relacionados a este Recurso de Revocatoria, la ECC remarcó que su TMC esta capacitado como para establecer en qué casos es necesario pedir complementación y/o actualización de la documentación médica recibida para calificación".

El anexo de la R.A. 1052, conforme a norma determina que 'cada Dictamen emitido por el TMC debe encontrarse respaldado, ***siendo esa su obligación y para cuyo cumplimiento se le ha dado la facultad, al momento de revisión del expediente respectivo, de pedir complementación y/o actualización de la documentación correspondiente,*** *en caso que el TMC no contara con toda la documentación necesaria para realizar la adecuada calificación de un expediente, tiene la obligación de solicitar la documentación que sea necesaria y para este efecto cuenta con las facultades suficientes como establece el D.S. 27824..'*

Sobre el análisis de lo anterior nuevamente es necesario resaltar que la determinación inserta en el Capítulo I, Anexo I, de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, es enunciativa de la normativa vigente, pero en ningún momento puede modificar o cambiar el sentido de la normativa en la que se basa, es en este sentido que es importante recapitular lo establecido en la norma sobre el tema.

Decreto Supremo Nº 27824

Artículo 4º

'...(FACULTADES DE LA EEC) La EEC tendrá las siguientes facultades:

a) Solicitar a los Entes Gestores de Salud, la información técnico médica existente que respalde el diagnóstico, que no hubiere sido presentada inicialmente a la AFP.
b) Solicitar al Ente Gestor de Salud la totalidad de la información técnico médica que respalde el diagnóstico para la calificación del caso.
c) Solicitar exámenes e informes complementarios, al Ente Gestor de Salud sean médicos o de otro tipo.
e) Contratar a Entes Gestores de Salud o Centros Médicos autorizados, en el marco del 'Manual de Contratación de Mediaos Calificadores, Entes Gestores de Salud y Centros Médicos'. Los costos derivados de estos servicios serán cubiertos con cargo a los seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral.

f) Contratar profesionales médicos especialistas estén o no habilitados en el Registro de Calificadores, quienes cumplirán una función únicamente de asesoría y no de calificación. Los honorarios de estos asesores, serán cubiertos con cargo a los seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral...'

Artículo 10

'...(Atribuciones). El TMC a través de la EEC tendrá las siguientes atribuciones

a) Solicitar a los Entes Gestores de Salud, la información técnico médica que respalde el diagnóstico, la misma que debe ser cubierta en sus costos por el Ente Gestor de Salud
b) Solicitar exámenes e informes adicionales, sean médicos, de trabajo social, de evaluación de puesto, de trabajo o de otro tipo relacionado a la calificación, cuyos costos serán cubiertos con Recursos de los Seguros de Riesgo Común o Riesgo Profesional/Laboral.
c) Solicitar la contratación de profesionales médicos especialistas, estén o no habilitados en el Registro de Calificadores, quienes cumplirán una función únicamente de asesoría y no de calificación. Los honorarios de estos asesores, serán cubiertos con cargo a los seguros de Riesgo Común y Riesgo Profesional/Laboral...'.

*Del análisis de los preceptos normativos precedentes, se concluye que las solicitudes de información para la calificación tanto en complementación; compra de servicios, y asesoría, son emitidas por el TMC y **canalizadas** por la EEC (siendo el primero un cuerpo colegiado con independencia en la toma de decisiones con respecto a la calificación).*

Por otro lado, es necesario analizar los parámetros establecidos en el Manual Único de Calificación (MANECGI):

Capitulo 2

2.2. DEFINICIÓN DE SIGLAS Y TÉRMINOS UTILIZADOS

'... 2. Elementos de Diagnóstico: son las herramientas que le permiten al médico la identificación de la enfermedad, afección o lesión que sufre un paciente de su localización y su naturaleza siguiendo un razonamiento analógico. Lo anterior a través del análisis de los diversos síntomas y signos presentes en el enfermo y, de los exámenes de laboratorio e imagenología.

4. Diagnóstico: Proceso médico mediante el cual se determina el padecimiento, deterioro o enfermedad que presenta un afiliado. Presume un análisis concienzudo de las causas que condujeron a la atención del afiliado en los Entes Gestores de Salud, el tratamiento dado o por prescribir y el pronóstico de la patología que presenta el afiliado.

7. Evaluación para la calificación: es el conjunto de procedimientos médico-laborales que a partir del diagnóstico médico, permiten realizar la calificación del grado de invalidez, mediante el uso del MANECGI. Es el tipo de tarea que realizan las EEC.

...3.1. De los criterios para la evaluación y calificación de la invalidez.- Para la evaluación integral de la pérdida de la capacidad laboral y calificación de la invalidez deberá considerarse imprescindiblemente los componentes biológicos (anatomo - funcionales), psíquicos y sociales de ser humano, entendidos como consecuencias del accidente o la enfermedad...'.

Por el análisis anterior y dentro del proceso de calificación el experticio de la evaluación de los antecedentes médicos previos a la calificación recaen en los médicos calificadores, quienes en base a los conocimientos técnico profesionales, la documentación técnico-médica cursante en el expediente y los parámetros establecidos en el Manual Único de Calificación (MANECGI), procede a determinar el grado, origen, causa, fecha del siniestro, o por el contrario y ante la falta de información procede a solicitar complementaciones y aclaraciones de la información remitida, y/o solicitada la ejecución de nuevos exámenes y/o actualización de los ya obtenidos en fechas pasadas, y/o la opinión de profesionales especialistas sobre el caso, posibilitando así la emisión del dictamen correspondiente conforme a la normativa vigente.

Por lo que, el regular confunde las FACULTADES COMO CANALIZADOR de las solicitudes de información, establecidas en el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 27824, que tiene la EEC; y las ATRIBUCIONES COMO EJECUTOR establecidas en el artículo 9 del citado Decreto Supremo, que nacen de la revisión de la información técnico-médica, y que en base a los conocimientos técnico profesionales y los parámetros establecidos en el Manual Único de Calificación, que SON INHERENTES A LOS MEDICOS CALIFICADORES, y que concluyen en la emisión del dictamen de calificación o la solicitud de información para posibilitar el primero.

Por lo anterior el texto debe ser replanteado acorde a la normativa citada precedentemente.

SANCIONES PARA LA EEC Y EL TMC

La R.A. SPVS/IP Nº 211/09, determina con relación al presente punto lo siguiente:

'...El regulado indica que no se puede hablar de sanciones a los médicos calificadores si los mismos no tienen claro el marco normativo en que se deben desenvolver y por ende la magnitud de las sanciones que tendrán en caso de evidenciarse un mal proceder'.

*Al respecto, corresponde recordar al regulado como operador del SSO, que toda persona natural o jurídica que haya cometido una infracción administrativa en el área de pensiones, esta sujeto a Proceso Administrativo Sancionatorio, en el marco legal previsto en el Capítulo VIII Sanciones y Recursos, Parte I del Régimen de Sanciones y **Parte II. del Reglamento de Recursos** del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento de la Ley de Pensiones, el cual señala las atribuciones y procedimientos que deben seguir la SPVS como entidad pública competente, en cuanto al procesamiento de infracciones y la imposición de sanciones; observando la sana crítica y la valoración razonada de la prueba, la evaluación de los fundamentos de hecho y de derecho, precisando la infracción cometida, la sanción que se aplica, el plazo y las modalidades de su ejecución.*

*En cuanto a la magnitud de las sanciones, los artículos 286, 287 y 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, **establecen con meridiana claridad los criterios de calificación de la infracción, las modalidades y formas de aplicación de las sanciones, según el tipo de infracción, y las multas pecuniarias según calificación de la gravedad de la infracción,** donde la SPVS no puede separarse ni establecer sólo para una entidad un proceso diferente en estricta sujeción a los procedimientos administrativos preestablecidos...*

...En esa línea legal de entendimiento, y en atención estricta al Principio de Tipicidad, se establece que el Derecho Administrativo Sancionatorio tiene la misma connotación que presenta el Derecho Penal, donde resulta ser más riguroso y en especial autónomo en la tipificación de conductas antijurídicas, sin embargo, en el Derecho Administrativo Sancionador por el contrario, por regla general los tipos administrativos, no

*son autónomos, **sino que se remiten a otras disposiciones donde esta consignada una orden o una prohibición.** Por tanto, la tipificación de infracciones en las que incurran los operadores del SSO, entre ellos la EEC, **los médicos calificadores** y otros; y las sanciones a las que se encuentran sujetos, se halla supeditado al cumplimiento de una acción u omisión prevista expresamente en la normativa de pensiones, donde se encuentra la normativa a la cual se ven obligados a su cumplimiento..'.*

Es importante previo al análisis de fondo del presente punto, aclarar al regulador que el procedimiento recursivo no se encuentra regulado por la Parte II del Cap. VIII del Decreto Supremo Nº 24469, pues este procedimiento se encuentra claramente normado en la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo y Decretos Reglamentarios, por otra parte en consideración a la parte I del Capítulo VIII del Decreto Supremo Nº 24469, es evidente que se establecen los parámetros de sanciones para el SSO, pero no debe confundir con el hecho de que dicho procedimiento también está sujeto a lo establecido en la Ley Nº 2341 en su capítulo VI, y lo establecido en los Decretos Reglamentarios del mismo, donde se encuentra claramente establecido el principio de Legalidad y Principio de Tipicidad que transcribimos a continuación:

'...Artículo 72 (Principio de Legalidad).- Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables...'

'..Artículo 73 (Principio de Tipicidad)

I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias

II. Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias

III. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, no podrán implicar en ningún caso ni directa ni indirectamente la privación de libertad...'

Decreto Supremo Nº 27175

'...Artículo 62.- (Legalidad)

I. El procedimiento sancionador debe respetar y observar el ordenamiento jurídico nacional, preservando la legalidad en todos sus actos.

II. La potestad sancionadora deberá ser ejercida en un contexto de seguridad jurídica de respeto al debido proceso y de sujeción estricta a los principios establecidos por la Ley 2341 de 23 de abril de 2002 y normas aplicables....'

'... Artículo 64 (Sanciones)

I. En función del sujeto sancionado, se reconoce en el SIREFI dos tipos de sanciones:

a) Sanciones Personales, son aquellas aplicables a personas naturales o individuales por infracciones por acción u omisión. Si la infracción corresponde a un órgano colegiado, con el mismo grado de responsabilidad y participación, estas personas responderán solidariamente.

b) Sanciones Institucionales, son aquellas aplicadas a personas jurídicas o colectivas por infracciones por acción u omisión.

II. Las sanciones por infracciones por acción u omisión, se aplicarán de acuerdo a las disposiciones legales de cada sector..'.

Siguiendo el análisis correspondiente es necesario recordar lo establecido en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 35/2007 de 04 de abril de 2007, que claramente dispone lo siguiente:

'...III.3. Principio de Tipicidad

En este punto, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera RJ 32/2005 de 19 de agosto expresó que 'La Ley de Procedimiento Administrativo, en su artículo 73 consagra el principio de tipicidad de las sanciones administrativas por el cual sólo podrán imponerse aquellas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. Bajo ese criterio, el principio de tipicidad se realiza a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto (Praeceptum Legis) y la sanción (Sanctio Legis). El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto. La tipicidad desarrolla el principio fundamental 'nullun crime, nulla poena sine lege', criterio aplicable plenamente al ámbito administrativo sancionador, que busca que las personas a quienes las normas van dirigidas, conozcan hasta donde va la protección jurídica de sus actos. La descripción que efectúe el legislador, de ser el caso la legislación reglamentaria, debe ser de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables. Por consiguiente, se debe evitar la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria'. 'Así, en coherencia con lo anterior, y siguiendo la remisión que hace el propio artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo respecto a la tipicidad que podrá estar contenida en disposiciones reglamentarias...'.

En el mismo sentido, la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 07/2006 de 25 de mayo explicó que: 'En general, el principio de tipicidad impone la exigencia material de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que afecta a la tipificación de las infracciones, a la gradación y escala de las sanciones y a la correlación de unas y otras, de tal modo que el conjunto de las normas aplicables permita predecir son suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta. De acuerdo a este contexto, en materia administrativa, el principio de tipicidad es plenamente válido, sin embargo, ciertas leyes de nuestro ordenamiento jurídico mantienen ciertas conductas deontológicas, consideradas incumplimientos, a las que se tienen que conectar efectos sancionatorios. Estas conductas no pueden considerar conceptos jurídicos indeterminados, puesto que se activan en casos concretos y, para ser efectivos, deben ser objeto de un análisis pormenorizado y cabal de los hechos acontecidos con relación a las normas regulatorias conculcadas, así como deben sujetarse a una calificación objetiva, desde una óptica del Derecho Administrativo y de la actividad regulatoria en materia financiera. El pretender que todas las infracciones, conducta o posibles incumplimientos dentro de los sectores del sistema de regulación financiera boliviano se encuentren descritos como en materia penal, daría lugar a sendas normas punitivas y aún así existirían conductas que puedan vulnerar los objetivos del SIREFI'. 'Asimismo, corresponde aclarar que el principio de tipicidad no tiene en el derecho administrativo sancionatorio la misma connotación que se presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia, se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las administrativas. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es autónoma. En el derecho administrativo sancionador, por el contrario, por regla general los

tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden de prohibición. Así lo ha entendido también la jurisprudencia comparada cuando explicó que: 'No obstante, no se desconoce el principio de tipicidad cuando el legislador incorpora al sistema jurídico preceptos que no señalan expresamente al sujeto activo de la falta o de la infracción, si de la configuración de la norma se infiere con claridad quien es el destinatario de la misma, dado que en la estructuración del precepto se admite la referencia a sujetos activos de manera tácita, genérica o indeterminada'.

Asimismo la Autoridad Jerárquica sobre el proceso administrativo sancionatorio analiza en su Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 61/2008 de 26 de septiembre de 2008 lo siguiente:

'...4.1. Qué es el Procedimiento Sancionatorio

Siguiendo a Roberto Dormí, de manera genérica, 'el procedimiento Administrativo es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración' y dentro de este nace la vertiente penalizadora o sancionadora. 'Se distinguen las sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración; estas, los Tribunales Penales.

Esta dualidad de sistemas represivos, de raigambre constitucional, encuentra su razón de ser y contenido en el artículo 16.IV que reza: 'Nadie puede ser condenado a pena (o sanción por acciones u omisiones administrativas'.

Por ello, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Procedimiento Sancionatorio, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Razonamiento lógico jurídico que con especial lucidez fe resumido en la Sentencia Constitucional Nº 276/2000 de 12 de octubre de 2002 por el Tribunal Constitucional Español al decir: '...el derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 de la Constitución extiende la regla nullum crimen, nulla poena sine lege al ámbito del ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía. La primera, de alcance material y absoluto se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y la eventual sanción; por la otra, de alcance formal, hace referencia al rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones toda vez que este Tribunal ha señalado reiteradamente que el término 'legislación vigente' contenido de dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionatoria.

La regla es absoluta, por cuanto 'refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual', por ello porque 'cuando se ejercita la potestad sancionadora se trata el más exquisito cuidado en la observancia que la forma impone. Porque la potestad sancionadora de la Administración es sumamente grave y temible, cuyo ejercicio, como el de la potestad punitiva general del estado, debe verse rodeado de las máximas cautelas y garantías.

La tipicidad, es pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa; esto explica porque no le es posible a la Administración Pública aplicar sanciones sin cobertura legal precisa ni pretender ampararse, para ello, en una cláusula inespecífica. La normativa que regula el sector, prevé esta situación en la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, de 23 de abril de 2002, en sus artículos 72 y 73 y en el Decreto Supremo Nº 27175, de 15 de septiembre de 2002, Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera 'SIREFI', en los artículos 62, 63 y 64..."

Por el análisis previo se concluye que si bien el procedimiento administrativo sancionatorio no tiene la rigurosidad como la tiene el Derecho Penal, no debe olvidarse que se debe brindar al administrado la certidumbre de las implicancias que cierta conducta (errores u omisiones) acarrearía, tales como el inicio de un procedimiento sancionatorio, que podría concluir en amonestaciones, multas pecuniarias, suspensiones, o revocatorias de licencia, estas en base a una calificación de dicha infracción (leve, mediana o grave, por ejemplo.)

Por lo anterior los preceptos enunciados deben considerar lo establecido en el Decreto Supremo Nº 24469, que sobre el tema establece lo siguiente:

'...Artículo 287 (Aplicación de las Sanciones).- Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, serán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión, de acuerdo a lo siguiente:

a) Amonestación, aplicable a la primera vez si la infracción es calificada con gravedad levísima.
b) Multas o sanciones pecuniarias, establecidas en un monto por la Superintendencia, para conductas relativas de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media.
c) Suspensión definitiva o temporal hasta un mínimo de dos años a personas naturales o jurídicas comprendidas en el inciso i) del artículo 49 de la Ley de Pensiones y ***personas naturales o jurídicas sujetas a fiscalización de la Superintendecia*** *que hubiesen recibido de ella su licencia de funcionamiento, para aquellas infracciones, actos u omisiones calificadas con gravedad media.*
d) Revocatoria de licencia, de aquellas ***personas o entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia o que hubiesen recibido de ella su licencia de funcionamiento*** *por infracciones, acciones u omisiones que hayan sido calificadas con gravedad máxima...'*

Finalmente, es necesario complementar los preceptos enunciados con lo establecido en la R.A. SPVS/IP Nº 055/99 de fecha 07 de abril de 1999, que sobre el caso establece lo siguiente:

'...Artículo 4 (Inhabilitación y cancelación del registro de calificadores).- ...Asimismo, la Superintendencia podrá inhabilitar y cancelar, en forma definitiva, el registro de los calificadores que comenten fraude y que sean sancionados por errores y lesiones a terceros, de conformidad con las normas pertinentes..'

Por tanto de todo lo analizado, el Regulador entre los objetivos que sustentan la inclusión de aspectos legales descritos en el Anexo I de la R.A. SPVS/IP/Nº 1052/08 '...establece los factores sobre los que se deben pronunciar los médicos calificadores, así como ***sobre la implicancia de sus actos en el ordenamiento de las prestaciones y en consecuencia sobre la responsabilidad que asumen en su rol de calificadores****...' por tanto dicha IMPLICANCIA Y RESPONSABILIDAD se materializa (de darse el caso) en proceso administrativo sancionatorio, descrito en la normativa vigente pero DISPERSO en diferentes normas jurídicas que regulan el SSO, por lo que la EEC ratifica la necesidad de incluir y explicar los preceptos normativos que correspondan al proceso sancionatorio que se pudiera iniciar por errores u omisiones presentadas en el proceso de calificación, asimismo se debería describir la gradación de las infracciones, y los montos de las mismas, logrando de esta manera reflexionar e informando al médico calificador sobre las consecuencias que se presentarían en una mala –praxis- de la actividad de calificación dentro del SSO.*

Lo anterior, cumple con los principios de Tipicidad (ampliamente analizado) y principio de Seguridad Jurídica analizado en el fallo jerárquico SG SIREFI RJ 11/2006 de fecha 13 de marzo de 2006, que transcribimos a continuación:

"...III.4. Derecho a la Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica apunta a la estabilidad de la persona dentro del ordenamiento, de forma tal que la certeza en las relaciones de derecho público o privado, prevalezcan sobre cualquier expectativa, indefinición o indeterminación. Dentro de las relaciones de derecho, el debido proceso, tanto judicial como administrativo, es un mecanismo por medio del cual se garantiza la seguridad jurídica. En efecto, un proceso o procedimiento justo conduce necesariamente a no permitir situaciones difusas y, sobretodo, la indefinición jurídica. Lo contrario, es decir, la indeterminación, quebranta todo concepto de justicia, pues no seria posible conocer o concretar la situación o el sujeto jurídico que se pretende proteger, Someter a una persona a un evento basado en la contingencia y en la incertidumbre significa que este individuo carecería de un fundamento suficiente para gozar y exigir el respeto a sus derechos...'

Por tanto se requiere, se reformule el texto del numeral 1.8. (De las sanciones para la EEC y para el TMC) incluyendo una descripción inequívoca al médico calificador sobre los preceptos jurídicos e implicancias que estos establecen dentro de la actividad de la calificación relacionada con errores u omisiones presentadas en dichos procesos.

CONCLUSIONES

Sobre el análisis expuesto en el presente recurso concluimos con los siguientes puntos:

- *El regulador con la intención de informar sobre la normativa legal referida a la calificación, ha incluido un nuevo capítulo (Capítulo I), dentro de las modificaciones del Manual Único de Calificación, en el anexo I de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, pero dicha inclusión* ***no puede apartarse ni modificar el sentido de los preceptos normativos jerárquicamente superiores al de una Resolución Administrativa, como son los Decretos Supremos****, o los que propiamente se han establecido como plenamente vigentes (tal como la R.A. SPVS/IP Nº 096/99; y R.A. SPVS/IP Nº 055/99), por lo que el texto de dicho Capítulo debe ajustarse al del precedente normativo que lo sustenta (esto bajo el imperio del Principio de Jerarquía Normativa), o que no ha sido derogado expresamente por el contrario se reconoce su plena vigencia (esto bajo el principio de legalidad y presunción de legitimidad).*

- *Siguiendo el precepto anterior, no se puede definir a la LEP, como una lista abierta, ni menos dejar a la entera discrecionalidad del médico calificador (bajo la premisa de la simple aplicación de los Capítulos 1 y 2 de la LEP), el incluir en ciertos casos enfermedades no consignadas como enfermedades profesionales en la citada norma, sin cursar con los procedimientos establecidos para el efecto (entiéndase la R.A. SPVS/IP Nº 096/99 y artículo 25 del D.S. Nº 25293).*

- *Asimismo es importante resaltar que obedeciendo al Principio de Tipicidad es necesario brindar a los regulados un panorama claro y preciso sobre la normativa a la cual deberá ajustar sus acciones, y las consecuencias que tendría el violentarlas. Más aún cuando la normativa sobre el tema es dispersa en el marco jurídico vigente.*

- *Finalmente, y complementario a lo precedente, es necesario se inserte y describa de manera clara las implicancias y responsabilidades de la actividad de calificación, la cual debería incluir los preceptos normativos que la sustenta, y las consecuencias de las mismas, tanto para la EEC como para el médico calificador, obedeciendo así los principios de la administración pública, tales como la Publicidad, Tipicidad y Seguridad Jurídica.*

PETITORIO

Dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 53 del Decreto Supremo Nº 27175, solicito a su autoridad admita el presente recurso jerárquico, y conforme al análisis de los fundamentos de hecho y de derecho manifestados por nuestra entidad, así como la documentación cursante en el expediente del proceso recursivo elevado a su Autoridad, procédase a REVOCAR PARCIALMENTE LA R.A. SPVS/IP Nº 211/09 DE 27 DE MARZO DE 2009 QUE CONFIRMA PARCIALMENTE LA R.A. SPVS/IP Nº 1052/08 DE 31 DE DICIEMBRE DE 2008, conforme a los argumentos expuestos en el presente recurso jerárquico"

6. Formulación de Criterios Seguros Próvida S.A.

Mediante memorial presentado el 19 de agosto de 2009, Fernando Antonio Arce Grandchant, en su calidad del Presidente del Directorio de Seguros Próvida S.A., conforme a las facultades contenidas en la Escritura Pública de Poder Nº 0435/2009 de 31 de agosto de 2007 otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase Nº 101 a cargo de la Dra. Mariana I. Avendaño Farfán, se apersona y expone los siguientes alegatos:

"*1. Conforme lo expuesto por los recurrentes a las diferentes observaciones planteadas, el Ente Regulador incurre en error, con el fin de informar sobre la normativa legal referida a la calificación, al incluir un nuevo capitulo (capítulo I), dentro de las modificaciones del Manual Único de Calificación, en el Anexo I de la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, la misma no debería modificar el sentido de los preceptos normativos jerárquicamente superiores al de una Resolución Administrativa, como son los Decretos Supremos, o los que propiamente se han establecido como plenamente vigentes (Tal como la R.A. SPVS/IP Nº 096/99; y R.A. SPVS/IP Nº 055/99), por lo que la redacción del mencionado Capítulo debe necesariamente ajustarse al del precedente normativo que lo sustenta, en aplicación del Principio de Jerarquía Normativa, o que no ha sido derogado expresamente por el contrario se reconoce su plena vigencia, en respeto de lo determinado por el principio de legalidad y presunción de legitimidad.*

2. Por lo que consecuentemente, no se puede definir a la LEP, como una 'lista abierta', ni menos dejar a la entera discrecionalidad de médico calificador (bajo la premisa de la simple aplicación de los Capítulos 1 y 2 de la LEP), el incluir en ciertos casos enfermedades no consignadas como enfermedades profesionales en la citada norma, sin cursar con los procedimientos establecidos para el efecto (entiéndase la R.A. SPVS/IP Nº 096/99 y artículo 25 del D.S. Nº 25293). Lo que se conllevaría a una inseguridad jurídica en incertidumbre técnica.

3. Por otra parte, es de especial importancia resaltar que en aplicación del Principio de Tipicidad, se debe brindar a los regulados un panorama claro, preciso e inequívoco, sobre la normativa bajo lo cual deben ajustar sus acciones, y advertir las consecuencias que tendría el violentarlas, aún cuando la normativa sobre este tema es dispersa y confusa".

7. Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos

Cumpliendo lo dispuesto por el artículo 58 del Decreto Supremo 27175 y atendiendo el memorial presentado por el recurrente el 28 de agosto de 2009, el 8 de septiembre del año en curso se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, presentada por Juan Andrés Urdininea en representación legal de la Entidad Encargada de Calificar (EEC) A.C., destacándose los siguientes argumentos de hecho y de derecho que respaldan el Recurso Jerárquico presentado contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 211 de 27 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros:

- "*Existe un elemento fundamental plasmado tanto en el Recurso de Revocatoria como en el Recurso Jerárquico y es que si se revisa la Resolución Administrativa Nº 1052 que pone en vigencia la modificación*

del MANECGI, el único argumento o fundamento jurídico en que se basó la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros para modificar este instrumento es el artículo 25 del Decreto Supremo Nº 25293 del 30 de enero de 1999.

- *Bajo este argumento jurídico se realizó la modificación al Manual Único de Calificación del Grado de Invalidez, pero a diferencia de la anterior versión, y entendamos que este Manual es un instrumento, una herramienta técnico-médica que permite a los calificadores determinar justamente el grado de invalidez y nada más, la Superintendencia insertó modificaciones e interpretaciones con el fundamento (con el que coincidimos plenamente) de que los médicos calificadores tenían que conocer los alcances de su trabajo en cuanto a las repercusiones jurídicas que podrían acarrear las calificaciones.*
- ***Al punto dos**.- Los capítulos 1 y 2 de la lista de enfermedades profesionales establecen un procedimiento mucho más simple, peligrosamente simple, para la incorporación de nuevas enfermedades profesionales.*
- *Ya en nuestro Recurso de Revocatoria recordamos a la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que había una Resolución Administrativa de 1999, la 59/99, que establecía un procedimiento más complejo resultado de mucho análisis y evaluación que permitió establecer un mecanismo, un procedimiento, medianamente aceptable para la incorporación de una enfermedad nueva a la lista de Enfermedades Profesionales.*
- *Respondiendo el Recurso de Revocatoria la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros indica que la Resolución está vigente; sin embargo no entendemos por qué establece un resumen de ese procedimiento, o un procedimiento paralelo, si en la Resolución 59/99 está contenido el procedimiento.*
- ***Al punto 3.-** La Resolución 1052 y la 211 incorpora un término que distorsiona la norma, usa un término que se refiere a una herramienta, un mecanismo, una formula que utiliza el MANECGI para lo que es la determinación del grado de invalidez y es el término SUMACOMBINADA, frase distinta a la que establece la norma que habla solamente de la SUMA.*
- *El Decreto Supremo Nº 27824 no habla de suma combinada, incorporar al término suma la palabra combinada, tiene otras significaciones, inclusive diferentes resultados matemáticos. Más allá de ser simplemente una palabra la Resolución impugnada modifica una norma de jerarquía superior que se encuentra vigente.*
- ***Al punto 4.-** Referido a la determinación de la fecha invalidez. Nuevamente se incorpora temas legales en un ordenamiento estrictamente técnico-médico. El artículo 24 del Decreto Supremo 27824 claramente dispone que hay que poner la fecha en la que se inicia el periodo y la fecha en que termina el período. Sin embargo a través de la Resolución 1052 y la 211 la Ex SPVS señala que cuando se establezca un periodo sólo debe ponerse la fecha de inició.*
- *Reiteramos, la norma jerárquica superior, que es un Decreto Supremo, establece "**explícitamente**" que se debe poner el inicio del período y fin del período. No entendemos por qué si está estrictamente señalado en la norma, cual es el sentido de dejar abierto el final, cual es el inconveniente para no respetar lo determinado por la norma y dejar abierto el final, qué sentido, qué propósito existe.*
- *Por otra parte si la fecha final no está establecida, deja a criterio de quien interpreta la fecha final pudiendo unos contar de distinta forma el semestre, el bienio o el trienio, por ello es mejor establecer claramente el período, como dice sabiamente la norma, poniendo el principio y el fin. Si hay que modificar por algún motivo, y dejar como ha pretendido que sea la Superintendencia simplemente el inicio y se sobreentiende el final, que lo establezca un Decreto Supremo y no una Resolución Administrativa.*
- ***Al punto 5.-** tiene que ver con la facultad del Tribunal de solicitar información técnico-médica para la calificación. Señalamos y transcribimos en nuestros recursos cuales son las facultades de la EEC establecidas en el artículo 4 del Decreto Supremo 27824 y cuales son las facultades y atribuciones del Tribunal Médico de Calificación a través del artículo 10 del Decreto Supremo 27824 y lo que no entendemos es cómo una facultad puede convertirse en una obligación. Creo que hay una diferencia sustancial entre el concepto de facultad y obligación. Entendemos que la responsabilidad de la calificación y las determinaciones que asume el Tribunal deben estar debidamente sustentadas en la documentación*

técnico-médica que se logra reunir a través de la documentación que pueda presentar el interesado, de la información que puedan proporcionar los Entes Gestores de Salud, las compras de servicios, los informes de especialistas, etc., sin embargo no existe relación lógica entre una y otra y la SPVS mediante la Resolución 1052 ha querido justamente convertir una facultad en una obligación.

- *El Tribunal es responsable por sus determinaciones, podrá o no podrá requerir mayor información o documentación en base al criterio de sus miembros, que pueden o no ser compartidos por otros médicos calificadores, por el propio afiliado que ha iniciado su trámite e inclusive por el regulador, pero lo cierto es que lo hacen sobre el mejor criterio técnico-médico del cuerpo colegiado. Que habrá otros criterios distintos, perfecto, pero eso no puede hacer que se descalifique el criterio de ese Tribunal. Que unos tengan un criterio y otros tengan otro no quiere decir que unos tienen la verdad y otros no, son criterios distintos y en el campo de la medicina que no es una ciencia exacta, a diferencia de otras ciencias, los miembros que componen los Tribunales Médicos son médicos y saben que la ciencia médica no es exacta y por tanto no es posible que se pretenda convertir una facultad en una obligación.*
- ***El punto séptimo.-** tiene que ver con las sanciones para la EEC y el TMC. Casi desde la creación de la Entidad Encargada de Calificar (tomando en cuenta que si bien ya estaba establecida en la Ley de Pensiones y en su Reglamento, es la más nueva dentro del Sistema de Pensiones) pedimos, sugerimos, solicitamos y eventualmente exigimos que la SPVS establezca un Reglamento de Sanciones específico para la Entidad Encargada de Calificar y los Miembros del Tribunal Médico Calificador.*
- *La Superintendencia General del SIREFI a través de varias Resoluciones Jerárquicas estableció con claridad que el trabajo del médico calificador es un trabajo pericial que implica mucho conocimiento técnico-medico específico, por lo que no podría la parte administrativa de una entidad ser responsable por las decisiones o los errores de un médico calificador, de la Unidad Médica o de un Tribunal Médico Calificado, como tampoco podría la parte médica ser responsable de aspectos administrativos que nada tienen que ver con su trabajo de perito calificador.*
- *La EEC es una entidad sin fines de lucro y los médicos calificadores no son parte, no son funcionarios de la misma, sino profesionales contratados bajo la modalidad de compra de servicios y tienen una actividad muy particular que tendría que ser claramente reglamentada en cuanto a las sanciones o repercusiones de su trabajo, en muchas normas se hace referencia a que los médicos calificadores serán sujetos a la sanción que corresponda dejando un escenario amplio e incierto de cuáles pueden ser las consecuencias de un error, de una negligencia, de una mala praxis o de lo que se le vaya a denominar, por eso reiteramos una vez más, que se establezca con toda claridad cuáles son las sanciones a las que podrían estar sujetos por su trabajo*".

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes, documentos que cursan en el expediente y de la exposición oral presentada por el recurrente, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Jerárquica.

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

1. Análisis de la controversia

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde establecer si la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros emitió el acto hoy impugnado con total apego a la Ley y a las

disposiciones reglamentarias y conexas del sector. En esta perspectiva, corresponde pronunciarse previamente sobre los argumentos específicos esgrimidos por el regulado a propósito de las actuaciones emitidas por la Ex SPVS:

1.1. **La EEC argumenta:** ***"el regulador ha incluido un nuevo capítulo (capítulo I) que modifica el Manual Único de Calificación, pero dicha inclusión desconoce el procedimiento establecido en la R.A. SPVS-IP Nº 096/99 de 04 de junio de 1999,... por lo que dicho procedimiento debería ser incorporado al anexo 1 de la R.A. SPVS/ IP Nº 1052/08."***

Conforme lo expresó la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en la Resolución SPVS/IP Nº 211 que resolvió el Recurso de Revocatoria, la R.A. SPVS-IP Nº 096/99 está plenamente vigente por cuanto no ha sido abrogada.

En efecto, el Título I: Disposiciones Generales, capítulo 1 del Manual Único de Calificación (en adelante MANECGI) encara un procedimiento que de ninguna manera puede ser aplicado independientemente del procedimiento establecido por la Resolución Administrativa 096/99, toda vez que las disposiciones contenidas en el MANECGI establecen el procedimiento general y la R.A. 096/99 determina de manera detallada los pasos que deben seguirse para la incorporación de una nueva enfermedad no incluida en la lista de enfermedades profesionales.

El hecho de que la mencionada Resolución Administrativa no se encuentre incluida en el Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez, no crea un caos jurídico ni significa que los médicos calificadores no la conozcan o no la apliquen y menos que exista la posibilidad de que –como lo expresa el recurrente- *"la inclusión de enfermedades profesionales se ejecute de manera discrecional"* dado que tanto la R.A. 096/99 como las disposiciones generales del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez determinan los criterios objetivos y técnicos que deben seguirse para determinar la causalidad de la enfermedad profesional y su posterior inclusión, excluyendo todo evento de que su actuación atente contra el principio de imparcialidad o se aplique de manera discriminatoria.

Lo expuesto tiende a demostrar que la inclusión o no de la R.A. 096/99 no modifica el objeto y alcance del MANECGI, por lo que su solicitud simplemente serviría para que los médicos calificadores tengan la comodidad de manejar un solo compendio de normas y no 2 ó más; sin embargo debemos recordar que aunque las normas estén dispersas se aplica el principio de unidad normativa; vale decir que las normas se aplican unas con otras y no de manera aislada.

1.2. **La EEC también argumenta:** ***"el Decreto Supremo Nº 27324, no incluye conceptos tales como SUMA COMBINADA... que claramente fue insertado por la R.A. SPVS/IP Nº 1052/08, alejándose del sentido original del segundo parágrafo del artículo 3..., que determina como parámetro para el establecimiento del origen del siniestro la PREVALENCIA Y PROPORCION por la SUMA DE LOS DETERIOROS... por Principio de Jerarquía normativa... las Resoluciones Administrativas no pueden modificar el texto de un Decreto Supremo... por lo que el texto debe ser replanteado acorde a la normativa citada precedentemente".***

Compulsando el contenido del artículo 3 del Decreto Supremo 27324 se evidencia que si bien el concepto de suma combinada no se encuentra definido como tal, no es menos cierto que su aplicación data, como lo prueba el Formulario de Dictamen, desde mucho antes de la vigencia del nuevo Manual Único de Calificación.

De ahí que la incorporación del término "suma combinada" en el Anexo a la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 no vulnera el principio de jerarquía normativa, por la sencilla razón de que este término -universalmente utilizado- siempre ha sido aplicado para la determinación de la pérdida de capacidad laboral, por lo que de ninguna manera podría considerarse que ha existido una modificación a la normativa vigente, más al contrario, resulta un elemento que coadyuva a la determinación del grado de invalidez de un Afiliado.

Respecto a que la entidad recurrida hubiera interpretado de manera incorrecta de que no puede haber un resultado superior al 100% de capacidad, debe aclararse lo siguiente:

El grado de deficiencia a que se refiere el Manual de Normas de Evaluación y Calificación de Grado de Invalidez en la página 16 y que se relaciona con los sistemas orgánicos, se expresa en porcentajes de pérdida funcional. Para facilitar el ejercicio de la calificación se han establecido 14 capítulos (variables independientes) que contienen una serie de tablas de valores por órganos o sistemas, de las cuales se pueden sustraer los valores correspondientes a este componente. Sin embargo, en aquellos casos en que se encuentren afectados dos o más órganos o sistemas, los valores parciales de las respectivas deficiencias deben ser combinadas según la siguiente fórmula:

X + (Y*(100-X))/100

Donde X y Y corresponden a las diferentes deficiencias. Siendo X la de mayor valor y Y la de menor valor y así sucesivamente en caso de encontrarse más de un deterioro. De esta forma se combinan los valores correspondientes X y Y.

Si se calificara el grado de invalidez por suma simple y no combinada cual corresponde, se contarían con casos que sobrepasarían el 100%, situación que no puede darse en ninguna calificación.

Concluyendo y del análisis efectuado, se determina que en contrario sensu a los argumentos planteados por el recurrente, la normativa regulatoria emitida por Ex SPVS no es contraria a la norma de mayor jerarquía, sino por el contrario ha sido emitida acorde a los preceptos normativos y procedimiento universalmente aceptados.

1.3. **La EEC arguye que: "*el anexo de la R.A. 1052 es contrario al artículo 24 del D.S. 27824 de 3 de noviembre de 2004 que establece '... En estos casos, el TMC, deberá determinar...b) Un periodo que deberá estar determinado como semestre, año, bienio o trienio y contar explícitamente con el inicio y el FINAL de dicho periodo...'. Sin embargo la R.A. 1052 agrega a lo establecido por el mencionado decreto que 'Si de acuerdo a la documentación médica, la fecha de invalidez correspondiera a un período diferente a los citados en el inciso b), se deberá consignar el rango de período inmediatamente superior"***

De la simple lectura del punto 1.4.1. del Manual de Normas de Evaluación y Calificación del Grado de Invalidez (página 8) se constata que el mismo está acorde con lo establecido por el Decreto Supremo Nº 27824 de 03 de noviembre de 2004, incorporando una situación contingente, (que no modifica la esencia del D.S. 27824) como es el caso de que una fecha de invalidez pudiera iniciarse y finalizar en un período menor a un semestre, año, bienio o trienio, caso en que necesariamente el TMC deberá establecer como fecha de invalidez el periodo inmediatamente superior.

Por otra parte y con respecto a que esta modalidad incorporada no consigna de manera expresa el final de dicho período, no es evidente, porque al conocer con certeza la fecha de inicio (día, mes, año) del período, también se conoce de manera cierta la fecha de finalización, la que ciertamente no se sobreentiende sino que esta determinada –como se dijo- **por el período**.

1.4. **La EEC refiere que, "*La normativa no instruye considerar como fecha de consolidación de la invalidez la ULTIMA PATOLOGÍA o deterioro diagnosticado, sino en base a los antecedentes técnico-médicos remitidos por los Entes Gestores de Salud así como de los exámenes adicionales o revisión médica que pudieran requerir los médicos calificadores"**

El artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824, es claro al establecer que la fecha de invalidez será:

a) La que el ente gestor establece que **la curativa ya no procede**. Fecha que los miembros del Tribunal Médico Calificador deben consignar en el "Formulario de Invalidez o Fallecimiento".
b) En ausencia de ello, la fecha será determinada **con relación al momento en que se presentó la incapacidad**... sobre la base de los antecedentes... remitidos por los EGS así como por los exámenes adicionales..."

Cuando existe más de una patología, la invalidez se consolida en el momento en que se presenta la **incapacidad como consecuencia del último deterioro diagnosticado,** siempre sobre la base de los antecedentes remitidos por los EGS así como de los exámenes o revisión médica que, en su caso, pudieran requerir los médicos calificadores para plasmarlo en el Dictamen de Invalidez.

De lo expuesto se concluye que la consolidación de la fecha de la última patología se encuentra recogida de manera implícita en el artículo 24 del Decreto Supremo Nº 27824 por lo que el hecho de agregar la frase "*hubiera consolidado la última patología"*, no adiciona una variable conceptual –como lo entiende el recurrente- ni se aparta del sentido que sustenta la normativa que le sirve de fundamento, sino sigue con el lineamiento que da la propia normativa.

1.5. **El recurrente arguye asimismo que:** ***"para una correcta aplicación de la R.A. 1052/08, se debería reformular el texto de la ' fecha crítica' contando con los siguientes puntos: a) Qué se entiende por fecha crítica; b) En que momento se debe solicitar la opinión del especialista y qué información se deberá solicitar; c) Que consecuencia tendrá la aceptación de la opinión del especialista; d) qué consecuencia tendrá el rechazo de la opinión del especialista; y, e) qué consecuencia tendrá la imposibilidad de emisión de un pronunciamiento dirimitorio"***

En primer término, corresponde precisar que el Recurso Jerárquico planteado tiene por finalidad que en instancia jerárquica, verifique la conformidad o disconformidad de los actos recurridos con el sistema normativo, y no así la absolución de consultas o inclusión de sugerencias o complementaciones de la normativa, cual se lee del Recurso Jerárquico presentado por la EEC, en el punto en análisis. Es así que corresponderá a la AP en virtud a las facultades que le han sido conferidas por normativa, determine su correspondencia y considere la pertinencia de emisión de regulación complementaria.

Sin perjuicio de ello, respecto al inciso a) de la solicitud del regulado, el parágrafo tercero del artículo 24 del Decreto Supremo 27824 de 03 de noviembre de 2004, establece la "fecha crítica" señalando el concepto mismo, al determinar que "*Cuando se establezca un período como fecha de invalidez y este período comprenda una fecha, denominada 'fecha crítica', para la determinación de obligaciones de una o más entidades aseguradoras, el TMC adicionalmente deberá solicitar una segunda opinión de profesional especialista en la patología sujeta a calificación, que indique si la Fecha de Invalidez es anterior o posterior a la mencionada 'fecha crítica', cuyos montos serán cubiertos por la EEC".* Puede verse entonces que la solicitud del recurrente en cuanto a qué se entiende por fecha crítica esta ampliamente desarrollado en el artículo transcrito.

Respecto a los incisos b) y c), el artículo 24 del D.S. 27824 determina que "*...cuando un período comprenda una fecha crítica...el TMC deberá solicitar una segunda opinión... que indique si la fecha de invalidez es anterior o posterior...* a dicha fecha". La norma es expresa en cuanto al momento en que el TMC deba solicitar la segunda opinión (antes de emitir el dictamen de calificación) y cual la información requerida. La opinión del médico especialista, como la propia norma citada precedentemente lo indica, tiene por objeto establecer si la fecha de invalidez es anterior o posterior a la fecha crítica con el único propósito de determinar cual será la Entidad que asuma la obligación financiera. En este sentido y al ser la norma por demás clara, la solicitud del recurrente no requiere de mayor análisis ni fundamentación.

Sobre el inciso d), al mencionar la precitada norma que el TMC tiene la facultad de aceptar o desestimar la opinión del profesional especialista también establece las consecuencias al decir textualmente: "*En caso de que el TMC desestime la opinión del profesional(es) especial(es) o si éste no pudiera emitir un pronunciamiento dirimitorio, las obligaciones financieras serán determinadas a prorrata entre la fecha inicial del período, la fecha crítica y la fecha final del período".*

1.6. **La EEC alega que:** ***"las facultades insertas en el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 27824, entre las que se encuentra la facultad del TMC de pedir información/documentación complementaria para la calificación, la Resolución Administrativa 1052 la torna en obligación cambiando el sentido de la normativa en la que se basa"***

Efectivamente y como lo menciona el recurrente el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 27824, enuncia una serie de facultades que el TMC de la EEC esta obligado a realizar, entre las que se encuentran las relacionadas a la documentación técnico médico que sirve de respaldo para la emisión del dictamen de calificación de invalidez de un Afiliado.

El recurrente alega, de manera equivoca, que dichas facultades son optativas del TMC y que de ninguna manera podría considerarse su obligatoriedad, sin embargo cabe mencionar que para que el Tribunal Médico Calificador pueda emitir un dictamen de invalidez de manera responsable, está obligado en el marco de lo establecido por el artículo 4 incisos a), b) y c) del Decreto Supremo Nº 27824 a solicitar mediante la EEC a los EGS, absolutamente toda la información y documentación que sirva de antecedente para el diagnóstico, y más aún, si de la revisión y evaluación del expediente se llegara a extrañar la falta de alguna documentación.

Esta obligación de mantener los expedientes completos, con toda la información técnico médica que respalde el dictamen emitido, responde a la necesidad de garantizar la transparencia e imparcialidad de las decisiones adoptadas por el TMC de la EEC, en la emisión de los dictámenes de calificación de invalidez, y en su caso sirven de descargo para el propio TMC de la EEC ante el Afiliado, ante el ente regulador y ante una posible impugnación.

Hechas estas consideraciones esta instancia no considera que el texto deba ser modificado por encontrarse acorde con lo establecido en el Decreto Supremo Nº 27824.

1.7. **La EEC ratifica la** ***"necesidad de tipificar las acciones u omisiones de los médicos calificadores a objeto de que tengan claro el marco normativo en que se deben desenvolver, y por ende la magnitud de las sanciones que tendrían en caso de evidenciarse infracciones"***

El Anexo I, Capítulo I de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1052/08, numeral 1.8 que establece el régimen (DE LAS SANCIONES PARA LA EEC Y PARA EL TMC) determina:

> "*Los médicos calificadores del TMC son responsables solidariamente por LOS FORMULARIOS DE FECHA DE INVALIDEZ O FALLECIMIENTO, así como por los DICTAMENES EMITIDOS, salvo que se pueda establecer lo contrario a través de las Actas de sesión del TMC"*
>
> > *"Asimismo, el Gerente General de la EEC es responsable por sus acciones y omisiones. Debe asegurar el cumplimiento de lo establecido en la normativa para el proceso de calificación por lo que en el evento de que en determinado caso, realizara alguna observación o diera instrucción, la misma deberá registrarse en el Acta de la Sesión del TMC".*

Lo transcrito anteriormente no deja duda en cuanto al alcance de las conductas que deben observar los Médicos Calificadores y la EEC.

Finalmente, conforme lo expuesto en la Resolución Jerárquica 015/2007 de 6 de febrero de 2007 sobre el principio de tipicidad se tiene que "*...desde una óptica del Derecho Administrativo...el pretender que todas las infracciones, conductas o posible incumplimiento dentro de los sectores del sistema de regulación...se encuentren descritos como en materia penal, daría lugar a sendas normas punitivas y aún así, existirían conductas que puedan vulnerar los objetivos del SIREFI".*

Asimismo, no debe olvidarse que de conformidad al parágrafo V del Artículo 1 de la Ley Nº 3076 de 20 de junio de 2005, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros tiene competencia privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionada con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, entre las que se encuentra el TMC de la EEC.

Por lo expuesto y existiendo el marco legal que establece la conducta que deben atender tanto los miembros del TMC como la EEC, esta instancia administrativa no puede sino desestimar la solicitud efectuada por el recurrente al presente punto.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 211 de 27 de marzo de 2009, que en recurso de revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1052 de 31 de diciembre de 2008.

Regístrese, notifíquese y archívese

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 084 DE 19 DE FEBRERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 008/2009 DE 22 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

REVOCA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 008/2009

La Paz, 22 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 084 de 19 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 27/2009 de fecha 16 de octubre de 2009 de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 13 de marzo de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** legalmente representada por su Gerente General señor Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/2001, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 084 de 19 de febrero de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008.

Que, mediante nota CITE: SPVS-Nº 337/2009 de 17 de marzo de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió en fecha 18 de marzo de 2009, a la ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 084 de 19 de febrero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 23 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 6 de mayo de 2009, la ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los

procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del Procedimiento.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 28 de julio de 2009, notificado el 31 de julio de 2009, se radicó el Procedimiento Administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, mediante Auto de fecha 7 de julio de 2009, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba las excusas presentadas por el Ing. Mario Guillén Suárez y la Abogada Ericka Balderrama Pérez, disponiendo la separación de ambos funcionarios para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 084 de 19 de febrero de 2009.

Que, mediante el mismo Auto de fecha 7 de julio de 2009, se designa al Lic. Roberto Ugarte Q,, Viceministro de Política Tributaria y a la Dra. Patricia Mirabal Fanola, Jefe de Unidad del Sistema de Reparto, para que asuman las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S. y a la Dra. Ericka Balderrama Pérez, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

Que, radicado el Procedimiento Administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante Decreto de fecha 29 de julio de 2009, se notificó el 31 del mismo mes con las actuaciones para su participación en el procedimiento a **BBVA PREVISIÓN S.A. AFP; LA VITALICIA SEGUROS Y REASEGUROS DE VIDA S.A.;** y**, SEGUROS PROVIDA S.A.**, como terceros interesados.

Que, el 13 de agosto de 2009, se recibió nuevamente la Exposición Oral de Fundamentos de Futuro de Bolivia S.A. AFP.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP Nº 1027 DE 26 DE DICIEMBRE DE 2008.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008, notificada el 31 de diciembre de 2008, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO ÚNICO.-** Pronunciarse con referencia a la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la Circular SPVS/IP/DPC/112/2008 de 21 de noviembre de 2008, conforme lo prevé el Articulo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.*
> *La Circular SPVS/IP/DPC/112/2008 de 21 de noviembre de 2008, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa".*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 23 de enero de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1027/08, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

"***I. ANTECEDENTES***

1. Mediante Circular SPVS/IP/DPC/112/2008 de fecha 21 de noviembre de 2008, notificada en fecha 26 de noviembre de 2008 a la AFP, la Intendencia de Pensiones determina el procedimiento para la 'Verificación de otorgamiento de prestaciones a Cónyuge o Conviviente'.

2. Que la AFP con notas FUT.SUP.BEN 2818/2008 de 3 de diciembre de 2008 y nota FUT.SUP.BEN 2898/2008 de 11 de diciembre de 2008, expresa su desacuerdo a la Circular Nº 112, solicitando sea elevada a rango de Resolución Administrativa.

3. En fecha 26 de diciembre de 2008, mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027, que fuese notificada a la AFP Futuro de Bolivia en fecha 31 de diciembre de 2008, es elevada a rango de resolución la Circular SPVS/IP/DCP/112/2008.

4. Al amparo y en uso de las facultades otorgadas en los incisos a), b) del artículo 16 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002, artículos 36, 37 y 47 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 y dentro del plazo establecido en el artículo 48 del mismo Decreto Supremo se interpone Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1027, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

1. *El procedimiento establecido en la Resolución objeto del recurso, no es claro y específico no contando con los parámetros necesarios para su cumplimiento por parte de la AFP. Por ejemplo no existen criterios de cruce de información los campos que deberán ser involucrados en el procesamiento del mismo, como nombre de la viuda, apellido de casada o soltera, fecha de nacimiento, cédula de identidad, etc. El párrafo segundo de la Circular SPVS/IP/DPC/112/2008, limita su explicación indicando que 'A partir de la fecha y cada seis (6) meses (Diciembre y Junio), deben realizar cruces de información con la Corte Nacional Electoral o Corte Departamental Electoral, que permita comprobar el estado civil actual del (la) cónyuge o conviviente declarado (a) en el trámite de prestación, así como el control de vivencia', siendo evidente la inexistencia de criterios que especifiquen el procedimiento, la estructura de la información, que deberá ser evaluada, para mayor claridad como ejemplo indicamos: a) el cruce será realizado en base a nombres y apellidos, b) se considerarán adicionalmente el número de cédula de identidad del derechohabiente, si el derechohabiente presentara RUN se considerará en vez de la cédula de identidad, son parámetros que no se encuentran definidos, menos establecidos por la Circular Nº 112.*

2. *Los párrafos posteriores de la Circular refieren plazos y el envío adicional de parte de los entes regulados de la información de acuerdo al detalle que indica la citada Circular, dejando de este modo, incompleta la Circular ya que no se establece de forma clara, cual el procedimiento y plazos a seguir y cumplir por las instituciones involucradas en el proceso, de igual forma no determina cuál será el procedimiento a seguir por los regulados una vez que se cuente con un cruce de información realizada. Establece plazos sin tener un referente claro por parte de los regulados del proceso definido, que sea concreto y de ejecución realizable.*

3. *La falta de parámetros claros, genera, un ámbito de inseguridad operativa, dejando abierta la posibilidad de la realización de procesos incompletos que serán fácilmente sujetos a un proceso sancionatorio cuando el criterio de la SPVS así lo entienda, ya que no se cuenta con un ambiente normativo claro, consistente, suficiente y seguro para la ejecución y cumplimiento del proceso instruido mediante la Cir-*

cular Nº 112 que fuese elevada a rango de Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1027. La Seguridad Jurídica concierne a decir de Osorio en su Diccionario Jurídico: '...la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones...', la Circular Nº 112, ahora resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027, no ofrece a los regulados un procedimiento y elementos idóneos que permitan realizar un procesamiento libre de dudas y posibles infracciones, ya sea en cuanto a plazos y/o criterios de aplicación, en este sentido existe Inseguridad Jurídica que de manera implícita afectaría el principio y garantía del debido proceso en una eventual sanción impuesta por la SPVS.

4. *La facultad regulatoria de la SPVS, plasmada en el artículo 49 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 en sus incisos a), b) e inclusive el inciso i) es indiscutible, sin embargo buscando el significado de los términos 'regular' y 'regulador' citamos el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas que nos indica: 'regular'... quiere decir establecer regla, norma o pauta', el término 'regulador' implica: 'Órgano o centro encargado de regular, en forma continua y suficiente una actividad, un suministro, una producción, una fuerza', el texto anterior es citado en la R.J. 02/2004 de 29 de enero de 2004 por el SIREFI, en ese sentido como explica posteriormente la citada Resolución 'La potestad legal de regulación conferida a la SPVS entonces implicará la emisión de norma o reglas para el correcto manejo y desempeño del SSO en el marco de la Ley de Pensiones y sus disposiciones reglamentarias, sin contravenir sus disposiciones', se comprende que toda expresión regulatoria de parte del Ente Regulador, en este caso la SPVS, deberá contar con la suficiencia y claridad necesarias para establecer procesos, obligaciones y derechos del regulado de modo que sus actuaciones no se presten a interpretaciones erróneas o fuera de norma.*

De tal forma, la resolución objeto del recurso requiere ser complementada o en su caso rectificada de modo que subsane los vicios de procedimiento, al amparo del romano I del artículo 36 y 37 del Decreto Supremo Nº 27175 de 23 de abril de 2002, una vez que se comprende que el artículo 49 de la Ley 1732 no fue cumplido en su cabalidad por la SPVS al activar su facultad regulatoria de manera parcial y limitada en la SPVS/IP/DPC/112/2008 elevada a rango de Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1027, hecho que denotará en lo posterior el estado de indefensión al que se someterá a los regulados.

III. PETITORIO

Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho, y de derecho expuestos precedentemente, solicitamos que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, que al amparo del artículo 16º de la Ley Nº 2341, y artículo 48º del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 de Procedimiento Administrativo, revoque la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 1027/2008 de conformidad a lo dispuesto por el artículo 46º y siguientes del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, en vista de que la misma afecta nuestros derechos como ente regulado, razones que fueron expuestas de manera extensa en el Romano II, y no se adecua a la realidad de acuerdo a los argumentos realizados".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP Nº 084 DE 19 DE FEBRERO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 084 de 19 de febrero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008, que consigna en Resolución Administrativa la Circular SPVS/IP/DPC/112/2008 de 21 de noviembre de 2008, basándose en los siguientes fundamentos:

"***CONSIDERANDO***

Que, en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP, corresponde realizar las siguientes precisiones:

Al Numeral 1

La observación de Futuro de Bolivia S.A. AFP en cuanto a este punto se resume en el siguiente argumento: '...el procedimiento establecido... no es claro y específico... no existen criterios de cruce de información los campos que deberán ser involucrados....'. Al respecto, corresponde recordar a la AFP que la SPVS ha dispuesto en el último párrafo de la C. 112/2008, audiencia con el fin de absolver consultas sobre el contenido de la norma emitida, así como las estructuras y formas de los archivos a enviarse por los operadores del SSO a la Intendencia de Pensiones; a la cual solo asistieron La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A. y BBVA Previsión AFP S.A., concertándose además la realización de gestiones con la Dirección Nacional de Registro Civil para acordar los campos de datos que iban a ser consultados, plazos y formas de respuesta.

En ese sentido, resulta incongruente e inconsistente la aseveración vertida por la AFP, al concretarse la respuesta de la Dirección Nacional de Registro Civil, la cual fue transmitida por correo electrónico a La Vitalicia de Seguros y Reaseguros de Vida S.A., Seguros Provida S.A. y BBVA Previsión AFP S.A. en fecha 15 de diciembre de 2008; y a la entidad recurrente el 9 de enero de 2009.

Al Numeral 2

En cuanto a este numeral, Futuro de Bolivia S.A. AFP refiere lo siguiente: '...refieren plazos y el envío adicional... de la información de acuerdo al detalle..., dejando de este modo incompleta la Circular ya que no se establece de forma clara, cual el procedimiento y plazos a seguir y cumplir por la instituciones involucradas en el proceso, de igual forma no determina cual será el procedimiento a seguir por los regulados una vez que se cuente con un cruce de información realizado. Establece (sic) plazos sin tener un referente claro por parte de los regulados del proceso definido, que sea concreto y de ejecución realizable...'. De lo expresado, se debe recordar al regulado que la C. 112/2008 instruye con meridiana claridad el procedimiento para la operativa de la normativa, para lo cual establece cuatro acciones a ser cumplidas por los operadores del SSO en sus respectivos plazos, las cuales, para una mejor ilustración, se describen de la siguiente manera:

- *Remitir informe sobre controles efectuados para este control, en efecto, se señala en la Circular en cuestión lo siguiente: '...éstas Entidades deberán presentar a la Intendencia de Pensiones informe en un plazo de **diez (10) días** hábiles administrativos sobre qué controles están realizando a los trámites en curso de pago de los Derechohabientes de Primer Grado, cónyuge o conviviente, respecto a la posible existencia de nuevo matrimonio o relación de convivencia, así como sobrevivencia...'*

- *Iniciar de cruces de información: '...A partir de la fecha y cada seis (6) meses (Diciembre a Junio), deben realizar cruces de información con la Corte Nacional Electoral o Corte Departamental Electoral, que permita comprobar el estado civil actual del (la) cónyuge o conviviente declarado(a) en el trámite de prestación, así como el control de vivencia.*

*La verificación detallada en el párrafo precedente, **debe iniciarse en el plazo de quince (15) días hábiles administrativos** de recibida la presente Circular".*

- *Enviar reporte del resultado de dicha verificación: '... es obligación de la AFP y de la EA remitir a la SPVS el resultado de dicha verificación, cada **15 o día hábil siguiente del mes de enero** y cada 15 o día hábil siguiente del mes de julio...'.*

- *Remitir información de los casos involucrados: '...Adicionalmente, **en el plazo de veinte (20) días hábiles administrativos** de recibida la presente Circular, debe remitir la siguiente información...'*

Con respecto a la interrogante de la AFP, de cuál sería el procedimiento a seguir por los regulados una vez que se cuente con un cruce de información realizada, corresponde precisara la AFP que la C. 112/2008 instruye reportar a la SPVS estos datos, para que el regulador realice las verificaciones necesarias contrastando con la información de casos reportada previamente; pero principalmente el regulado debe actuar tal como indica la Circular SPVS-IP 054/2001 de 22 de mayo de 2001 que instruye lo siguiente:

> *'En aplicación de lo previsto por el artículo 5 de la Ley de Pensiones 'Derechohabientes: Primer Grado', el derecho a la pensión por muerte a favor del cónyuge o conviviente supérstite queda extinguido automáticamente si contrae nuevo matrimonio o sostiene relación de convivencia.*

Al efecto, las AFP's observarán lo siguiente:

a) Teniendo plena constancia del hecho cortarán automáticamente la pensión, comunicando el extremo a la persona interesada.

***...** En la comunicación, se le otorgará un plazo de hasta sesenta (60) días para que presente la documentación que permita probar lo contrario, y así poder restituir la pensión a partir de la fecha de la suspensión; de no presentar descargos, la suspensión tendrá carácter definitivo.*

Adjunto, se remite la Comunicación Tipo a ser cursada a los efectos de lo señalado en la presente Circular'.

Al Numeral 3

Futuro de Bolivia S.A. AFP sobre el punto 3, en su parte pertinente señala lo siguiente: '...la Circular Nº 112, ahora Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027, no ofrece a los regulados un procedimiento y elementos idóneos que permitan realizar un procesamiento libre de dudas y posibles infracciones, ya sea en cuanto a plazos y/o criterios de aplicación, en este sentido existe Inseguridad Jurídica que de manera implícita afectaría el principio y garantía del debido proceso en una eventual sanción impuesta por la SPVS...'.

De lo argumentado por la AFP, cabe precisar que las preocupaciones y dudas del regulado muy bien podían haber sido aclaradas y absueltas en su oportunidad, si hubiera acudido a la reunión aclaratoria prevista por la misma norma, lo que de ninguna manera resultó ser óbice para que el regulado pueda acceder a los diferentes medios que franquea el procedimiento administrativo para poder absolver las supuestas inconsistencias de la C. 112/2008, como por ejemplo solicitar una audiencia complementaria o finalmente realizar consultas por escrito.

Cuando la AFP indica que existiría inseguridad jurídica en cuanto a los procedimientos y plazos para la aplicación de la norma; al respecto, este punto ya fue explicado, por lo que su análisis debe remitirse al numeral anterior.

Asimismo, se debe recordar que los derechos del regulado en ningún momento fueron objeto de restricción, pues más al contrario su inasistencia a la audiencia de aclaración y la actitud pasiva demostrada dieron lugar a considerar su conformidad.

Corresponde a su vez aclarar al regulado que la C. 112/2008, garantiza el debido proceso administrativo al establecer en su contenido, el procedimiento y plazos para que las AFP y EA informen a la Intendencia de Pensiones sobre los controles realizados a los trámites en curso de pago de los Derechohabientes de Primer Grado, cónyuge o conviviente, en caso de posible existencia de nuevo matrimonio, relación de convivencia o sobrevivencia; dentro de un proceso transparente y equitativo, a fin de que los regulados puedan dar un adecuado cumplimiento de la norma.

Al Numeral 4

La AFP, en el punto 4, explica: '...se comprende que toda expresión regulatoria de parte del Ente Regulador, en este caso la SPVS, deberá contar con la ***suficiencia y claridad necesarias para establecer procesos, obligaciones y derechos del regulado,*** *de modo que sus actuaciones no se presten a interpretaciones erróneas o fuera de norma. De tal forma, la resolución objeto del recurso requiere* ***ser complementada*** *o en su caso sea* ***rectificada*** *de modo que subsane los vicios de procedimiento...'. Al respecto, corresponde recordar a la AFP que los recursos administrativos interpuestos deben ser necesariamente fundamentados, expresando con precisión el perjuicio al derecho o interés legítimo del recurrente.*

En ese entendido, del análisis de lo expresado por el regulado, se aprecia que los argumentos no reflejan de manera concreta la lesión de algún interés o en su caso el perjuicio generado a sus derechos subjetivos, razón por la cual, el argumento de la AFP resulta ser ambiguo y alejado de los procedimientos recursivos".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 13 de marzo de 2009, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 084 de 19 de febrero de 2009, notificada el 3 de marzo de 2009, que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008, en mérito a los siguientes fundamentos:

"II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

Ratificamos los argumentos del Recurso de Revocatoria y respondemos las 'precisiones' establecidas en los numerales del Tercer Considerando de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 084, en el siguiente sentido:

I. Referido ***'Al numeral 1'.-*** *La SPVS menciona que la inasistencia de nuestra AFP a la reunión que fue realizada en cumplimiento de la Circular Nº 112/2008 llevada a cabo el 28 de noviembre de 2008, torna incongruente e inconsistente la observación de nuestro recurso de revocatoria.*

Al respecto debemos manifestar que la SPVS no puede pretender poner en vigencia un Acto Administrativo que en la practica fue complementado con acuerdos realizados en una reunión adicional y posterior, cuando los actos de regulación por parte de la SPVS deben ser claros y concretos en el mismo medio que los contiene, es decir una Resolución Administrativa. Cualquier reunión simplemente debe ser aclaratoria y en ningún caso puede pretenderse que la inasistencia a la misma, coarte los derechos que tiene cual-

quier entidad regulada para interponer los recursos administrativos. No existe en derecho administrativo una renuncia a la interposición de recursos, por la inasistencia a una reunión. En el presente caso no existe razón para que exista un tratamiento diferente, es más la SPVS no menciona ni esclarece cuales fueron dichos parámetros, consensuados y gestiones que fuesen acordadas en la mencionada reunión ni las pone en conocimiento de la AFP cuando correspondía que se realice la notificación a Futuro de Bolivia. En ese sentido, la SPVS sostiene que al concretarse la respuesta de la Dirección Nacional de Registro Civil, esta fue transmitida por correo electrónico a la AFP Futuro de Bolivia en fecha 9 de enero de 2009, esta aseveración extraña aún más a la AFP, ya que se presume como política de la SPVS el otorgar calidad de notificación el envío efectuado por correo electrónico, de la respuesta de parte de la Dirección Nacional de Registro Civil, dicha acción por parte de la SPVS no tiene respaldo normativo puesto que no existe reglamento que enfoque la ejecución de notificaciones por este medio, tal y como reglamenta el romano VII del artículo 33 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de 23 de abril de 2002 que explica que: '..Las notificaciones por correo, fax y cualquier medio electrónico de comunicación, ***podrán constituirse en modalidad válida previa reglamentación expresa"*** *por lo que en el evento de que dicha respuesta mencionada fuese de conocimiento de la AFP no podría generar efectos jurídicos. Además la SPVS no explica o menciona por lo menos a qué correo se hubiese realizado dicha comunicación, sin que a la fecha nos anoticiemos sobre este hecho.*

En todo caso de continuar con esa política, entenderemos que de acuerdo al equilibrio protegido del regulado y regulador, los operadores también contaremos con la posibilidad de enviar documentos vía correo electrónico, con todos los efectos legales de oportunidad y legalidad.

*2. En el apéndice '**Al numeral 2'.-** Ante el argumento presentado por la AFP acerca de la inexistencia de un procedimiento claro en todas sus presuntas fases, para la aplicación de la Circular SPVS/IP/DPC 112/2008, la SPVS en la página cinco (5) afirma que '...De lo expresado, se debe recordar al regulado que la C. 112/2008 instruye con meridiana claridad el procedimiento para la operativa de la normativa...'. Esta afirmación contradice la afirmación del ente regulador de que la citada Circular 'instruye con meridiana claridad' el procedimiento. Si fuese de esta forma no existiría la necesidad de una reunión posterior para fines de responder a consultas sobre la Circular 112/2008 y lo más peculiar es que la misma norma confirma la inexistencia de 'estructuras y formas' de los archivos a enviarse.*

Consideramos que para que contenga esa calidad de 'meridiana', diáfana, etc. o cualquier sinónimo que se quiera utilizar, debe contener de forma completa todos los aspectos y datos particulares para su cumplimiento, caso contrario todas las implementaciones de reglamentaciones por cualquier Acto Administrativo emitido debiera contar con reuniones a efecto de responder consultas de parte de los regulados.

En la misma página la SPVS enumera las actividades normadas y los plazos respectivos para el cumplimiento de parte de los regulados en cuatro viñetas, de las cuales mencionamos que la primera y la cuarta son entendidas y cumplidas por la AFP por no tenerse duda al respecto, la segunda y tercera viñeta son el tema principal del Recurso de Revocatoria, ya que comprendemos que la reglamentación no importa una simple mención de forma general de una gestión y al plazo en el que debe darse cumplimiento, sino que la reglamentación debe especificar su procedimiento, enumeración e identificación plena de etapas e información que esta comprenderá, lo contrario inducirá a errores e incumplimientos, situación que no favorece al Seguro Social Obligatorio.

*3. En cuanto **'Al numeral 3'.-** Consideramos que la respuesta al numeral 1 de la resolución por parte de la SPVS, contiene argumentos y deducciones que no se amparan de manera objetiva en el texto y contenido de la Circular Nº 112/2008, siendo igualmente insuficientes para el numeral presente, ya que la SPVS se*

refiere en sentido restrictivo a nuestros derechos, con la afirmación que la AFP no hubiese asistido a la reunión citada anteriormente, esta aseveración induce a pensar que dicha inasistencia de la AFP resta sus derechos en lo posterior.

*4. Respecto '**Al numeral 4'.-** No comprendemos cuán más determinadas deben ser las explicaciones presentadas por la AFP, puesto que la SPVS observa que los argumentos realizados por nuestra institución no reflejan de manera concreta la lesión de algún interés o en su caso el perjuicio generado a nuestro derechos subjetivos. En este sentido recordamos que el derecho subjetivo '...constituye la facultad, poder o potestad individual de hacer, elegir o abstenerse en cuanto a uno mismo atañe, y de exigir, permitir o prohibir a los demás; ya sea el fundamento natural, legal, convencional o unilateral, nos encontramos frente al derecho subjetivo...' (Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Edición 2003), por ello se establece en el inciso c) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 el principio de Sometimiento Pleno a la Ley que dice '...la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso'. El sometimiento pleno a la Ley implica la observancia de la jerarquía normativa, de igual forma implica la obligación de parte de la Administración Pública (representada en este caso por la SPVS) de brindar en sus actuaciones seguridad jurídica en el uso de las facultades como la 'Reglamentaria' otorgadas por la Ley. La Seguridad Jurídica es un principio de Derecho que se encuentra inserto de forma expresa en el artículo 178 de la Constitución Política del Estado, constituyéndose en un derecho del regulado y concuerda con el inciso a) del artículo 16 de la Ley 2341, referido a ejercitar su derecho de petición. El hecho de emitirse una normativa que no comprende de forma minuciosa y suficiente las especificaciones sobre la información y la forma en que deberá procesarse la instrucción establecida mediante la Resolución Administrativa Nº 1027, genera incertidumbre, ya que no se conoce con certeza, en el presente caso, qué información se deberá remitir y de qué forma deberá ejecutarse, por ello la afirmación de parte de la SPVS de que la AFP presenta un recurso ambiguo, no refleja la realidad.*

5. Sin perjuicio de los argumentos realizados anteriormente, se debe poner en conocimiento de la autoridad competente que existe respuesta expresa de la Dirección del Registro Civil, puesta en conocimiento de la AFP mediante nota DNRH Nº 151/2009 de la Corte Nacional Electoral y que se dio a conocer a la SPVS mediante nota FUT.SUP.BEN 281/2009 de 05 de febrero de 2009. En dicha comunicación se concluye que la gestión de solicitud realizada por la Vitalicia, Próvida además de nuestra institución requiriendo información en cumplimiento de la Circular Nº 112/2008, sólo pueden ser atendidas si son realizadas por el SENASIR o por la SPVS tal y como determina el artículo 22 del Decreto Supremo Nº 27991 y el artículo 5 del Decreto Supremo Nº 27090.

El párrafo anterior muestra con manifiesta claridad que el cumplimiento de la Resolución Administrativa SPVS-IP 1027 (Circular SPVS/IP/DPC/112/2008) no es posible por los regulados, por impedimento normativo así como operativo. Este hecho además desvirtúa la afirmación que hiciese la SPVS cuando indica que se concretó una respuesta por parte de la Dirección Nacional de Registro Civil, misma que fue puesta en conocimiento de los regulados entre ellos la AFP Futuro de Bolivia. Consideramos que para que un ente como la SPVS emita regulaciones que tienen que ver con otras entidades públicas, es imprescindible contar previamente con la aceptación o por lo menos con el criterio de estas entidades y no simplemente emitir regulaciones sin tomar en cuenta el criterio de las instituciones públicas que al final sean alcanzadas por estas regulaciones.

III. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicitamos a su autoridad remitir el presente recurso a la autoridad competente, para que sea esta instancia quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la corres-

pondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 354 que confirma la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 096, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente y, disponer que previamente a la emisión de estas regulaciones, se cuente con el criterio y aceptación de las entidades públicas a las que también alcanza y se cuenten con procedimientos claros y consensuados".(...)

5. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS

El 13 de agosto de 2009, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, en la que Futuro de Bolivia S.A. AFP ratificó todos los argumentos contenidos en el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 084 de 19 de febrero de 2009.

CONSIDERANDO:

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

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

1. Análisis de la Controversia

Antes de ingresar al análisis del fondo de los argumentos planteados en el presente recurso jerárquico, conviene desarrollar uno de los principios básicos que informan la actividad administrativa.

1.1. Principios que rigen la actividad administrativa

1.1.1. Principio de legalidad.- Significa el sometimiento de la administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los regulados frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la Ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Este principio se encuentra plenamente reconocido por el artículo 4 inciso c) de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 al decir:

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

Otro rasgo de sometimiento al derecho está referido a que la administración pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes, a lo previsto en la norma que lo regula conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley Nº 2341, cuando indica:

"La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley".

1.2. Validez de los actos administrativos

Siguiendo a Andrés Serra Rojas ("Derecho Administrativo", primer curso pag. 255 a 237), se tiene que: "*En todo acto administrativo perfecto concurren determinados elementos o conjunto de circunstancias exigidas por ley, de los cuales*

depende su validez, eficacia y proyección administrativa y así pueda producir sus efectos regulares. Estos actos 'tienden a crear una situación jurídica nueva, a modificar una situación existente o a suprimirla"

El mismo autor hace una clasificación de los elementos del acto administrativo en subjetivos, objetivos y formales; interesando al caso que se analizará únicamente los segundos, es decir los elementos objetivos.

Los elementos objetivos, dice: "*comprenden: Presupuesto de hecho, objeto y fin"*

"a) ***El objeto o contenido*** *determinado por el efecto práctico producido de inmediato o directamente por el acto,... declaración de voluntad contenida en el acto".*
b) ***El motivo que es antecedente o presupuesto*** *que precede al acto y lo provoca, es decir, su razón de ser o razones que mueven a realizar el acto".*
"c) ***La finalidad*** *es el propósito de interés público contenido en la ley. Martín Mateos lo llama 'el para qué' del acto administrativo"*

En coherencia con los principios y la doctrina antes anotados, el artículo 27 de la Ley de Procedimiento Administrativo señala que:

> *"Se considera acto administrativo, toda declaración disposición o decisión de la Administración Pública, de alcance general o particular, emitida en ejercicio de la potestad administrativa, normada o discrecional, cumpliendo con los requisitos y formalidad establecidos en la presente ley, que produce efectos jurídicos sobre el administrado. Es obligatorio, exigible, ejecutable y se presume legítimo"*

A su turno el artículo 28 de la citada norma adjetiva señala que, son elementos esenciales del Acto Administrativo los siguientes:

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

Hechas las disquisiciones legales y doctrinarias, corresponde pronunciarse en atención a los argumentos expuestos por el recurrente y a los antecedentes cursantes en el expediente administrativo.

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

Cursa a fs. 51, 52 del expediente administrativo el Informe Nº 02/2009-OJ-II-DN-RC, emitido por el Oficial Jurídico II de Registro Civil en atención a la solicitud de información pedida por el recurrente, La Vitalicia y Provida.

De dicho informe se establece lo siguiente:

Las únicas disposiciones normativas que facultan a la Corte Nacional Electoral a proporcionar información sobre la base de datos del Registro Civil son los Decretos Supremos Nº 27991 de 28 de enero de 2005, el 24247 de 07 de marzo de

1996 y el 27090 de 18 de junio de 2003. Estos tres Decretos especifican de manera taxativa las entidades que pueden solicitar y obtener información de dicha base de datos, que son: el SENASIR; los Organismos Electorales, para la depuración del padrón electoral; y, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mencionado textualmente que: " *...el Decreto Supremo Nº 27090 de 18 de junio de 2003, establece en su artículo 5 que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros es la única entidad facultada para actualizar la información de la Base de Datos de los beneficiarios del Bonosol y gastos funerarios con información de Registro Civil e identificación personal. Esta misma disposición establece que la Policía Nacional y el Registro Civil se encuentran obligados a remitir oportunamente la información que solicite la Superintendencia. Para permitir la aplicación de esta disposición legal la Corte Nacional Electoral y la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros suscribieron un convenio el 18 de marzo de 2005".*

Por lo que se tiene, que**:**

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

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

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- REVOCAR la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 084 de 19 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1027 de 26 de diciembre de 2008.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 105 DE 27 DE FEBRERO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 009/2009 DE 23 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 009/2009

La Paz, 23 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIAS.A. ADMINISTRADORADE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 10 de diciembre de 2008, ambas emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS); los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº28/2009 de 16 de octubre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del artículo 37 del Decreto Supremo Nº 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las atribuciones del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

Que, mediante Auto de fecha 7 de julio de 2009 el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta la excusa presentada por el Ing. Mario Guillen Suarez mediante nota interna MEFP-VPSF – 049 de fecha 01 de julio de 2009, disponiendo la separación del mismo para el conocimiento y sustanciación del Recurso interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. AFP**, contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 105 de 27 de febrero de 2009; designando al Lic. Roberto Ugarte Q., Viceministro de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillen Suarez, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 20 de marzo de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** legalmente representada por su Gerente General Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/2001 de fecha 03 de octubre de 2001, otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase Rebeca Mendoza Gallardo del Distrito Judicial de La Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en recurso de revocatoria confirmó totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967 de 10 de diciembre de 2008.

Que, mediante carta SPVS Nº 372/2009 de 23 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió en fecha 25 de marzo de 2009 a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 30 de marzo de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI cumpliendo con lo establecido en la disposición Transitoria Décimo Quinta del Decreto Supremo Nº 0071 de 09 de abril de 2009, procedió a la suspensión de plazos hasta que la nueva autoridad que deba asumir las competencias y atribuciones de la entidad extinguida notifique a los interesados con el auto de radicatoria.

Que, por Auto de fecha 28 de julio de 2009, notificado el 31 de julio de 2009, se radicó el procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, comenzando a correr nuevamente los plazos para emitir la correspondiente Resolución Jerárquica.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP Nº 967 DE 10 DE DICIEMBRE DE 2008

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 10 de diciembre de 2008, notificada el 05 de enero de 2009 la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO UNICO.-***
> *Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP, con una multa pecuniaria correspondiente al rango de la Gravedad Leve, cuyo monto expresado en Bolivianos será el equivalente a Trescientos 00/100 Dólares Americanos ($US. 300.00), por el incumplimiento a los Artículos 115º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002, en el proceso de registro y actualización de la información correspondiente al Afiliado Jorge Añez Chávez, de acuerdo a lo expuesto en la presente Resolución Administrativa"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA

Por memorial presentado el 26 de enero de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 967 de 10 de diciembre de 2008, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, bajo los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

> ***"II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO***
>
> *Dentro el plazo establecido, presentamos los argumentos de hecho y de derecho que demuestran la procedencia de nuestro recurso.*
>
> ***a)** CON RELACIÓN AL FORMULARIO DE REGISTRO:*
>
> *Nuestra Administradora con el objeto de conducir y realizar las actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia agotó todos los recursos para regularizar la documentación que respalde el registro*

del afiliado Jorge Añez Chávez con NUA 27189958, razón por la cual en fecha 20 de febrero de 2002 se obtiene el comprobante de devolución de aportes a la Vivienda, mismo que tiene carácter de Declaración Jurada y que prueba de manera inequívoca los datos registrados en el documento que adjunta para realizar dicho cobro, consignando como año de nacimiento 1955 y como estado civil Casado. Es por consiguiente que nuestra Administradora ante la evidencia de documentación y contando con la conformidad del afiliado a través de su firma en la Boleta de Pago, procedió con la actualización de los datos, con el fin de contar con una Base de Datos consistente con la documentación cursante en archivos y evitar algún perjuicio a nuestro afiliado. Se adjunta copia de la declaración Jurada y del documento de identidad.

***b)** CON RELACIÓN A LOS FORMULARIOS DEACTUALIZACIÓN:*

Nuestra Administradora dando cumplimiento a lo establecido en la Circular SPVS-IP 041/2002 de fecha 26 de marzo de 2002, que regula el procedimiento de actualización de datos de afiliados registrados al Seguro Social Obligatorio SSO de Largo Plazo, procedió a la modificación de datos respaldados en la documentación original emitida por Autoridad competente designada por Ley, presentada ante nuestra AFP al momento de llenar el Formulario de Actualización de Datos. Hacemos notar que cursan en los archivos de nuestra Administradora documentación original, que consigna datos diferentes relacionados a la fecha de nacimiento de nuestro afiliado, situación en la cual nuestra institución no tiene la potestad de validar la legitimidad de la documentación emitida por instituciones facultadas para el efecto. Con el objeto de que su Autoridad pueda constatar dicho extremo adjuntamos copia de la siguiente documentación:

- *Certificado de nacimiento Nº 687748 emitido por la Corte Nacional Electoral en la localidad de Trinidad en fecha 14/08/2008, en el que se consigna 1953 como año de nacimiento.*
- *Certificación emitida por la Policía Nacional de Bolivia a través de la Dirección Nacional de Identificación Personal en la ciudad de Santa Cruz en fecha 30/07/2008, en la que se consigna 1953 como año de nacimiento y como soltero su Estado Civil.*
- *Certificado de Defunción Nº 63048 emitido por la Corte Nacional Electoral en la ciudad de Guayaramerín en fecha 23/08/2006, en la que se consigna la edad del afiliado al momento del fallecimiento (53 años), con fecha de nacimiento el año 1953.*
- *Certificado de Matrimonio Nº 236346, emitido por la Corte Nacional Electoral en la localidad de Trinidad en fecha 24 de marzo de 2008 en el que se consigna 1955 como fecha de nacimiento.*
- *Certificado de Matrimonio Nº 238650, emitido por la Corte Nacional Electoral en la localidad de Riberalta en fecha 14 de agosto de 2008, en el que consigna 1953 como fecha de nacimiento.*

III. PETITORIO

Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución Administrativa/SPVS/IP/Nº 967, afecta nuestros derechos y no se adecua a la realidad, mediante el presente Recurso de Revocatoria de conformidad a lo dispuesto por el artículo 46º y siguientes del reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, solicitamos la REVOCATORIA TOTAL de la referida Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 967...".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/Nº 105 DE 27 DE FEBRERO DE 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 10 de diciembre de 2008, en todas sus partes, conforme a los siguientes fundamentos:

"CONSIDERANDO:

Que, en el marco del artículo 49 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se realizó el análisis técnico y legal al Recurso de Revocatoria, de donde se desprenden las siguientes conclusiones:

a) CON RELACIÓN AL FORMULARIO DE REGISTRO

Ante lo expuesto por la AFP, corresponde señalar que la fecha de asignación NUA de registro del señor Jorge Añez Chávez es de 09 de marzo de 1998 y la fecha de la boleta de pago por concepto de aportes a Provivienda es del 20 de febrero de 2002, vale decir, que a pesar que el artículo 115 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 indica expresamente que es responsabilidad de la AFP que los Formularios de Registro deben estar acompañados de documentos que acrediten la identidad del Registrado, Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió con esta disposición.

Referente al no cumplimiento del artículo 142 del Decreto Supremo Nº 24469, no es válido el fundamento expuesto por la AFP debido a que fue el Gobierno de la República de Bolivia que emitió el Decreto Supremo Nº 25958 de 21 de octubre del 2000, disponiendo la liquidación del FCIV y la devolución de estos aportes, sin la cual ésta no hubiera obtenido el documento de identidad del señor Añez, es decir, fue resultado de una disposición legal y no así a raíz de un comportamiento de un buen padre de familia.

En consecuencia, los fundamentos expuestos por Futuro de Bolivia S.A. AFP no son válidos y debe confirmarse la sanción impuesta.

b) CON RELACIÓN A LOS FORMULARIOS DE ACTUALIZACIÓN

Futuro de Bolivia S.A. AFP no cumplió a cabalidad lo establecido en la Circular SPVS-IP 041/2002 debido a que aplicó el inciso a), que hace referencia a un error de digitación siendo que correspondía el inciso c), que señala debido a una afiliación incorrecta la AFP debía llenar el Formulario de Actualización en forma conjunta con el afiliado y no sin la participación de éste.

Asimismo, la aseveración de la AFP de que no tiene potestad de validar la legitimidad de la documentación no corresponde porque en ningún momento se pidió que Futuro de Bolivia S.A. AFP realice esta función. Por lo tanto, se debe confirmar la sanción.

Que, en la fundamentación realizada en el Recurso de Revocatoria, la AFP no ha podido desvirtuar la sanción impuesta en la Resolución recurrida, por infracción a los artículos 115º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002, en el proceso de registro y actualización de la información correspondiente al Afiliado Jorge Añez Chávez, ratificándose el hecho, llegando a la conclusión que se desprende del análisis realizado, que Futuro de Bolivia S.A. afilió, registró y modificó los datos del señor Añez incumpliendo la normativa.

Que, la infracción es evidente y en consecuencia, se debe confirmar la sanción impuesta por infracción a los Artículos 115ª y 142ª del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002, mediante la emisión de una Resolución Administrativa".

4. RECURSO JERÁRQUICO.

Por memorial presentado el 20 de marzo de 2009, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones, presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 105 de 27 de febrero de 2009, notificada el 06 de marzo de 2009, que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967de 10 de diciembre de 2008, en mérito a los siguientes fundamentos:

"II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Dentro el plazo establecido, presentamos los argumentos de hecho y de derecho que demuestran la procedencia de nuestro recurso:

a) Con relación al Formulario de Registro y Formulario de Actualización

Nuestra Administradora condujo su accionar con el cuidado exigible a buen padre de familia, en el caso específico de la afiliación del señor Jorge Añez Chávez con NUA 27189958, se realizaron varios esfuerzos para regularizar el documento faltante que respalde la afiliación, regularización que tuvo su fruto luego de realizar las gestiones con Provivienda S.A. para que pueda proporcionarnos una copia del comprobante de pago y del documento de identidad que respalda la devolución, comprobante que tiene carácter de declaración jurada y que adjunta el documento de identidad proporcionado por el afiliado, debido a que la devolución sólo podría realizar de forma personal. El documento de identidad presentado fue expedido el 22/07/1999 y consigna la fecha de nacimiento 23/04/1955 y el Estado Civil de Casado.

Por lo que se puede evidenciar claramente que sí existió posteriormente a la afiliación un proceso de depuración y control de calidad realizado por nuestra Administradora, que permitió la identificación de la documentación faltante que respalde la afiliación del señor Jorge Añez Chávez, así como nuestra Administradora regularizó el registro actualizando los datos del afiliado al amparo de la normativa vigente que regula este procedimiento, por lo que la consecución de este documento corresponde al accionar de un buen padre de familia y no así como resultado de una disposición legal como mal interpreta el ente regulador.

b) Con relación a los Formularios de Actualización

Nuestra Administradora al identificar la existencia de diferencias entre los datos reportados en el Formulario de Registro y los consignados en el documento de identidad expedido el 22/07/1999 que consigna como fecha de nacimiento 23/04/1955 y el estado civil Casado, comprueba que existió un error de digitación, para lo cual se procedió con la actualización de datos acogiéndonos a lo establecido en el inciso a) de la Circular SPVS-IP 041/2002 de fecha 26 de marzo de 2002 en la cual menciona: 'Cuando debido a un error la AFP al digitar los datos y no habiéndose efectuado el adecuado control de calidad requerido (en lo que respecta a nombres, apellidos, fecha de nacimiento y número de identidad), se genera una diferencia entre la Base de datos y el Formulario de Registro (que debe ser llenado con los mismos datos del Documento de Identidad), y el promotor debe llenar y firmar el Formulario de Actualización de la Información del Afiliado', en tal sentido se llenó el Formulario de Actualización Nº 88569 en fecha 10/12/2002.

Revisando la documentación que cursa en los archivos de nuestra Administradora se evidenció la existencia de documentación original emitida por Autoridad competente que consigna datos y fechas diferentes, misma que fue utilizada como respaldo de los procesos de actualización de datos del afiliado. Por consiguiente nuestra Administradora en calidad de empresa operadora del Seguro Social Obligatorio-SSO de largo plazo, no puede validar la legitimidad de la documentación emitida por la Corte Nacional Electoral,

siempre que cumpla con las formalidades de Ley, por lo que para efectos del SSO tienen plena validez para realizar los procesos de actualización de datos. Para que pueda constatar este extremo adjuntamos copia de los certificados que presentan esta incongruencia.

La AFP logró la actualización de datos del afiliado, utilizando un documento presentado personalmente por el señor Jorge Añez Chávez, por lo que consideramos no corresponde la sanción impuesta, debiendo su autoridad revocar la resolución objeto del recurso.

III. PETITORIO

Sobre la base de los antecedentes, fundamentos de hecho y de derecho expuestos precedentemente y considerando que la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105, afecta nuestros derechos y no se adecua a la realidad, mediante el presente Recurso Jerárquico, solicitamos la REVOCATORIA TOTAL de la referida Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009".

CONSIDERANDO:

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

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

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

En este entendido, el artículo 142 del Reglamento de la Ley de Pensiones, Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, a tiempo de normar las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones, determina:

"***Artículo 142.- (Cuidado Exigible).-*** *A menos que en la Ley de Pensiones, el presente Reglamento, la Licencia otorgada a la AFP o cualquier contrato celebrado por la AFP y la Superintendencia incluida sus modificaciones posteriores, se exija un grado de diligencia diferente,* ***la AFP deberá conducirse y realizar sus actividades con el cuidado exigible a un buen padre de familia****"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

En ese sentido, el artículo 155 de la norma citada *supra*, refiere:

"*Artículo 115 (Obligaciones de las AFP)* *La AFP que reciba una solicitud de registro de una persona natural con relación de dependencia laboral deberá otorgar el NUA a esa determinada persona, conforme a procedimientos establecidos por la Superintendencia...*

...Es de responsabilidad de las AFP que los ***formularios de Registro a la AFP, los Formularios de Traspaso y*** *los Formularios de Registro* ***estén correctamente llenados y no adolezcan de vicios***

de nulidad, ni contengan omisiones, borrones, enmendadura o tarjaduras *y cuenten con la firma, aclaración de firma, apellidos, nombres o número* ***de la cédula de identidad u otros documentos <u>que acrediten</u> identidad del Registrado****, o los datos y firma del representante de la AFP..."* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Finalmente, la Circular SPVS-IP 041/2002 de 26 de marzo de 2002, referida a la actualización de datos de afiliación y registro indica en sus incisos a) y c), lo siguiente:

"…a) *Cuando debido a un error de la AFP al digitar los datos, y no habiéndose efectuado el adecuado control de calidad requerido (en lo que respecta a nombres, apellidos, fecha de nacimiento y número de identidad),* ***se genera una diferencia entre la Base de Datos y el Formulario de Registro*** *(que debe estar llenado con los mismos datos del documento de identidad):*

El promotor debe ***llenar y firmar*** *el Formulario de 'Actualización de la Información del Afiliado' y la AFP proceder, de acuerdo a normativa vigente, a realizar la consulta de modificaciones en la Base de Datos de la Intendencia de Pensiones…"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

…c) *Cuando debido a un mal llenado del Formulario se ha efectuado* ***una múltiple afiliación ó una afiliación incorrecta.***
La AFP ***debe exigir al registrado adjuntar, al Formulario de 'Actualización de la Información del Afiliado' el justificativo por el cual al firmar el Formulario de Registro declaró estos datos,*** *así como una justificación de las modificaciones que solicita indicando y explicando el caso.* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

De lo transcrito precedentemente, se colige que al determinar la normativa vigente el grado de diligencia, entendido como el de un buen padre de familia (diligencia máxima), se establece también el grado de responsabilidad en cuanto a: i) La verificación de la coincidencia plena de los datos de los documentos con los declarados por el Registrado (responsabilidad *in faciendo* e *in omitendo)* y ii) Los requisitos que deben cumplirse para modificación de los Formularios de actualización (responsabilidad *in faciendo).*

Que, ingresando al análisis de la controversia, y con relación a la primera infracción sancionada, referente al registro en fecha 12 de febrero de 1998, mediante Formulario de Registro No. 298691, se tiene que:

Se ha podido constatar de la declaración expresa del recurrente, el procedimiento que siguió en el llenado del Formulario de Registro No. 298691, al expresar mediante nota FUT.SUP AFI 1481/2008 de 19 de junio de 2008, lo siguiente:

> *"…En primera instancia el formulario de registro del afiliado no se le adjunto la fotocopia del Carnet de Identidad,* ***por tanto los datos se registraron <u>de acuerdo a lo declarado</u>****…"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Probando de manera expresa que Futuro de Bolivia S.A. AFP llenó el 12 de febrero de 1998, el Formulario de Registro del Afiliado Jorge Añez Chávez, valiéndose únicamente de los datos aportados por el Afiliado, **sin solicitar para su verificación y consiguiente <u>acreditación de identidad, el documento de identidad que respaldaba</u> los datos declarados por el mismo**, cual hubiera correspondido en cumplimiento de los Artículos 115 y 142 del Decreto Supremo No. 24469 de 17 de enero de 1997.

Asimismo, Futuro de Bolivia S.A. AFP, a tiempo de interponer el Recurso Jerárquico, no presenta argumentos sobre el incumplimiento al artículo 115 del Decreto Supremo No. 24469, respecto al procedimiento que siguió para el registro, sino se limita a enunciar de manera general las actuaciones que realizó a efectos de obtener la copia del documento de identidad que respaldaría la Afiliación, que conforme se evidencia de los antecedentes cursantes en el expediente habrían demorado alrededor de cuatro años.

Sin embargo y más allá del tiempo de demora, dicha actuación no justifica la falta de solicitud de respaldo al Afiliado de la declaración que realizaba, y por lo tanto no permitió la acreditación de tal información, cual establecía el artículo 115 del Decreto Supremo No. 24469, y hubiera correspondido en aplicación al artículo 142 del mismo cuerpo legal.

Finalmente y antes de concluir el presente análisis, corresponde precisar, que si bien la Ex SPVS imputó correctamente el cargo por incumplimiento a los artículos 115 y 142 Decreto Supremo No. 24469, conforme se evidenció en líneas anteriores, sin embargo a tiempo de emitir las Resoluciones Administrativas SPVS/IP/Nº 105/2009 y SPVS/IP/Nº 967/2008 (Sancionatoria y Revocatoria), hace referencia a la una supuesta obligación de adjuntar o acompañar documentos al Formulario de Registro, situación que no se ajusta a lo expresamente determinado por la norma infringida, sino por el contrario la misma expresa de manera taxativa, la obligación de acreditar la identidad a través de alguno de los documentos establecidos para el efecto, sin enunciar la obligación de adjuntar algún documento, situación que recién se configura con la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IP 11/98 de 28 de diciembre de1998, es la que claramente se determina la obligación de la AFP de adjuntar el documento de identidad, sin embargo dicha normativa no estaba vigente a tiempo del Registro.

Ahora bien, respecto a la imputación y consiguiente sanción, se puede establecer qué Futuro de Bolivia S.A. AFP incumplió el artículo 115 del Decreto Supremo Nº 24469 al haber llenado, el 12 de febrero de 2008, el Formulario de Registro de Jorge Añez Chávez sin solicitar la documentación necesaria **que respalde la declaración del Afiliado**, conducta que a su vez, ha vulnerado lo establecido por el artículo 142 del mismo Decreto Supremo que establece que el regulado debe realizar sus actividades observando el cuidado exigible a un *bonus pater familie* (figura ideal de un honesto y cuidadoso padre de familia, que se toma como modelo de comportamiento en las relaciones jurídicas); de ahí que al resultar el acto contrario a esa actuación ideal, a la máxima diligencia que debió haber empleado, la conducta ha generado responsabilidad *in omitendo*, reconocida expresamente por el recurrente como se pudo apreciar en líneas precedentes.

Que, con referencia a la segunda infracción, respecto a los Formularios de Actualización, cabe precisar que:

El año 2002, 4 años más tarde, a decir de Ex SPVS (fs. 46) y de Futuro de Bolivia S.A. AFP, como resultado de los controles internos el recurrente evidenció que el Formulario de Registro no adjuntaba fotocopia del documento de identidad y obtuvo una copia anexada a la boleta de pago por devolución de aportes de Provivienda, al Afiliado Sr. Jorge Añez Chávez, a cuya consecuencia identificó la existencia de diferencias entre los datos reportados, respecto al año de nacimiento y al estado civil en el Formulario de Registro y los consignados en el documento de identidad.

De ello se desprende que si la AFP encontró que la afiliación realizada mediante Formulario de Registro era incorrecta, por presentar incongruencia entre lo declarado y el documento de identidad presentado para otro trámite, debió proceder conforme establece el inciso c) de la Circular SPVS-IP 041/2002 de 26 de marzo de 2002; es decir solicitar al Afiliado el justificativo por el cual al firmar el Formulario de Registro declaró datos diferentes a los consignados en su cédula de identidad utilizada para otro fin, para con dicha documentación, recién proceder a la modificación de los datos y no como lo hizo, de *mutuo propio,* aplicando el inciso a) de la mencionada circular cuando en realidad no se había generado **una diferencia entre la Base de Datos**

y el Formulario de Registro sino una diferencia entre lo declarado por el Afiliado y el documento de identidad obtenido por la AFP de Provivienda S.A.

En virtud de lo antedicho, se evidencia que no corresponde la consideración ni aplicación del inciso a) de la Circular SPVS-IP 041/2002, **pues norma una situación diferente** para las actualizaciones, cual es que se haya generado una diferencia entre la Base de Datos y el Formulario de Registro, ya que conforme se evidencia del Reporte remitido por el Director Ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, mediante nota AP/DJ/No. 946/2009 de 23 de septiembre de 2009, que cursa en expediente, los datos del registro se encuentran correctamente digitados y corresponden a los declarados en el Formulario de Registro No. 298691.

Por lo tanto, se desvirtúa la argumentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP, respecto al error de digitación, por el que se habría acogido al inciso a) de la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002, correspondiendo la aplicación del inciso c), al existir una afiliación incorrecta.

De lo expuesto se concluye que, Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha incumplido lo dispuesto por la Circular SPS-IP 041/2002, al haber procedido a llenar el Formulario de Actualización Nº 88569 (cursante en el Expediente Administrativo), sin la participación del Afiliado conforme establece el procedimiento.

Respecto al Formulario de Actualización No. 153465, se puede evidenciar que el Artículo Único de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967 de 10 de diciembre de 2008, sólo sanciona por el proceso de registro y actualización, como se puede apreciar de la parte considerativa conclusiva y la resolutiva, que expresa:

> *"…Que, se ha evidenciado que la AFP incumplió la Circular SPVS-IP 041/2002 de 26 de marzo de 2002 porque el llenado del mismo debió realizarse en forma conjunta con el Afiliado, puesto que en relación a los Formularios de Actualización, la AFP reconoce que procedió al llenado del Formulario de Actualización Nº 00088569, sin la participación del Afiliado, siendo que la citada Circular señala que debe participar el Afiliado, por lo que existe incumplimiento a la norma referida.*
>
> *Que, se evidenció el cumplimiento de los Artículos 115º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, ya que en el caso del señor Añez Chávez la AFP reconoce que procedió a llenar el Formulario de Registro Nº 298691, omitiendo verificar que la información vertida se encuentre consignada en algún documento (Cedula de Identidad, RUN, Pasaporte o Carnet de Extranjero), y al no solicitar documentación que acredite la identidad del Afiliado, cual establece la norma, existió incumplimiento al Artículo 115 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, y al Artículo 142 del mismo Decreto Supremo."*

Y por lo tanto emite la siguiente sanción:

> *"**ARTICULO UNICO.-***
> *Sancionar a la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP, con una multa pecuniaria correspondiente al rango de la Gravedad Leve, cuyo monto expresado en Bolivianos será el equivalente a Trescientos 00/100 Dólares Americanos ($US. 300.00), por el incumplimiento a los Artículos 115º y 142º del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y a la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002**, en el proceso de registro y actualización de la información correspondiente al Afiliado Jorge Añez Chávez**, de acuerdo a lo expuesto en la presente Resolución Administrativa"* (Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Que, por lo tanto, la Ex SPVS no refiere -a tiempo de resolver sanción contra la AFP- a dos procesos de actualización, sino a uno, cual es el que argumenta a lo largo del proceso, correspondiente al Formulario de Actualización Nº 88569.

Que, el recurrente y la Ex SPVS a lo largo del proceso recursivo, se limitan a presentar fundamentos sobre la facultad de validación de la legitimidad de la documentación presentada, misma que pese a ser documentos similares, contiene datos diferentes, sin embargo esta instancia administrativa, no cuenta con facultades para pronunciarse sobre el particular, como tampoco tiene el recurrente –como bien señala la AFP- ni la Ex SPVS, hoy Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, debiendo ser la Autoridad llamada por Ley, quien determine cuál de los Certificados debe anularse y cual tiene validez, aseveración que se realiza, sin perjuicio de la obligación que tiene la AFP de la revisión de los requisitos y formalidades de emisión de los documentos emitidos por el Oficial de Registro Civil.

Que, en base a los argumentos expuestos precedentemente, esta Instancia Jerárquica ha constado que en el presente caso Futuro de Bolivia S.A. AFP, ha vulnerado los artículos 115 y 142 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 y la Circular SPVS-IP-041/2002 de 26 de marzo de 2002 en el proceso de registro y actualización de la información correspondiente al Afiliado Jorge Añez Chávez, por lo que corresponde confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967de 10 de diciembre de 2008.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 105 de 27 de febrero de 2009, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 967de 10 de diciembre de 2008.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IS/ Nº 223 DE 31 DE MARZO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 010/2009 DE 23 DE OCTUBRE DE 2009

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 010/2009

La Paz, 23 de octubre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA VIDA SEGUROS Y RESEGUROS S.A.**, la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 223 de 31 de marzo de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 001 de 05 de enero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°029/2009 de 15 de octubre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 20 de abril de 2009, ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. representada por su Gerente Administrativo Financiero Lic. Segundo Luciano Escobar Coronado en mérito al Testimonio de Poder No. 094/2001 de 20 de junio de 2001, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase No. 34 del Distrito Judicial de Santa Cruz de la Sierra a cargo del la Dr. Eduardo Antelo Chávez, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 223 de 31 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, por medio de la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/ IS No. 001 de 05 de enero de 2009.

Que, mediante nota SPVS No. 426/2009 de fecha 22 de abril de 2009 la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 223 de 31 de marzo de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 28 de abril de 2009

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera (Ex SG SIREFI), resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante Ex SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 28 de julio de 2009, notificado el 31 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, en fecha 17 de agosto de 2009 se recibió nuevamente la exposición oral

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IS No. 001 DE 05 DE ENERO DE 2009

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IS No.001 la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve:

> ***"ARTÍCULO 1º***
>
> *Sancionar a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. con multa de Bs58.850 (Cincuenta y Ocho Mil Ochocientos Cincuenta 00/100 Bolivianos), de acuerdo a lo establecido en el artículo 16, párrafo II, Inc. a) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de fecha 24 de octubre de 2003 que aprueba el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, por inobservancia del Art.11 Inc. a) y b) del Reglamento de Agentes de Seguros, emitido mediante Resolución Administrativa No. 024 de fecha 11 de febrero de 1999…"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.

El Recurso de Revocatoria, presentado por ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. en fecha 12 de febrero de 2009 contra la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 001 de 05 de enero de 2009, mediante memorial presentando los siguientes argumentos:

> *"…**Caso Lidia Castro**; simplemente a la fecha de la inspección se encontraba en trámite su registro ante la misma institución reguladora, en la actualidad se encuentra registrada (adjunto copia de vuestra nota SPVS/IS/No. 2839/2008), es más, nótese que en fecha 01 de abril de 2008, mediante nuestra nota SC-GAF No. 138/2008 solicitamos a su autoridad la inclusión de la Señora Lidia Rosa Castro Durand, dentro de los exámenes a ser tomados en fecha 06 de junio de 2008 según el cronograma establecido y que a la fecha se encuentra debidamente registrada ante vuestra institución, por lo anotado no corresponde sanción alguna.*
>
> *"**Caso Ricardo Badia;** en la misma situación que la anterior, simplemente a la fecha de la inspección se encontraba en trámite su registro ante esa misma institución reguladora, en la actualidad se encuentra debidamente registrado (adjunto copia de vuestra nota SPVS/IS/Nº 3551/2008), por lo anotado no corresponde sanción alguna,*
>
> *Finalmente sobre este punto, enfatizar que mi representada en fecha 23 de junio de 2008 mediante carta SC-GAF No. 134/2008 presentó ante esta entidad reguladora la solicitud de tomar en cuenta a los Señores*

Ricardo Badía y Lidia Rosa Castro Durand, para el examen de habitación de agentes a ser tomado en fecha 06 de junio de 2008, además recordarles que se le consultó vía telefónica a vuestro funcionario Señor Galo Gonzales, el mismo que reconoció un error involuntario al no tomar en cuenta a los señores ya descritos , en consecuencia procederían a enviar una nota habilitando a los mismos para la próxima prueba a ser tomada el 29 de agosto de 2008, prueba de ello esa Intendencia de Seguros en fecha 14 de julio de 2008 procedió a enviarnos la Nota SPVS/IS/DAD No. 1876/2008 en la cual nos hacen conocer la habilitación de los Señores Lidia Castro Rosa Durand y Ricardo Badia para el examen de agentes, en consecuencia Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., respecto a los Señores Lidia Rosa Castro Duránd, y Ricardo Badia no ha incumplido el Art. 11 inc. a) y b) del reglamento de Agentes de Seguros.

Caso Juan Carlos Mendoza; *este señor figuraba fugazmente en nuestro registro de agentes y efectivamente ha comercializado una póliza de seguros en la oficina de la ciudad de La Paz, dentro su periodo de prueba, vencido dicho término el Señor Mendoza Calderón no se sometió a las pruebas de suficiencia correspondiente y no se le permitió seguir comercializando productos del ramo de vida, prueba de ello es que la póliza de seguros en la que figura como agente cuando correspondió su renovación fue realizada en forma directa por nosotros, en consecuencia el señor Mendoza Calderón al comercializar la referida póliza se encontraba dentro del periodo de prueba referido en el artículo 6 del Reglamento de Agente de Seguros, por lo anotado no corresponde sanción alguna.*

Caso Ga(sic) Sonia Banegas de Soria; *es cierto y evidente que figura en la emisión de algunas pólizas, a la fecha estamos haciendo los trámites para que esta persona de una buena vez regularice y cumpla con el trámite respectivo descrito en el artículo 2 del reglamento de Agentes de Seguros.*

Germán Indaburu; *es cierto y evidente que figura en la emisión de algunas pólizas, a la fecha estamos haciendo los trámites para que esta persona de una buena vez regularice y cumpla con el trámite respectivo descrito en el Artículo 2 del Reglamento de Agentes de Seguros.*

Señor Superintendente, con relación a las dos anteriores personas (Banegas e Indaburu), debemos precisar, que si bien es cierto que las mismas no han cumplido con los requisitos formales inherentes al cargo, no debemos perder de vista que como bolivianos hábiles ante le ley, también tienen derechos inherentes a la personalidad humana que se deben considerar y en su caso, respetar, y es el derecho al Trabajo y consecuentemente una retribución o remuneración justa y digna, ya que se tiene que las pólizas de seguros que comercializaron estos señores, no fueron contrarias a los principios y normas del seguro, tampoco han actuado en nuestro nombre utilizando información distorsionada o falsa, en consecuencia invocando el Principio de Proporcionalidad estipulado en el inc. c) del artículo 2 del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, ya que esta omisión procedimental de esta naturaleza que no ha causado daños y perjuicios a nadie (llámese entidad aseguradora, Asegurados o terceras personas), no es posible que la entidad aseguradora que represento sea sancionada con una multa demasiado onerosa y confiscatoria de ***Bs. 58.850.- (Cincuenta y Ocho Mil Ochocientos Cincuenta 00/100 Bolivianos)****; por lo que pedimos a su autoridad que sea rebajada hasta el mínimo imponible inclusive, es decir al equivalente a 784 UFV.*

II. 2.- *Señor Superintendente, alternativamente debe usted considerar que la supuesta conducta señalada y supuestamente incumplida por mi representada, es decir al haber infringido los Incisos a) y b) del Artículo 2 del Reglamento de Agentes de Seguros con respectos a los señores Juan Carlos Mendoza Calderón, Sonia Banegas de Soria y Germán Indaburu, se adecua al Inc. a) del parágrafo II del Artículo 16 del Reglamento de Sanciones del Sector, configuración de dicha conducta que no es una característica precedente a una Infracción Leve citada en el inc. a), por lo que a continuación pasamos a transcribirlo:*

'a) Incumplimiento a órdenes o instrucciones emanadas por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento a la normativa vigente.'

Nótese que en ningún momento Alianza Vida Seguros y reaseguros S.A., ha recibido órdenes e instrucciones con relación a los señores Juan Carlos Mendoza Calderón, Sonia Banegas de Soria y Germán Indaburu y su situación documental como agentes de seguros, en este sentido no hemos adecuado nuestro accionar al numeral enunciado y por lo tanto inaplicable al caso de autos, por lo que solicitamos a su autoridad que el informe técnico SPVS/IS/716/08 que sustenta a la ahora recurrida Resolución Administrativa No. 001/2009, sea rectificado y recomiende a su autoridad que se emita una llamada de atención a mi representada con la advertencia, instrucción u orden que se regularice la situación legal o documental de los descritos señores en determinado lapso de tiempo, caso contrario se procederá con la aplicación del inc. observado, por lo que no corresponde imponer mediante la descrita Resolución Administrativa una fuerte sanción pecuniaria sin que exista ningún mérito legal suficiente, lo descrito tiene estricta relación con los principios consagrados por el Art. 4 incisos c), d), h), m) y p) de la Ley No. 2341, que estipulan que:

'Art. 4 (Principio Generales de la Actividad Administrativa).- La actividad administrativa se regirá por lo siguientes principios:

c) Principio de sometimiento pleno a la ley: *La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el* ***debido proceso;***
d) Principio de verdad material: *La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil.*
h) Principio de jerarquía normativa*: La actividad y actuación administrativa, y particularmente las reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes.*
m) Principio de publicidad: *la actividad y actuación administración es pública, salvo que esta u otras la limiten;*
p) Principio de proporcionalidad: *La administración pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizara los medios adecuados para su cumplimiento;'*

Señor Superintendente, los principios jurídicos y toda norma procesal, están vinculadas con el intrínseco derecho a la defensa en debido proceso, estableciendo los postulados a seguir y respetar, y la forma de actuar, las cuales en toda materia, han sido fijados en resguardo y protección del sujeto regulado, y por otro lado no se aplicó al determinar la sanción pecuniaria de manera proporcional los descargos.

III. INTERPONE RECURSO DE REVOCATORIA.

"FUNDAMENTOS DE ORDEN LEGAL"

Señor Superintendente, la Resolución Administrativa No. 001 de fecha 05 de enero de 2009, pronunciado por su autoridad ha violado e infringido flagrantemente las normas constitucionales, leyes especiales y sus respectivas reglamentaciones, que a continuación se señalan:

1.- El Art. 32 de la Constitución Política del estado vigente establece:
"Articulo 32 Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y la leyes no manden, ni privarse de lo que ellas no prohíban".

2.- El Art. 7 inc. d) de la Constitución Política del Estado establece:
"Articulo 7 Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a la leyes que reglamenten su ejercicio:
d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita, en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo".
3.- El Art. 229 de la Constitución Política del Estado estable (Sic.)
"Articulo 229. Los principios, garantías y derechos reconocidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes, que regulen su ejercicio ni necesitan de reglamentación previa para su cumplimiento".

"(…) la norma contenida en la disposición constitucional objeto del análisis consagra una garantía constitucional para la persona, al establecer una obligación negativa para el estado, la de no afectar el núcleo esencial de los derechos humanos mediante las leyes que limiten el ejercicio de los mismos; ello implica que, si bien el estado puede establecer, mediante ley limites al ejercicio de los derechos fundamentales, pero no puede ni debe afectar el núcleo esencial al grado que la limitación se convierta en supresión del derecho fundamental"

Finalmente, el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. 602/2003 de fecha 24 de octubre de 2003, establece en la parte pertinente, los principios que debe adoptar esa entidad reguladora para aplicar las posibles sanciones:

"Articulo 2.- (Principios)
A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios:
c) Igualdad y Proporcionalidad. Las sanciones impuestas deben enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse."

Respecto al debido proceso, *de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no ha incumplido ninguna Orden o Instrucción escrita de la SPVS con relación a los señores Banegas de Soria Sonia, Castro Durand Lidia, Badia Ricardo, Indaburu Germán y Mendoza Calderón Juan Carlos, por lo que de acuerdo a los alegatos y pruebas aportadas, ni el informe SPVS/IS/DAD/716/08, ni la resolución sancionatoria ahora impugnada que imperativamente debieron previamente considerar este hecho de nuestra parte (es decir el incumplir una orden o instrucción), por lo que deben ser dejadas sin efecto en su caso adecuarse a la forma que ordena la ley especial y su reglamentación.*

Respecto a la igualdad y proporcionalidad en la determinación de la aplicación de la infracción*, denunciamos que a la entidad que represento, se le ha impuesto una sanción pecuniaria, como consecuencia de una arbitraria calificación efectuada por esa institución reguladora, por una conducta que según valoración no fundamentada hasta la fecha, es causada por sus representantes legales , no obstante en ningún momento y bajo ninguna circunstancia se ha causado daño económico o perjuicio a la misma, sus clientes o terceros, si bien es cierto que si hipotéticamente este hecho ocurrió, es decir no haber hecho registrar a los señores Mendoza, Calderón Banegas de Soria e Indaburu, consideramos que en ningún momento de manera culposa o dolosa nuestro accionar haya puesto en riesgo a la sociedad que represento o a sus clientes, solicitamos que en aplicación de la sana crítica y la valoración razonada de las conductas de los administrados e incluso el verdadero contenido de la norma, es decir, que si hay varias alternativas posible elegir varias alternativas sancionables (Sic.), por lo que solicitamos a su autoridad que si(Sic) revise el procedimiento y la fundamentación de la*

sanción y en su caso, si corresponde se sancione como infracción leve mediante llamada de atención u otra de similar jerarquía."

"Señor Superintendente, en la resolución administrativa No. 001/2009 no se ha comprobado en ninguno de sus considerandos y suponemos que el informe que la sustentan, que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., o alguno de sus representantes haya ocasionado daño económico, por lo que solicitamos anular el procedimiento hasta su vicio más antiguo, es decir hasta el informe SPVS/IS/DAD/716/2008 inclusive y se elabore otro conforme a derecho…

***IV. CONCLUSION.** Por los argumentos de hecho y derecho antes expuestos, queda demostrado fehacientemente que la entidad que represento, se le ha aplicado un proceso sancionador en franca violación de las normas constitucionales y del procedimiento administrativo ya citado.*

V. PETITORIO.-

*En mérito a los argumentos de hecho y derecho anteriormente expuestos, toda vez, que por una parte la institución reguladora emite la Resolución Administrativa que impone una onerosa y confiscatoria sanción pecuniaria en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., basada en un informe que observa erróneamente normas procedimentales y no así la valoración de los derechos y principios al cual hacemos mención ampliamente, por lo todo lo expuesto (sic), solicitamos que su autoridad se sirva **REVOCAR** en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución Administrativa SPVS/IS No 001 de fecha 05 de enero de 2009 y en su caso se dicte otra, menos gravosa y adecuada a los antecedentes y circunstancias expuestas, circunscribiéndose su accionar a los principios y procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IS No. 223 DE 31 DE MARZO DE 2009.

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 223 de 31 de marzo de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 001/2009 de fecha 05 de enero de 2009, en todas sus partes y formas, bajo los siguientes argumentos:

*"...**CONSIDERANDO:***

Que, la Dirección de Análisis y Desarrollo evalúa técnicamente el Recurso de Revocatoria presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en los siguientes términos mediante Informe SPVS/IS/DAD 148/2009 y concluye lo siguiente:

***Evaluación Caso Lidia Castro**: la entidad aseguradora expresamente acepta el incumplimiento encontrado, asimismo, se aclara que a la fecha de la inspección se encontró que la Sra. Castro se encontraba comercializando pólizas de seguros como agente de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., desde junio de 2007, por tanto, habiendo incumplido lo dispuesto en la normativa de Agentes de Seguros, conforme a lo establecido en el informe SPVS/IS/DAD/716/2008, por tanto, se ratifica el cargo interpuesto.*

***Evaluación Caso Ricardo Badia**: la entidad aseguradora expresamente acepta el incumplimiento encontrado, asimismo, se aclara que a la fecha de de la inspección se encontró que el Sr. Badia se encontraba comercializando pólizas de seguros como agente de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.*

desde junio de 2007, por tanto, habiendo incumplido lo dispuesto en la normativa de Agentes de Seguros, conforme lo establecido en el informe SPVS/IS/DAD/716/2008, por tanto, se ratifica el cargo interpuesto.

***Evaluación Caso Juan Carlos Mendoza**: Se considera que el mencionado agente estaría dentro del plazo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Agentes de Seguros, por tanto, corresponde desestimar el cargo interpuesto.*

***Evaluación Caso Ga Sonia Benegas de Soria**: El descargo acepta expresamente el incumplimiento encontrado, por tanto, se ratifica el cargo interpuesto.*

***Evaluación Caso Germán Indaburu**: El descargo acepta expresamente el incumplimiento encontrado, por tanto, se ratifica el cargo interpuesto.*

*De acuerdo a lo expuesto previamente, sobre la sanción dispuesta en la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 001 de fecha 05 de enero de 2009 contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., conforme los cargos establecidos en el informe SPVS/IS/DAD/716/2008, para los casos de las personas: 1) Lidia Castro Durand, 2) Ricardo Badia 3) Ga Sonia Banegas de Soria y 4) Germán Indaburu, se **RATIFICAN** los cargos; para el caso de Juan Carlos Mendoza Calderon, se **DESESTIMA** el cargo."*

CONSIDERANDO:

… En cuanto a los fundamentos presentados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en el Recurso de Revocatoria:

- *En primer lugar, se aclara que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. fue notificada legalmente mediante CITE SPVS No. 966/2008 en fecha 21 de octubre de 2008, con la apertura de un proceso sancionatorio, en la que se establecía la existencia de infracciones a fin de que la entidad aseguradora tenga conocimiento cabal de los cargos imputados, las infracciones establecidas y las normas vulneradas.*

- *Como se aclaró oportunamente, como parte del programa anual de Operación gestión 2008, se realizó la inspección de registro de Agentes de los meses de junio de 2007 a febrero de 2008 a Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., el informe SPVS/IS/DAD No. 716/08 concluye que de acuerdo a la documentación obtenida se detectaron 5 casos de personas que trabajan como agentes y cobran comisiones sin haber sido registradas ni acreditadas en la Superintendencia, conforme lo establece el Reglamento de Agentes de Seguros, emitido mediante Resolución Administrativa No. 024 de fecha 11 de febrero de 1999.*

- *De acuerdo a procedimiento, se realizaron las diligencias pertinentes a través de una inspección, cuyo resultado fue plasmado en el informe técnico identificado como SPVS-DAD No.716/2008. Informe que fue de conocimiento de la máxima autoridad y que constituye el documento técnico y de apoyo que establece los cargos imputados de acuerdo a la inspección realizada a la entidad aseguradora. Sin embargo, los cargos fueron oportunamente analizados por la autoridad correspondiente y en consecuencia se elabora la Nota CITE SPVS No. 966/2008 mediante la cual formalmente se dan a conocer los mismos.*

- *De conformidad al principio de legitimidad de las sanciones administrativas y lo establecido en el Art. 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo, estas podrán ser impuestas cuando hayan sido previstas por norma expresa. En este caso, se establece que la SPVS sancionó a Alianza Vida*

Seguros y Reaseguros S.A. por inobservancia al Art. 11 Inc. a) y b) del Reglamento de Agentes de Seguros, emitido mediante Resolución Administrativa No. 024 de fecha 11 de febrero de 1999. Encontrándose inmersa dicha conducta en el Art. 16, parágrafo II, literal a) de la Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003 que aprueba el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, que determina que se considerarán como infracciones leves: "Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente. Las normas regulatorias emitidas por la SPVS tienen desde su emisión, el carácter de obligatoriedad y ejecutividad para su cumplimiento, siendo deber de los regulados observarlas y cumplirlas por lo que se establece que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. incumplió la normativa señalada y, en consecuencia, la sanción aplicada no viola ninguna norma.

- *El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, deba corresponder a la ley y las normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza; este principio en materia sancionadora implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En este caso, la Administración ha tomado en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes de la falta que se sanciona. Considerando además, que lo hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la normativa aplicable y que lo hechos sancionados se encontraron, previo análisis de los descargos presentados, plenamente probados para los casos de las personas 1) Lidia Castro Durand, 2) Ricardo Badia, 3) Ga Sonia Banegas de Soria y 4) Germán Indaburu a la fecha de la inspección realizada.*

- *La multa señalada se encuentra establecida en el Reglamento de Sanciones de Sector de Seguros de acuerdo a los incumplimientos presentados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A.*

- *La Superintendencia en todo momento ha regido sus actos de conformidad a los principios señalados en el Art. 4º de la Ley 2341.*

- *Se aclara que de acuerdo con la parte recurrente, se considera que en la resolución recurrida no se ha comprobado en ninguno de sus considerandos que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. o alguno de sus representante haya causado daño económico. Sin embargo también se aclara que la sanción en este caso no es a causa de la producción del supuesto daño económico, nuevamente reiteramos que se sanciona la inobservancia a un Reglamento que es de cumplimiento obligatorio para la entidad recurrente.*

- *En cuanto a que la Resolución Administrativa No. 001 de fecha 05 de enero de 2009, haya violado normas constitucionales, expresamente Art. 32, Art. 7 d), Art. 229, consideramos que no es evidente de conformidad a una simple lectura de los artículos señalados.*

- *De acuerdo a lo señalado, se establece que Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no ha presentado suficientes argumentos para revocar la R.A. SPVS-IS No. 001/09 de fecha 05 de enero de 2009…"*

4. RECURSO JERÁRQUICO.

En fecha 20 de abril de 2009 Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 223 de 31 de marzo de 2009, expresando lo siguiente:

"I. Antecedentes.

1.1. *Señor Superintendente, como es de vuestro conocimiento, en fecha 12 de febrero del presente año,* ***ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.*** *interpuso* ***Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa No. IS 001/09 de fecha 05 de enero de 2009*** *que nos sanciona con una multa de Bs. 58.850.- (Cincuenta y Ocho Mil Ochocientos Cincuenta 00/100) por una supuesta infracción de acuerdo a lo establecido por el Art. 16 parágrafo II inc. a) del reglamento de Sanciones de Sector de Seguros referida a la inobservancia o incumplimiento del Artículo 11 inc. a) y b) del reglamento de Agentes de Seguros emitido mediante Resolución Administrativa No. 024 de fecha 11 de febrero de 1999 vigente, tal situación dentro de un procedimiento sancionatorio que denota accionares pocos serios (sic) e ilegales, según lo hicimos conocer en su oportunidad y clamamos a esa entidad reguladora en nuestro recurso de revocatoria que cursa en obrados, se revoque la Resolución Administrativa dictada que impuso una onerosa y confiscatoria sanción pecuniaria en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., basada en un informe que observaba erróneamente normas procedimentales y no así la valoración a los derechos y principios al cual hacemos mención ampliamente, solicitando una menos gravosa adecuada a los antecedentes y circunstancias expuestas, circunscribiéndose su accionar a los principios y procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.*

1.2. Resolución Administrativa IS No. 223 de fecha 31 de marzo de 2009.

*Dentro la Resolución Administrativa IS No. 223/09 de fecha 31 de Marzo del año en curso que confirma la Resolución Administrativa 001/09, nótese que el Art. 52 de la Ley de Seguros No 1883, base legal para imponer la sanción pecuniaria, establece claramente "****los tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; determinando que las sanciones deben aplicarse de acuerdo a la naturaleza de la infracción y que las previsiones reglamentarias; y que la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar la sanción administrativa de multa a la comisión de Infracciones Leves".***

*En este mismo sentido Señor Superintendente, se señala que "****Infracción leve corresponde al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios y otros".***

Señor Superintendente, tal como lo expresan y en el hipotética caso que dentro de un proceso sancionatorio apegado a norma, la entidad que represento haya adecuado su conducta o cometido algún acto que merezca una ***INFRACCION LEVE****, el hecho que se nos sancione con la multa pecuniaria tan alta y desproporcionada, fue aplicada sin ninguna clase de criterio, consideramos que la adecuación al tipo de la infracción cometida debería enmarcarse a lo señalado por el artículo 16 del Reglamento de Sanciones, en el parágrafo que corresponda, toda vez que bajo ninguna circunstancia se trata de conductas dolosas que atentan en contra de la misma entidad aseguradora, de sus clientes y de terceros."*

II. FUNDAMENTACION DE DERECHO

Señor Superintendente, la Resolución Administrativa No. 001/09 de fecha 05 de enero de 2009, pronunciada por su autoridad, viola e infringe flagrantemente las normas constitucionales, leyes especiales y sus respectivas reglamentaciones, que a continuación se señalan:"

"1.- Art. 7 La Constitución Política del Estado establece:"

Artículo 7º. Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:

d) A trabajar y dedicarse al comercio, industria o cualquier actividad licita, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo."

El artículo 32 de la Constitución Política de Estado establece:

Articulo 32º. Nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que ellas no prohíban".

En esta materia, el Art. 41 de la ley de Seguros vigente establece en la parte pertinente:

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

e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios, políticas y objetivos".

Finalmente el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. 602/03 de fecha 24 de octubre de 2003, establece expresamente y en forma inequívoca, en primera instancia los principios en que debe fundarse el procedimiento sancionatorio aplicable, y en segunda instancia la discrecionalidad que tiene la entidad reguladora y la obligatoria tramitación que se le debe imprimir, según lo transcrito a continuación:

En este sentido, el Art. 2 del mencionado cuerpo legal estipula en la parte pertinente:

Artículo 2.- (Principios)
A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios.

Debido Proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos.

Publicidad: Es el libre acceso al conocimiento de las actuaciones administrativas.

Igualdad y Proporcionalidad. Las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos y omisiones con la sanción a aplicarse.

Por su parte el Art. 18 referido a la determinación de la gravedad de la infracción sostiene:

"La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimara la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia,

según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares."

En este mismo sentido el Art. 23 con relación a la tramitación señala:

"Presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de lo antecedentes y a la valoración de los descargos presentados, aplicando el principio de sana crítica y valoración razonada y se emitirán los informes técnicos y legales que correspondan."

"…De emitirse la resolución administrativa sancionatoria, esta deberá encontrarse debidamente fundamentada…"

Señor Superintendente, como usted podrá observar dentro del procedimiento sancionatorio aperturado contra Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no se ha observado la normativa pertinente, y en este caso en particular, según lo siguiente:

Respecto la debido proceso de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. no se han tomado en cuenta sus alegatos y pruebas aportadas, ni en el procedimiento, ni la resolución sancionatoria, que imperativamente debieron ser consideradas y resueltas dentro de la misma forma que ordena la ley especial y su reglamentación; es más claramente el informe legal haciendo caso omiso del informe de evaluación de descargos emitido por la Dirección de Análisis y Desarrollo SPVS/IS/DAD 148/09, que señala en su último párrafo: "De acuerdo a lo expuesto previamente, sobre la sanción dispuesta en la Resolución Administrativa SPVS/IS/DAD/716/2008, para los casos de las personas 1) Lidia Castro Durand, 2) Ricardo Badia, 3) Ga Sonia Banegas de Soria y 4) Germán Indaburu, se ratifican los cargos; para el caso de Juan Carlos Mendoza Calderón, se desestima el cargo" procede a emitir Resolución Administrativa de manera inminente en contra de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., confirmando y manteniendo la errónea adecuación del hecho sustentado a lo prescrito por el parágrafo II del Art. 16 del Reglamento de Sanciones, debiendo en realidad haberse adecuado la conducta descrita según el ente regulador a lo señalado en el inc. e) del parágrafo I del mismo artículo; toda vez que por los argumentos y alegatos expuestos y no considerados se habría demostrado el cumplimiento de tres de las observaciones señaladas, se demostraba plenamente que se incurrió en un error y no así en el actuar de manera dolosa.

Respecto a la igualdad y proporcionalidad en la determinación de la aplicación de la infracción, denunciamos que a la entidad que represento, se le había impuesto una sanción pecuniaria desmedida, como consecuencia de una arbitraria calificación efectuada por el ente fiscalizador al que representa, por una conducta que según valoración no fundamentada hasta la fecha, pretendía señalar que fue causada por culpa o dolo en su accionar, como si hubiese sido con el fin de causar daño económico a la misma, sus clientes o terceros, esta imperante postura, no debe confundir los límites de la discrecionalidad e incluso del verdadero contenido de la norma, es decir, que si hay varias alternativas es posible elegir varias alternativas sancionables, por lo que solicitamos a su autoridad que se revise el procedimiento y la fundamentación de la sanción y del recurso presentado, y en su caso, si corresponde se sancione como infracción leve u otra de similar jerarquía.

Respecto a la valoración de las pruebas y alegatos aportados, la misma entidad reguladora confiesa en la emisión de la R.A. IS No. 223/09 por lo ya expuesto, que no se procedió a una valoración pormenorizada de los hechos alegados limitándose a señalar: ***"En cuanto a la Resolución Administrativa No. 001 de fecha 05 de enero de 2009, haya violado normas constitucionales, expresamente el Art. 32, Art. 7***

d), Art. 229 consideramos que no es evidente de conformidad a una simple lectura de los artículos señalados". *Cuando claramente la Ley de Procedimiento Administrativo concordante con su Reglamento señalan dentro de los requisitos el deber de fundamentar los hechos y derechos que la motivan y respaldan; accionar que se sobreentiende debe cumplirse en todas las instancias administrativas a fin de preservar la legalidad y el respeto al debido proceso en materia administrativa ejercitado en un contexto de seguridad jurídica de acuerdo a la potestad sancionadora que tiene la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.*

III.- PETITORIO.-

Toda vez, que por una parte esta entidad reguladora no considero en ningún momento los descargos presentados por Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., y basados en los descargos no considerados de manera eficiente, procede a emitir Resolución Administrativa SPVS/IS/ No. 223/09 de 31 de marzo de 2009 que confirma en su totalidad la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 001 de 5 de enero de 2009 que impone la ilegal sanción en contra de la entidad que represento, lesionando así el legitimo derecho al debido proceso que como entidad regulada la ley le confiere y obliga a respetar, y por otro lado, considerando que la Resolución Administrativa no contiene la fundamentación fáctica mínima para sancionar conforme a procedimiento, extralimitando con este acto administrativo sus atribuciones y competencias, en base a todo lo ampliamente expuesto, solicitamos que su autoridad se sirva ***REVOCAR*** *en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 223 de fecha 31 de Marzo de 2009, que ratifica en todos los extremos la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 001 de fecha 5 de Enero de 2009, a fin de que se proceda a emitir una Resolución Administrativa adecuando sus disposiciones a los principios y procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003…"*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes, documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica, cual se procede a continuación:

1. Del principio de motivación que rige el proceso Administrativo sancionatorio.-

El principio de la motivación de los Actos administrativos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por Ley de Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases por las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica al proceso.

Por consiguiente el principio de motivación conforme concluye uniformemente la doctrina, en materia administrativa sancionatoria, resulta fundamental, toda vez que constituye la garantía del administrado al debido proceso, al contar con la fundamentación que motivo la sanción que se impone, donde se encontrará la relación de las infracciones cometidas, los hechos, la normativa infringida, los elementos que configuran la calificación de la gravedad entre otros.

De esta manera, el administrado si considera afectados sus intereses, en el marco del debido proceso podrá impugnar las decisiones administrativas.

2. De los principios y garantías del Derecho Administrativo.-

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

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

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

El **Principio de informalismo**, consagrado por el artículo 4to. Inc. l) Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo determina:

> *"La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo."*

Este derecho fundamental del administrado, implica que la administración pública debe prescindir de exigencias formales no esenciales, más aún si se ve afectado el derecho del administrado a ser oído y ejercer plenamente su defensa, puesto que las garantías del debido proceso, priman sobre exigencias de formalidades que no hacen al acto u proceso.

El **Principio de sometimiento pleno a la ley**, determinado en el inciso c) de la Ley del Procedimiento Administrativo determina que:

> *"La administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la Ley, asegurando a los administrados el debido proceso.*
>
> *La ley otorga facultades a los órganos de la administración pública para velar por la correcta aplicación de los procedimientos administrativos establecidos con la finalidad de evitar actos que, a futuro puedan derivar en lesiones a los derechos de los administrados.*
>
> *Ahora bien, la doctrina del Derecho Administrativo la legalidad no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, la legalidad de los actos proyecta tanto en un procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo."* (Resolución Jerárquica de Regulación financiera SGSIREFI/RJ No. 04/2005 de 134 de enero de 2005).

En este contexto la legalidad de un acto administrativo debe circunscribirse a valorar todos y cada uno de los actos procesales llevado a cabo dentro un proceso administrativo y la fundamentación oral presentada por el recurrente representa un acto procesal valido y legítimo.

3. Análisis de la controversia.-

De acuerdo a la compulsa de los antecedentes realizados por esta instancia Jerárquica se ha detecta que:

3.1 Audiencia Pública de Exposición Oral de Fundamentos.-

Mediante Providencia de fecha 17 de febrero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, atendiendo la solicitud del recurrente mediante el Memorial de Recurso de Revocatoria, fijo Audiencia, para el día martes 3 de marzo de 2009 a horas 11:00, en la Intendencia de Seguros.

Conforme se evidencia del expediente administrativo, la Audiencia fue llevada a cabo, con participación de la Institución recurrente y personeros de la Superintendencia, sin embargo no se levantó Acta de la misma, conforme declara la propia Autoridad mediante nota ASFI/DSS/R-31199/2009 recepcionada en fecha 27 de agosto de 2009, a requerimiento de esta instancia mediante carta MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 027/2009 donde se requirió acta circunstanciada de la precitada audiencia.

La nota de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero refiere lo siguiente:

> *"…comunico a su persona que el día y hora fijados mediante decreto de 17 de febrero de 2009, no se llevó adelante ninguna audiencia por no encontrarse el Intendente de Seguros, sin embargo, se tuvo una reunión informal con el abogado de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A. en la cual se solicito se considere la sanción interpuesta, acto que no fue registrado por tratarse como ya se mencionó de una reunión informal, extremo que es de absoluto conocimiento de la parte recurrente y que deberá ser tomado en cuenta por su Autoridad."*

Dentro del debido proceso, dicha nota fue puesta en conocimiento de Alianza Vida Seguros y Reaseguros S.A., donde el recurrente mediante memorial de 29 de septiembre refiere – en lo pertinente – losiguiente:

> *"…Al respecto, Sr. Viceministro hacer notar la falta de seriedad y poco respeto al ordenamiento jurídico administrativo con está actuando la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), al señalar lo expresado en el párrafo precedente, cuando por un lado se evidencia que se practica en primer lugar una notificación formal mediante Decreto de 17 de febrero de los corrientes, ante nuestra solicitud de llevar adelante una Audiencia con personeros de la Ex SPVS conforme lo señala la Ley de Procedimiento Administrativo, situación que se concreta con una Audiencia en fecha 3 de marzo de 2009, y no así como una 'reunión informal', como señalaban funcionarios de la ASFI pretendiendo evadir su responsabilidad de presentar la misma ante su Autoridad; más aún cuando los mismos tienen pleno conocimiento que los personeros de nuestra Entidad deben trasladarse desde la ciudad de Santa Cruz, para cumplir a cabalidad con actos expuesto. Como bien podrá evidenciar su Autoridad no cursa en todo el expediente copia del acto formal expresado en ninguna parte, situación que consideramos trasciende a otras esferas que podrían desencadenar en grados de responsabilidad de los funcionarios públicos al no cumplir con lo ordenado por la Ley.*
>
> *Nuestra exposición de fundamentos nunca fue valorada conforme lo ratifican los personeros de la ASFI, mucho menos tomada en cuenta a momento de dictar resolución definitiva motivada en contra de nuestra compañía, situación que denota la clara y flagrante violación al legítimo derecho a la defensa que nuestra institución posee y por ende al debido proceso, al no haber sido considerados los puntos expuestos en la misma.*

Por otro lado, señalar que conforme a procedimiento la presencia del Sr. Intendente de Seguros no limita la realización o no de una audiencia, ya que la exposición de hechos o fundamentos no pueden ser dejados de lado en una institución de semejante envergadura y mucho menos aseverar que dicha situación fue puesta en conocimiento del abogado de Alianza Seguros cuando claramente tanto el asesor legal como el representante de nuestra institución una vez finalizada la audiencia solicitaron a los funcionarios participantes nos puedan remitir una copia de la realización de este acto, situación que jamás se cumplió y que por ese motivo pusimos en conocimiento de su autoridad de manera oportuna.

Asimismo Sr. Viceministro en caso de que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero hubiese suspendido la audiencia señalada, debió pues motivarse este hecho a través de un acta o auto respectivo señalando en todo caso, los motivos por los cuales no se habría realizado la misma y reprogramando su realización con el señalamiento de una nueva fecha y hora; situación que evidentemente no se habría realizado y que demuestra la constante violación al debido proceso al cual debimos ser sometidos en el presente caso.

En consecuencia Sr. Viceministro y habiendo su Autoridad evaluado y evidenciado todos los actos, expuestos solicitamos proceda a dictar Resolución anulando todo el proceso sancionatorio, por incumplimiento a los principios fundamentales dentro de los cuales se encuentra el debido proceso, y la proporcionalidad, al no haber sido Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. objeto de un proceso ecuánime y en igualdad de condiciones, no siendo valoradas nuestras pruebas en franca violación a nuestros legítimo derecho a la defensa; de conformidad todo esto a los artículos 52 y siguientes del Decreto Supremo No. 27175, concordantes con el Artículo 66 y consiguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, No. 2341 y sea con las debidas formalidades de ley …"

En virtud a los antecedentes del proceso administrativo, se evidencia que se llevó a cabo la audiencia **fijada mediante Providencia de 17 de febrero de 2009** por el órgano de regulación, misma que no requería para su perfeccionamiento la presencia de ninguna Autoridad, bajo el principio de informalismo desarrollado en líneas precedentes.

Asimismo, se constata, que al declararla la entidad reguladora como una Audiencia informal, implica que no la valoró ni tomó en cuenta a tiempo de emitir la Resolución Administrativa, que resolvió el Recurso de Revocatoria, situación que se encuentra en contraposición del debido proceso y la seguridad jurídica, pues la autoridad administrativa está obligada a tomar en cuenta todos los argumentos del regulado sin excepción, caso contrario su acción viola de anulabilidad los actos emitidos.

En este contexto normativo, el principio citado precedentemente es el que se debe relevar, en sentido de que el principio de informalismo, por regla general debe ir a favor del administrado y en la eventualidad de que algún requisito formal – menos institucional – como la presencia o no de una autoridad no puede restringir el derecho del recurrente a ser oído y haber alegado en derecho.

La infracción del órgano de regulación se refleja en el haber señalado día y hora para audiencia de manera formal mediante providencia expresa, habiéndose llevado a cabo, y al no haberse señalado los aspectos relevantes en un acta circunstanciada, menos haberse pronunciado en resolución, vicia el procedimiento, conculcando derechos y garantías subjetivas del recurrente a las que hace referencia en el escrito de fecha 29 de septiembre de 2009.

Por lo que, debe sanearse el procedimiento y restablecerse los derechos vulnerados para que la Autoridad subsane la omisión y valore todos y cada uno de los extremos planteados por el recurrente, debiendo la misma ajustar todas sus actuaciones a las disposiciones legales establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo y normativa conexa, evitando la vulneración de los derechos de los administrados, como ocurrió en el caso en Autos.

3.2 Valoración de la prueba presentada y fundamentación de los actos administrativos emitidos.-

Conforme se evidencia del cuaderno administrativo, se tiene que la Ex SPVS habría detectado que Alianza Vida Seguros y Reaseguros, habría infringido la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 024/99 de 17 de febrero de 1999, en su Artículo 11, correspondiente a los Sres. Ricardo Badia, Lidia Castro Rosa Durand, Juan Carlos Mendoza, Ga Sonia Banegas de Soria y Germán Indaburu.

Compulsado el expediente, se constata que:

En cuanto a los Sres. Ricardo Badia y Lidia Castro Rosa Durand, los mismos a tiempo de la fiscalización practicada por la Intendencia de Seguros de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, no contaban con autorización para desempeñar las funciones de Agentes de Seguros y habrían cobrado comisiones. Situación que a tiempo de la emisión de la nota de cargo y Resolución Administrativa sancionatoria, ya se habría regularizado, sin embargo la infracción como tal ya había sido cometida.

Referente al Señor Juan Carlos Mendoza, el descargo presentado por Alianza Vida Seguros y Reaseguros en el memorial de Recurso de Revocatoria, fue aceptado y
reconocido por la Ex SPVS, habiendo concluido en la parte considerativa que:

> "…***Evaluación Caso Juan Carlos Mendoza****: Se considera que el mencionado agente estaría dentro del plazo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Agentes de Seguros, por tanto, corresponde desestimar el cargo interpuesto…*
>
> ***...*** *para el caso de Juan Carlos Mendoza Calderon, se* ***DESESTIMA*** *el cargo."*

Respecto a los señores Ga Sonia Banegas de Soria y Germán Indaburu, infracción que es reconocida por Alianza Vida Seguros y Reaseguros, al señalar que los mismos no contaban con la autorización respectiva y que procederán con su regularización. En este punto la entidad recurrente, no presenta descargos respecto a su obligación como Entidad Aseguradora del incumplimiento a la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 024/99 de 17 de febrero de 1999, que establece clara y taxativamente la obligación de trabajar con personas naturales que detente la calidad de agentes de seguro.

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

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

4. Anulabilidad de los Actos Administrativos.-

La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad.
Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta

los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

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

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

> *"Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 223 de 31 de marzo de 2009 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IP/ Nº 344 DE 30 DE ABRIL DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 011/2009 DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 011/2009

La Paz, 3 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIAS.A. ADMINISTRADORADE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/No. 30/2009 de fecha 23 de octubre de 2009 de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 20 de mayo de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** legalmente representada por su Gerente General Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/2001, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009.

Que, mediante carta AP/118/2009 de 4 de agosto de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió en fecha 05 de agosto de 2009, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, recurso que fue admitido a través de Auto de Admisión de 10 de agosto de 2009.

Que, radicado el procedimiento administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003,

mediante Auto de fecha 13 de agosto 2009 se notificó con las actuaciones para su participación en el procedimiento a **BBVA PREVISIÓN S.A. AFP**, como tercero interesado.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IP Nº 088 DE 25 DE FEBRERO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 088 de 25 de febrero de 2009, notificada el 26 de febrero de 2009, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO1º.- (OBJETO)** El objeto de la presente Resolución Administrativa es aprobar el procedimiento para la recaudación electrónica de contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y aportes para vivienda.*
>
> ***ARTICULO 2º.- (APROBACIÓN)** Se aprueba el 'Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y aportes para vivienda" que se encuentra en el Anexo I de la presente Resolución que forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 19 de marzo de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 088 de 25 de febrero de 2009, notificada en fecha 26 de febrero de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

> "*De la revisión al procedimiento establecido por su Autoridad, se ha detectado una serie de contradicciones de forma que afectaran al objeto y espíritu de la norma y que consideramos que son inconsistentes en su texto y aplicación, mismos que a continuación nos permitimos desarrollar*:
>
> ***a)*** *El artículo 1 del manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: '...Aportes Contributivos: Son las contribuciones al SSO (Fondo de Capitalización Individual) y aportes para vivienda (Fondo de Vivienda) que paga el Empleador y afiliado Independientemente (sic) según corresponda...", con la cual el manual cierra a que las AFP's puedan contar con pago electrónico con destino a Cuenta Básica Previsional u otros que se puedan establecer. Consideramos que este manual debería ser abierto en este sentido porque genera aspectos de competitividad sana y es un elemento clave de modernización al Sistema de Seguridad Social.*
>
> ***b)*** *El artículo 2 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: 'Para que un usuario realice el pago de aportes Contributivos de manera electrónica debe apersonarse a una AFP para hacer entrega del ADA (Autorización de Débito Automático).*
>
> *Recibido el documento emitido por la Entidad Recaudadora, la AFP entregará al Representante Legal de cada empleador o al afiliado Independiente de manera personal, un sobre cerrado que contenga el código del empleador, claves de acceso y Seguridad.*

La AFP debe contar con constancia de la entrega del sobre cerrado y (sic) usuario y es responsable de entregar y administrar los accesos de autentificación de los mismos'.

La Transacción de pago al Seguro Social Obligatorio no se realiza de manera automática, por tanto, no existe un débito automático, sino más bien es una transacción individual de Banca Electrónica en Línea, que es utilizada por un responsable que asigne un empleador, motivo por el cual no se requiere de una Autorización de Débito Automático (ADA) debido a que este concepto no se ajusta a la aplicación del pago.

Asimismo, la claves (sic) de acceso a nuestra página Web habilita a nuestros clientes (Afiliados y empleadores) a utilizar una serie de productos. Para los casos de afiliados en función al formato establecido para los Estados de Cuenta Individual Semestral con circular SPVS-IP-DCF 75/2006 de fecha 22 de agosto de 2006, se remite el Número de PIN para que los afiliados puedan acceder a nuestra página WEB y a utilizar nuestros servicios, situación que estaría contradiciendo con el presente artículo. En el caso de los empleadores, la mayoría ya cuentan con estos Números de Pin. La utilización de este PIN no genera en ningún momento la posibilidad de que exista daño económico al SSO, porque el PIN con el que realizarán la recaudación electrónica corresponde a la Entidad Financiera recaudadora y no a la de las AFP.

c) *El artículo 4 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: '...Que los Aportes Contributivos pagados a través del Sistema de recaudación electrónica correspondan a períodos vigentes de acuerdo a los plazos establecidos en norma...'.*

Situación que se contradice con lo expresado en la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 088 de 25 de febrero de 2009, de que esta herramienta sea uno de los principales elementos de modernización destinados a superar los actuales niveles de eficiencia y brindar al usuario ventajas como: Agilidad en el Pago, acceso remoto, exactitud en los datos, etc., por lo que debe considerar también los períodos en mora.

d) *El artículo 6 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: '...Para efectos de convertir los Recursos recaudados en cuotas, la AFP deberá considerar como fecha de pago la que indique la Orden de pago aceptada por el sistema...' texto que no logramos entender a qué se refiere y solicitamos su aclaración y complementación.*

e) *Asimismo el artículo 6 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: '...En el evento de existir diferencias entre la fecha de Orden de Pago aceptada y la fecha de acreditación en la cuenta respectiva, prevalecerá la fecha de Orden de Pago aceptada debiendo la AFP establecer dicha condición en el contrato a suscribirse...'. Este evento es imposible que suceda, debido a que la transacción es en 'línea' y no existe un débito automático.*

f) *El artículo 8 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica señala: 'la AFP es responsable del proceso de recaudación electrónica independientemente de la contratación de terceros'. Nuevamente señalamos que la AFP no interviene directamente con el pago, debido a que el pago se realiza a través del servicio que prestan las entidades financieras recaudadoras como el GANANET del Banco Ganadero, BNBNET del Banco Nacional de Bolivia, CREDINET del Banco de Crédito, quienes cuentan con su sistema de seguridad para realizar los pagos que tengan habilitados como impuestos, débitos, pago de haberes, y otros.*

g) *Ni la resolución, ni el manual hacen referencia a una fecha específica de arranque considerando que requerimos un plazo de adecuación a nuestras herramientas y velando por la sana competencia, se debe establecer una fecha de inicio para ambas AFP's.*

Asimismo se hace necesario remitirnos a lo establecido en el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS/IP/ Nº 77, de 30 de abril de 1999 que establece '...Los empleadores podrán realizar los pagos de las Contribuciones en FPC diseñados en forma computacional, siempre y cuando se rijan estrictamente a los formatos establecidos en los FPC aprobados por la Intendencia de Pensiones... por tanto en cumplimiento a este artículo, es que nuestra administradora de Fondos de Pensiones diseñó un producto Online con las especificaciones establecidas.

Nuestra Administradora de Fondos de Pensiones comparte que exista una herramienta de pago electrónico, sin embargo solicitamos considerar los aspectos antes esgrimidos y que no han sido tomados en cuenta en dicha Resolución, todo con el fin de brindar un mejor servicio a nuestros afiliados y sus empleadores.

En consecuencia, y conforme las observaciones realizadas, en cumplimiento a las disposiciones legales vigentes, en tiempo hábil y oportuno, presentamos recurso de revocatoria en contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 088 de fecha 25 de febrero de 2009 a fin de que esta norma pueda ser ajustada y modificada con la finalidad de que se adecue de mejor manera a su propósito, por lo que solicitamos se revoque parcialmente la Resolución mencionada y sea con las formalidades que en Ley hubiere...".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP/Nº 344 DE 30 DE ABRIL DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009 la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 088 de 25 de febrero de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

"***CONSIDERANDO:***

Que, en el marco del artículo 49º del Decreto supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, se procedió a realizar el análisis técnico y legal al Recurso de Revocatoria, de donde se desprenden conclusiones presentadas en el siguiente orden:

<u>Para el Artículo 1 inciso a) y Artículo 4º inciso c)</u>

Con relación a los argumentos de la AFP que el Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica no establece el pago electrónico con destino a Cuenta Básica Previsional ni los períodos en mora, se debe a que la Intendencia de Pensiones (IP) regulará la implementación de la Recaudación Electrónica de otros aplicativos. Sin embargo se aclara que éstos de ninguna manera modifican las condiciones técnicas para desarrollar el aplicativo requerido por la Resolución Administrativa recurrida.

El servicio de Recaudación Electrónica, es un servicio nuevo y adicional, que funcionará de manera progresiva, pudiendo ser ampliado posteriormente, previa aprobación de normativa, a otros conceptos, entre ellos la Cuenta Básica Previsional.

En consecuencia, no se acepta las expresiones vertidas por Futuro de Bolivia S.A. AFP de que existe contradicción en la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009.

Para el Artículo 2 inciso b)

Ante lo expuesto por la AFP, que la transacción de pago al SSO no se realiza de manera automática, la IP no establece que el pago electrónico al SSO se genere de manera automática y aclaramos que la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009 concibe el término Débito Automático como el servicio de recaudación que permite pagar aportes contributivos a través del débito en una cuenta bancaria del Usuario del Servicio (empleador o afiliado independiente).

Para tener acceso vía remota a un ordenador central de una Entidad Recaudadora y poder realizar operaciones en línea, se requiere de una autorización por escrito, que es la que se denomina ADA (Autorización de Débito Automático) y es indispensable que la AFP cuente con una copia de este documento como prueba de que el Usuario autoriza a la entidad bancaria el poder realizar pagos al SSO a través de este servicio.

Referente al ADA y entrega del código del empleador, claves de acceso y seguridad para el ingreso a la página WEB, la AFP señala que la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009 contradice la Circular SPVS-IP-75/2006 de 22 de agosto de 2006; esta aseveración es incorrecta, porque la Circular sólo aprueba el formato único del Estado de Cuenta Individual para entrega masiva (semestral) a los Afiliados Registrados y no hace referencia al PIN.

El Artículo 8 de la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009 establece que las AFP son responsables del proceso de Recaudación Electrónica independientemente de la contratación de terceros. En consecuencia, las AFP deben asegurarse que el acceso por parte de los Usuarios se realice de manera segura y cuente con la documentación de respaldo.

Para el Artículo 6 incisos d) y e)

Respecto a la solicitud de aclaración sobre la fecha de pago que debe ser la fecha que consigna la Orden de Pago, aclaramos que una vez que el Usuario termina de declarar electrónicamente el FPC en la página WEB de la AFP, éste ingresa a la página WEB de la Entidad Recaudadora para efectuar la transacción electrónica (Orden de Pago), momento que registra hora y fecha con el objeto de abonar los aportes contributivos.

Conforme a normativa vigente de acreditación, las Administradoras deben adquirir las respectivas cuotas al de valor de cuta (sic) de la fecha del día hábil siguiente a la fecha de pago (fecha de Orden de Pago que es el equivalente a la fecha de sello de caja de la Entidad Recaudadora, registrada en el FPC).

En relación al último párrafo del artículo 6, que señala: 'En el evento de existir diferencias...' y que la AFP indica que este evento es imposible que suceda, debido a que la transacción es en línea y no existe un débito automático...', se aclara que este párrafo se refiere al hecho de que un Usuario efectúe una transacción electrónica a horas 9:00 P.M. pero que debido al cierre de operaciones de la Entidad Recaudadora esta transacción registre la operación como la del día siguiente y no la del día del registro.

Este desfase puede originar mora, por esta razón se instruyó a las Administradoras que dentro de las condiciones de uso del contrato a suscribir con la Entidades Recaudadoras consigne esta situación en función de lo determinado por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Para el Artículo 8 inciso f)

La AFP señala que no interviene directamente con el pago, debido a que el mismo se realiza a través del servicio que prestan las entidades financieras recaudadoras, quienes cuentan con su sistema de seguridad para realizar los pagos que tengan habilitados.

El artículo 8 de la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009, es preciso señalar que las AFP son responsables del proceso de Recaudación Electrónica independientemente de la contratación de terceros, es decir, que aunque la AFP no administre los servicios que prestan las entidades financieras recaudadoras deben velar porque el servicio de Recaudación Electrónica sea seguro para los Usuarios.

Para el inciso g)

La Administradora señala que ni la Resolución ni el manual establecen una fecha específica y que considera requerir un plazo de adecuación a sus herramientas y velar por la sana competencia, para lo cual se debiera establecer una fecha de inicio para ambas AFP.

No se estableció una fecha de inicio debido a que la Recaudación Electrónica es un servicio adicional y no una obligación para las AFP; concibiendo que la sana competencia conllevará a que cuando una Administradora implemente esta herramienta, la otra AFP en el plazo que considere conveniente podrá desarrollar la misma si así lo definiera. Adicionalmente debe considerarse que la AFP tomó conocimiento de la Resolución Administrativa de fecha 26 de febrero de 2009, por lo que han transcurrido más de sesenta días (60) en los cuales pudo haber iniciado el desarrollo necesario para la implementación de esta herramienta, que no es de carácter obligatorio.

Consecuentemente, no es necesario que la R.A. SPVS/IP/Nº 88/2009 consigne una fecha de inicio para que las AFPS implementen la Recaudación Electrónica.

Que, en la fundamentación realizada en el Recurso de Revocatoria interpuesto por Futuro de Bolivia S.A., solicitando tomar en cuenta determinados elementos, corresponde expresar que luego del análisis técnico precedente, no se hallan elementos que justifiquen la modificación de los términos de la R.A. emitida, misma que contempla los elementos necesarios para proceder a la Recaudación Electrónica eficaz y oportuna para el mejor servicio al público en general. En consecuencia, debe confirmarse la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 088 de fecha 25 de febrero de 2009 en todas sus partes'...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 20 de mayo 2009, rectificado mediante memorial presentado el 12 de agosto del mismo año, Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondos de Pensiones presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 344 de 30 de abril de 2009, notificada el 06 de mayo de 2009, que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

"Su autoridad mediante la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 344, confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 88, sin embargo esta disposición no se ajusta a los requerimientos y condiciones que los expusimos en nuestro Recurso de Revocatoria planteado, por lo que nos permitimos impugnarlo en los siguientes términos:

Con referencia al tercer Considerando de su Resolución recurrida, en la cual detalla en forma separada los artículos de la Resolución confirmada me cabe señalar lo siguiente:

1. Para el Artículo 1 inciso a) y Artículo 4 inciso c)

Con enorme preocupación, nuestra empresa verificó lo expuesto en la Resolución Administrativa SPVS/ IP/Nº 344/09 de fecha 30 de abril de 2009 y la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 088 de fecha 25 de febrero de 2009, donde se desconoce el avance que logró nuestra AFP con los clientes en el proceso de modernización del Seguro Social Obligatorio, toda vez que nuestra administradora a la fecha cuenta con una herramienta de Recaudación Electrónica que contiene el correspondiente cálculo de interés por mora e incremental que es obtenida de manera automática. Esta herramienta fue diseñada en función a lo señalado en el artículo 9 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 077/99 de fecha 30 de abril de 1999 que a la letra dice:

'Los empleadores podrán realizar los pagos de las Contribuciones en FPC diseñados en forma computacional, siempre y cuando se rijan estrictamente a los formatos establecidos en los FPC aprobados por la Intendencia de Pensiones.

Las planillas adjuntas al FPC deben regirse de acuerdo al formato establecido en el mismo'.

Considerando que en el FPC, aprobado por la Intendencia de Pensiones se constituyen los conceptos de Intereses por mora e incremental, estos están sujetos en nuestra herramienta y no es dable que mediante la Resolución Administrativa SPVS-IP 088/09 y SPVS/IP/Nº 344/09 se quiera omitir el concepto de intereses, obligándonos a dar un paso atrás dentro del avance logrado en el sistema y más aún cuando existen empleadores que ya utilizan esta herramienta, misma que se encuentra disponible en nuestra página web desde la gestión 2004.

Por otro lado, ratificamos nuestra solicitud de que el manual de recaudación electrónica debe ser esbozado con conceptos generales y amplios que permitan contar con pago electrónico con destino a Cuenta Básica Previsional u otros que se puedan establecer en el futuro, debido a que la prestación de estos productos generan aspectos de competitividad sana y es un elemento clave de modernización al Sistema de Seguridad Social, más aún si la recaudación Electrónica es un servicio adicional y no una obligación para las AFP tal como se expresa en la foja 7 de la Resolución Administrativa SPVS/ IP/Nº 344/09, situación que está siendo restringida con lo expresado en el artículo 1 del Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica, que fue aprobado con la Resolución Administrativa SPVS/ IP/ Nº 088 de fecha 25 de febrero de 2009 que señala: '...Aportes Contributivos: Son las contribuciones al SSO (Fondo de Capitalización Individual) y aportes para vivienda (Fondo de Vivienda) que paga el Empleador y afiliado Independientemente (sic) según corresponda...'

2. Para el Artículo 2 inciso b)

Bajo el entendido de que no se realiza una transacción automática y de acuerdo a lo que define la Intendencia de Pensiones en el primer párrafo del punto 'para el artículo 2 inciso b)', de la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344/09 que señala: '... concibe el término Débito Automático como el servicio de recaudación que permite pagar aportes contributivos a través del débito en una cuenta bancaria del Usuario del servicio (empleador o afiliado independiente)' y asimismo tomando en cuenta que existe normativa específica donde se establecen los requisitos mínimos que las entidades financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros supervisadas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) deben cumplir para administrar los sistemas de información y la tecnología que los soporta, y que son utilizados en las operaciones de intermediación financiera, transferencia electrónica de datos, transacciones electrónicas de fondos, banca electrónica y cajeros automáticos con el propósito de

minimizar el riesgo tecnológico, siendo estos requisitos mínimos de carácter enunciativo y no limitativo, cuyos alcances, se encuentran sujetos al ámbito de aplicación de regulación prudencial, y que incluye a todas las entidades que realizan intermediación financiera y de servicios auxiliares financieros al amparo de lo dispuesto por la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993, y modificada por la Ley Nº 2297 de 20 de diciembre de 2001, cuyo funcionamiento está autorizado por la SBEF, y que realicen cualquier transferencia de información o transacción de fondos por medios electrónicos, tenemos a bien señalar dentro de este procedimiento la circular de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras número FB/443/2003 de fecha 12 de agosto de 2003, establece un contrato formal entre entidad financiera y usuario que expresamente señala:

'Deberá celebrarse un contrato entre la entidad financiera o empresa de servicios auxiliares financieros, y el cliente o usuario, en el cual queden claramente establecidos los derechos y responsabilidades de cada una de las partes que intervienen en este tipo de operaciones electrónicas. Este contrato deberá contener de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes puntos:

a) El usuario o cliente, será responsable exclusivo del uso y confidencialidad del Password, Clave de acceso o PIN, que utilizará en sus operaciones. Se indicará, el bloqueo automático de su clave después de tres intentos fallidos y el procedimiento para desbloqueo.
b) Debe detallarse el tipo de operaciones que puede efectuar el cliente.
c) Debe quedar establecido el horario y consideraciones de cierre diario de cada entidad financiera o empresa financiera de servicios auxiliares, junto al procedimiento alternativo en caso de no-disponibilidad del servicio.
d) Hacer conocer al usuario o cliente las medidas de seguridad que ha tomado la entidad financiera o empresa de servicios auxiliares financieros para la transferencia electrónica de información y transacción electrónica de fondos.
e) Los sistemas que permitan ejecutar transacciones de fondos, además de reconocer la validez de la operación que el usuario realice, deben controlar que los importes girados no superen el saldo disponible o el límite que se haya fijado para el efecto, salvo la existencia previa de contratos de anticipo o adelanto en cuenta, debiendo cumplir para tal efecto con las formalidades del Código de Comercio y reglamentación vigente'.

Consideramos innecesario y poco relevante la solicitud de una Autorización de Débito Automático (ADA) debido a que este concepto no se ajusta a la aplicación del pago ya que existe un contrato entre el cliente y la entidad financiera que define responsabilidades de utilización de la herramienta de banca electrónica.

Por otro lado, reiteramos nuevamente que la clave de acceso a nuestra página Web habilita a nuestros clientes (Afiliados y Empleadores) a utilizar una serie de productos y servicios disponibles, En el caso de la recaudación electrónica el usuario inicialmente ingresa a nuestra página web y con su numero de PIN (asignado por nuestra administradora) accede a todos los servicios y productos On Line disponibles en nuestro sitio web, entre ellos el FPC On Line, que permite llenar el Formulario de Pago de Contribuciones y si desea el empleador tiene la alternativa de completar el pago con la recaudación electrónica, para ello debe ingresar a la página web de la entidad financiera (utilizando su clave de acceso o PIN proporcionada por la entidad financiera) en la cual cuenta con el servicio de banca electrónica para que desde este sitio realice el pago de las contribuciones. Es importante resaltar que dentro de este proceso en ningún momento se ve comprometido el PIN bloqueo automático de su clave después de tres intentos fallidos y el procedimiento asignado por la entidad financiera ni la transacción electrónica.

Para los casos de afiliados en función a la circular SPVS-IP-DCF 75/2006 de fecha 22 de agosto de 2006, y como señala la Intendencia de Pensiones en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344/09, se establece el formato del Estado de Cuenta para ambas Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentra designado el campo Número de PIN para que los afiliados puedan acceder a nuestra página WEB y a utilizar nuestros servicios, situación que estaría contradiciendo con el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS-IP 088/2009.

Por tanto, la entrega con sobre cerrado de la información del PIN al empleador (encargado de recepción de cada empresa) es suficiente debido a que no existe posibilidad de daño económico y este PIN puede ser utilizado por cualquier persona que así lo disponga el empleador.

3. Para el Artículo 6 incisos d) y c)

Para evitar esta situación sugerimos la rehabilitación desde la página de la entidad financiera del servicio, siendo que en la circular de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras número FB/443/2003 de fecha 12 de agosto de 2003 señala que en el contrato que suscribe la entidad financiera y el usuario se establece el horario y consideraciones de cierre diario de cada entidad financiera o empresa financiera de servicios auxiliares, junto al procedimiento alternativo en caso de no-disponibilidad del servicio.

4. Para el Artículo 8 inciso f

Nuevamente señalamos, que en la circular de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras numero FB/443/2003 de fecha 12 de agosto de 2003 se establece los requisitos mínimos que las entidades financieras y las empresas de servicios auxiliares financieros supervisadas por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) deben cumplir para administrar los sistemas de información y la tecnología que los soporta, y que son utilizados en las operaciones de intermediación financiera, transferencia electrónica de datos, transacciones electrónicas de fondos, banca electrónica y cajeros automáticos con el propósito de minimizar el riesgo tecnológico, y que la AFP no interviene directamente con el pago, debido a que el pago se realiza a través del servicio que prestan las entidades financieras recaudadoras como el GANANET del Banco Ganadero, BNBNET del Banco Nacional de Bolivia, CREDINET del Banco de Crédito, quienes cuentan con su sistema de seguridad para realizar los pagos que tengan habilitados como impuestos, débitos pago de haberes, y otros y que existe una reglamentación a este nivel para ello.

5. Para el inciso g

Sorprende enormemente a nuestra empresa, la redacción de este inciso en la Resolución Administrativa Nº SPVS/IP/344 recurrida, ya que en forma extraña señala que la Recaudación Electrónica dispuesta en la Resolución Administrativa SPVS/IP/088 es un servicio adicional y ***no una obligación para las AFP.*** *En todo el desarrollo, implementación y ejecución que hemos venido implementando conjuntamente tanto su institución como ambas AFP en el Seguro Social Obligatorio a Largo Plazo, siempre estuvieron sujetas al cumplimiento obligatorio de acuerdo a lo estipulado en el artículo 27 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, que determina en forma expresa y taxativa que todos los actos administrativos ejecutados por su institución, en ejercicio de la potestad administrativa, produce efectos jurídicos sobre el administrado, es decir sobre ambas AFP's siendo estos actos de cumplimiento obligatorio; por lo que mal podría señalar su institución que la Recaudación Electrónica al ser un servicio adicional, no se constituye en una obligación de cumplimiento, lo que nos obliga a deducir que habiendo sido dictado el Manual dentro de la Resolución Administrativa SPVS/IP/088 es opcional su cumplimiento, y siendo así quedaría la duda de cumplir o no cumplir todas las Resoluciones emitidas por su institución.*

III. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicitamos a su autoridad remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 344 que confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 88 de 25 de febrero de 2009, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente'...".

5. FORMULACIÓN CRITERIOS BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES SOCIEDAD ANÓNIMA (BBVA PREVISIÓN AFP S.A.), EN CALIDAD DE TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado el 31 de agosto de 2009, BBVA Previsión AFP S.A. se apersona y presenta alegatos dentro del Recurso Jerárquico presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP contra la Resolución Administrativa SPVS-IP 344 de 03 de abril de 2009, bajo los siguientes argumentos:

"II. ANTECEDENTES

En fecha 14 de agosto de 2009, BBVA Previsión AFP fue notificada con la Resolución de fecha 13 de agosto de 2009 en la que su autoridad dispone que previa notificación esta Administradora presente alegatos dentro del recurso jerárquico presentado por AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A. contra la resolución administrativa SPVS-IP 344 de fecha 3 de abril de 2009.

III. EXPOSICIÓN DE CRITERIOS CON REFERENCIA AL RECURSO JERÁRQUICO PLANTEADO POR AFP FUTURO DE BOLIVIA S.A.

Dentro del Recurso Jerárquico interpuesto por Futuro de Bolivia S.A. Administradora de Fondo de Pensiones contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, a continuación manifestamos a su autoridad los comentarios siguientes:

La Resolución Administrativa SPS/IP/Nº 077/99 de fecha 30 de abril de 1999 que dice:

'...los empleadores podrán realizar los pagos de las Contribuciones en FPC diseñados en forma computacional, siempre y cuando se rijan estrictamente a los formatos establecidos en los FPC aprobados por la Intendencia de Pensiones'

Esta disposición administrativa reguladora tiene la finalidad de contar con 'Formularios Electrónicos' para el pago de Contribuciones mensuales al Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, los que deben ser entregados en ventanilla a las entidades recaudadoras por cada pago realizado.

Asimismo, la SPVS cumpliendo sus funciones establecidas en la Ley 1732 ha emitido la citada Resolución Administrativa con la finalidad de normar el procedimiento que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben seguir para los casos de pagos electrónicos a través de Internet.

Los formularios electrónicos virtuales tienen otro tratamiento ya que conllevan temas de seguridad de la información entregada por todas las partes involucradas (AFP, ENTIDAD RECAUDADORA, EMPLEADOR).

Para la entrega de la autorización de débito automático (ADA), es necesaria la existencia de un contrato entre el Banco y los Empleadores clientes del Banco, documento específico que autorice a que las AFP's den el servicio de pago electrónico a las empresas que así lo soliciten a su Banco, esto garantiza a las Administradoras de contar con el consentimiento de la empresa para el débito de los recursos para el pago de los aportes al Seguro Social Obligatorio, independientemente de los contratos que puedan tener entre las partes, (ejemplo: pago de energía eléctrica, Servicio de agua, teléfono, etc.).

Con referencia al párrafo segundo del artículo 6 de la Resolución Administrativa Nº 88, referida a la fecha de pago en el sistema, esta fecha debe estar en función de los contratos entre las empresas (Empleadores) y las Entidades Recaudadoras (Bancos y otras entidades), en razón a que los bancos realizan su cierre a fecha t=0 por la noche y una vez cerrado el fondo la recaudación pasa al día siguiente.

El artículo 8 de la citada Resolución Administrativa menciona que:

'la AFP es responsable en el proceso de recaudación independientemente de la contratación de terceros'

Es importante y esencial diferenciar que el proceso de recaudación es un flujo que está dividido en partes: i) la relacionada entre el Empleador y la AFP, etapa en la que el Empleador realiza la Declaración Jurada de la Planilla de Pago de Contribuciones y la AFP se obliga a realizar el procesamiento de la información declarada tal y como la declara el Empleador; ii) relaciona al Cliente y el Banco, entidad que tiene un control realizado por medio de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y es responsabilidad del banco y el cliente; iii) la relación entre la AFP y el Banco, fase que la Resolución Administrativa Nº 88 norma especificando algunas condiciones de seguridad que debe contar la Administradora y la entidad Recaudadora (encriptada de datos, transacciones por medio de Web Services de los montos que debe pagar el empleador).

Por otro lado, informamos que esta Administradora en cumplimiento a la Resolución Administrativa emitida por la SPVS está trabajando y desarrollando, implementando infraestructura tecnológica y aplicaciones informáticas para el uso de los servicios y pagos a través del Internet, modalidad de pago que tiene un tratamiento diferente por la seguridad que deben tener las transacciones que se realizarán en este proceso'..."

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

En atención a los argumentos expuestos en el Recurso Jerárquico, corresponde efectuar el respectivo análisis de legalidad, siguiendo cada uno de los artículos impugnados correspondientes al Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO) y aportes para vivienda (en adelante el "Manual"), que fue aprobado MEDIANTE Resolución Administrativa/SPVS/IP/ No. 088 de 25 de febrero de 2006.

1.1. Artículo 1.-

Con referencia a los argumentos planteados por la AFP recurrente, sobre la inclusión en la Recaudación Electrónica de aquellos pagos con destino a la Cuenta Básica Previsional, corresponde realizar las siguientes precisiones:

El artículo 1 referente a Definiciones del "Manual" define a los Aportes Contributivos como las **contribuciones al SSO (Fondo de Capitalización Individual)** y Aportes para vivienda que paga el empleador y Afiliado independiente según corresponda.

Asimismo, determina que los pagos que se realizan de manera electrónica (via internet) corresponden a los Aportes Contributivos.

Por lo que, se debe revisar el concepto de Cuenta Básica Previsional y los alcances de la misma. Es así que la normativa legal aplicable determina:

- **Ley Nº 3785 de 23 de noviembre de 2007**

> **"*Artículo 15 (FINANCIAMIENTO DE LACUENTABASICAPREVISIONAL)*** *La cuenta Básica Previsional es un patrimonio autónomo y diverso del patrimonio del Ente Gestor del Seguro Social Obligatorio de largo plazo, es indiviso, imprescriptible e inafectable por gravámenes o medidas precautorias de cualquier especie. Los bienes que componen esta Cuenta sólo pueden disponerse de conformidad a la presente Ley…"*

- **Decreto Supremo Nº 29423 de 16 de enero de 2008**

> **"*Artículo 20.- (CUENTA BASICA PREVISIONAL)*** .-
>
> I. *La Cuenta Básica Previsional, será administrada por las Administradoras de Fondos de Pensiones* ***como parte del Fondo de Capitalización Individual.*** *…"* (negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

- **Decreto Supremo Nº 29537 de 1º de mayo de 2008**

> **"*ARTÍCULO 4.- (CONTRIBUCIÓN A LA CUENTA BÁSICA PREVISIONAL). A efectos del procesamiento del pago del diez por ciento (10%) de la diferencia entre el Total Ganado menos sesenta (60) Salarios Mínimos Nacionales, determinado en el inciso d) del Artículo 15 de la Ley N° 3785 de 23 de noviembre de 2007, se deberá aplicar lo siguiente:***
>
> ***a) El pago citado precedentemente se considerará como una Contribución a la Cuenta Básica Previsional.***
>
> **b)** *El Empleador tiene la obligación de actuar como agente de retención y de pagar mensualmente la Contribución a la Cuenta Básica Previsional de los Afiliados bajo su dependencia laboral..."* (negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

La normativa transcrita *up supra*, delimita el campo y determina que el pago que se realiza a la Cuenta Básica Previsional forma parte del Fondo de Capitalización Individual y por lo tanto es una Contribución.

Por lo que, el propio "Manual", al definir los Aportes Contributivos, incluye por definición los aportes a la Cuenta Básica Previsional, y no como mal señala la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, que no estaría considerada *"y que en el futuro se regulará la implementación de la Recaudación Electrónica de otros aplicativos (…)",*

haciendo hincapié que "*el servicio de Recaudación Electrónica, es un servicio nuevo y adicional, que funcionará de manera progresiva,* ***pudiendo ser ampliado posteriormente, previa aprobación de normativa, a otros conceptos, entre ellos la Cuenta Básica Previsional****."*

Corresponderá que la Autoridad de Fiscalización, ponga en ejecución, la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009, para este tipo de conceptos, caso contrario se deberá limitar el concepto de Aportes Contributivos, pero a través de otro proceso administrativo, que no hace al caso en Autos.

Por lo que, se concluye que la normativa prevé la inclusión de los pagos a la Cuenta Básica Previsional, como se demostró en líneas precedentes, extrañado por el recurrente.

1.2 Artículo 2.-

Con relación a las determinaciones del Artículo 2 del "Manual" y revisados los argumentos presentados por la AFP recurrente y la instancia impugnada corresponde primeramente revisar los conceptos de Débito y Débito Automático, es así que tenemos:

a) El Débito, por concepto y universalmente utilizado, implica la transacción financiera por medio de la que se debita de la cuenta del titular, el monto que este autoriza, empleándose generalmente dicho término para las tarjetas de Débito, donde el titular de la cuenta o responsable, saca dinero con cargo a su cuenta.

b) El Débito Automático, implica la transacción financiera por medio de la que se realiza el pago a nombre del contribuyente o responsable, quien mediante la suscripción de un documento autoriza a la Entidad Financiera, realice el mismo.

Conforme se revisa la normativa regulatoria hoy impugnada, el pago que realiza el empleador o Afiliado Independiente, es en forma directa y personal y no delega a través de una autorización expresa para que su Entidad Financiera realice el mismo, por lo que, no corresponde el término Débito Automático, sino simplemente Débito.

Asimismo, importa precisar que la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, no puede separarse de los conceptos universalmente aceptados y que son de aplicación tanto en Bolivia como en el mundo, más aún si el propio procedimiento establece que no es un Débito Automático como tal. Por lo que importa ajustar la definición al procedimiento desarrollado, bajo el principio de congruencia que deben tener tomas las normas.

Respecto al argumento presentado por el recurrente, de que dicho documento no es necesario o el mismo es poco relevante, corresponde precisar, que si el empleador no cuenta con un documento que avale que cuenta con el servicio en línea (via internet) para el pago que otorgue una Entidad Financiera y con las que trabaje la AFP, el pago electrónico a través de internet, no podría efectivizarse, por lo que la constancia que se requiere es necesaria para el inicio del proceso de habilitación.

Por otro lado, la AFP señala que ya cuenta con empleadores a los que se les ha entregado el Código de Acceso o el denominado "PIN", ya que la misma ofrece varios servicios a través de su página Web, donde incluye el pago electrónico de los Aportes Contributivos. El hecho que ya se haya entregado la Clave de Acceso, no limita al cumplimiento de los demás determinaciones de la normativa establecidos en el "Manual".

1.3 Artículo 4.-

Respecto al Artículo 4, del Anexo 1 de la Resolución Administrativa Nº 088 que establece: "*… Los Aportes Contributivos pagados a través del sistema de Recaudación Electrónica correspondan a períodos vigentes de acuerdo a los plazos*

establecidos en la norma", no desconoce, como afirma el recurrente, los avances logrados por la AFP de tener una herramienta que efectúe el **cálculo** de interés por mora e incremental, herramienta que podrá seguir utilizando para dicho efecto, con la limitación de que el pago no podrá realizarse en forma electrónica (via internet), ya que la normativa limita su aplicación a períodos vigentes.

Sin perjuicio de ello, es pertinente que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en el menor tiempo posible, determine el procedimiento que se debe seguir, tomando en cuenta que una de las Administradoras de Fondos de Pensiones, reclama su implementación.

En base a lo fundamentado, esta instancia administrativa en cuanto hace al Recurso Jerárquico, no ha encontrado la vulneración de sus derechos y más aún tomando en cuenta la seguridad que debe primar todo servicio que se otorga a los empleadores y que repercuten sin duda alguna en los Afiliados.

1.4 Artículo 6.-

La Entidad recurrente, en su memorial de Recurso de Revocatoria por una parte plantea interrogantes, mismas que son absueltas por la Ex Superintendencia, sin perjuicio de tomar en cuenta que el Recurso de Revocatoria no tiene por fin la absolución de interrogantes, sino como determina el Art. 47 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 proceden contra toda resolución definitiva que cause perjuicio a los derechos o intereses legítimos del recurrente.

Asimismo argumenta que lo establecido en el tercer párrafo del "Manual" es un evento imposible de suceder, ya que determina que la transacción es en línea y no así un débito automático, finalmente y luego de la explicación que realiza la Ex SPVS en Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, plantea una sugerencia, situación que no corresponde sea vista por esta instancia administrativa, toda vez que conforme el Art. 37 y 52 del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, el objeto del Recurso Jerárquico se limita al control de legalidad verificando la vulneración de derechos e intereses legítimos, y se resuelve de puro derecho.

1.5 Artículo 8.-

Respecto al argumento planteado por la Entidad recurrente, con relación que la AFP no es responsable del proceso de Recaudación Electrónica, debido a que es la normativa sectorial la que determina los requisitos mínimos que las entidades financieras deben cumplir para administrar los sistemas de información y la tecnología que los soporta, y que son utilizados en las operaciones de intermediación financiera vía internet, donde –a decir de la AFP- ésa no intervine directamente con el pago,

Sobre el particular y conforme determina la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009, el proceso en términos generales del servicio de Recaudación Electrónica es el siguiente:

a) Constancia de que el empleador cuenta con el servicio de Banca On Line: En esta parte intervienen el Usuario (empleador o Afiliado independiente) y la Entidad Financiera, quienes conforme a la normativa sectorial, suscriben un documento de prestación de servicios.

b) Acreditación ante la AFP y habilitación del servicio en línea: El Usuario se apersona a la AFP, a efectos de entregar el documento que constata que cuenta con el servicio de Banca On Line de una Entidad Recaudadora. La AFP le otorgar una Clave de Acceso para que le preste el servicio de Recaudación Electrónica. En este punto es importar aclarar que la Entidad Financiera, deberá tener un contrato con la AFP, para el servicio de recaudación, conforme se evidencia de la definición que da el "Manual" de "Entidad Recaudadora".

c) Validación por parte de la AFP: Se inicia con el ingreso por parte del Usuario al sitio web de la AFP y deberá llenar la información correspondiente a la planilla que desea reportar, una vez cargada la Declaración Electrónica de Pago, **la AFP debe validar la información y generar una respuesta de aceptación** o rechazo al Usuario.

d) Pago de los Aportes Contributivos: Una vez que se obtiene la aceptación de la planilla por parte de la AFP, el Usuario ingresa al sitio Web de la Entidad Recaudadora y realiza el pago conforme a los procedimientos establecidos por ésta, debiendo la Entidad Financiera constatar, antes de realizar la transacción de débito que el monto a pagar por parte del Usuario (Empleador o Afiliado Independiente) es el que la AFP ha autorizado. Como se aprecia, en el pago intervienen el Usuario y la Entidad Financiera, pero con participación de la AFP, en cuanto al monto a pagarse.

e) Aviso de Pago: La AFP tiene la obligación de informar al Usuario mediante el sitio Web que su pago ha sido abonado.

De la lectura *in extenso* de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009 y se ha podido apreciar en líneas arriba, la participación de la AFP es en todo el proceso, y no así como afirma la misma, que limita su accionar a la primera parte, olvidando la validación y confirmación del monto que la Entidad Financiera debe contar para procesar la transacción de pago de Aportes Contributivos. Es así que, siguiendo la misma línea de comprensión, la AFP debe contratar Entidades Financieras para la Recaudación Electrónica que cumplan con las directrices generales establecidas en la citada Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88, tanto del procedimiento mismo como de las condiciones y requisitos del Sistema de Recaudación Electrónica, asegurando de esta manera que el pago de los Aportes Contributivos sea en estricta sujeción a la normativa, caso contrario asume la responsabilidad de conformidad al artículo 8 del "Manual" objeto del Recurso Jerárquico planteado.

Asimismo, no debemos olvidar que el inciso d) de la Ley No. 1732 de 29 de noviembre de 1996, en su Art. 31 determina que es obligación de las Administradoras de Fondos de Pensiones el cobro de cotizaciones para el Seguro Social Obligatorio de largo plazo.

Por lo tanto, queda establecida tanto la obligación de la AFP frente al cobro de contribuciones, como de su participación en la Recaudación Electrónica, establecida mediante Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009.

1.6 Otros argumentos.-

Cuando la Ex SPVS fundamenta Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009 determina que: "…*No se estableció una fecha de inicio debido a que la Recaudación Electrónica es un servicio adicional* ***Y NO UNA OBLIGACIÓN PARA LA AFP...",*** induce a error a la AFP porque no diferencia entre la obligatoriedad de la aplicación de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009, y el carácter de servicio adicional que permite la misma.

Es así que, según fundamenta la Autoridad Reguladora en la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, una AFP puede optar si otorga o no el servicio de Recaudación Electrónica, ya que lo considera como un servicio adicional. Sin embargo debe quedar claro que si utiliza dicha opción, está obligada a cumplir con el Manual de Procedimiento de Recaudación Electrónica de Contribuciones al Seguro Social Obligatorio de largo plazo y Aportes para Vivienda.

Por lo que, el carácter opcional corresponde a la prestación del servicio, pero la norma que determina el procedimiento, las condiciones, requisitos y otros, es de cumplimiento obligatorio por mandato constitucional.

En este sentido, resulta pertinente traer a colación lo que establece el artículo 17 del Decreto Supremo Nº 27175, "...*Resolución Administrativa es aquel acto administrativo que expresa la decisión de la autoridad reguladora, con*

alcance general o particular, emitida por las Superintendencias del SIREFI, en ejercicio de sus potestades públicas y que ***produce efectos obligatorios sobre los administrados"***. Por lo que se concluye que las Resoluciones Administrativas tienen carácter normativo y por tanto su cumplimiento es obligatorio y no facultativo.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con los Artículos 43 y 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá Confirmar Parcialmente la Resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 344 de 30 de abril de 2009, que en recurso de revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 88 de 25 de febrero de 2009, modificando la segunda definición del Artículo 1 de la siguiente manera:

> *"**Acreditación De Autorización (ADA):** Documento mediante el cual un Empleador o Afiliado Independiente, acredita que cuenta con el servicio en línea (via internet) de una Entidad Recaudadora, que le permita el débito en su cuenta bancaria, para el pago de Aportes Contributivos."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 066/2009 DE 22 DE JULIO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 012/2009 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 012/2009

La Paz, 20 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**, la Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009 emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/No. 35/2009 de fecha 4 de noviembre de 2009 emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

Que, mediante Auto de fecha 24 de agosto de 2009, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del recurso interpuesto por ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 066 de 22 de julio de 2009.

Que, mediante el mismo Auto de fecha 24 de agosto de 2009, se designa al Lic. Roberto Ugarte Q., Viceministro de Política Tributaria, para que asuman las responsabilidades y obligaciones conferidas al Ing. Mario Guillén S., en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

Que, en fecha 23 de octubre de 2009, se recibe la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos de **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.**

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 10 de agosto de 2009, **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.,** legalmente representada por su Asistente Administrativo y Financiero Lic. Segundo Luciano Escobar Coronado, conforme al Testimonio de Poder Nº 450/2002, otorgado por ante Notaría de Fe Pública de Primera Clase No. 070 del Distrito Judicial de La Paz a cargo de la Dra. Marina I. Avendaño Farfán, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-27551/2009 de 14 de agosto de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009.

Que, en fecha 17 de agosto de 2009, mediante providencia se requirió a la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remita la constancia de notificación de la Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009, documento imprescindible para determinar la admisión o rechazo del Recurso Jerárquico interpuesto.

Que, en fecha 24 de agosto la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, mediante nota ASFI/DAJ/R-29547/2009 de 21 de agosto de 2009, regulariza la documentación.

Que, de conformidad al artículo 55, Parágrafo II del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, se emite Auto de Admisión en fecha 25 de agosto de 2009.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IS Nº 151 DE 17 DE MARZO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, notificada el 31 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y seguros, resolvió:

> *"**ARTICULO1º.-** Sancionar a la Compañía Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. con una multa de Bs. 59.997 00/100 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y siete 00/100 Bolivianos) por la transgresión del Literal c) del Art. 12º, concordante con el Art. 30º de la Ley Nº 1883 de Seguros, y de los Arts. 11º y 14 de su Decreto Reglamentario Nº 25201, al no haber mantenido la Reserva de Siniestros Reclamados, al adecuarse su conducta, a lo establecido por el parágrafo II literal a) del Art. 16º del Reglamento de sanciones, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 20 de abril de 2009, **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, notificada en fecha 31 de marzo de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

"ANTECEDENTES, FUNDAMENTOS E INTERPOSICION DEL RECURSO

En fecha 4 de Julio de 2007, se produce un siniestro de incendio en instalaciones del Supermercado Sur Fidalga afectando la Póliza Todo Riesgo Daños a la Propiedad No. INC-20003072 contratada con nuestra entidad aseguradora.

Luego de realizados los respectivos análisis técnicos sobre el caso presentado y previo informe pericial 594/07 elaborado por la empresa A & B Ajustadores de Seguros, en fecha 5 de febrero de 2007 se remite carta al asegurado comunicándole que el reclamo presentado no es susceptible de indemnización debido a las consideraciones indicadas en el informe mencionado.

Cabe mencionar, que el ajuste practicado en fecha 29 de enero de 2007, previa confirmación de 1os hechos sucedidos y las verificaciones de predios y del contenido afectados, y luego de una minuciosa y respaldada investigación, valorados todos los descargos presentados por el asegurado con relación a las compras declaradas y aquellas "no sustentadas'" determinó que la cuantificación del siniestro reclamado en caso de ser procedente, ascendía a la suma de ***$us. 456.573,89 (Cuatrocientos Cincuenta y Seis Mil Quinientos Setenta y Tres 89/100 Dólares Americanos)****, previa aplicación del infraseguro por los detalles anteriormente señalados.*

En fecha 17 de Noviembre de 2008 mediante nota CITE SPVS/IS/DCF/N° 28/2008, la SPVS comunica a Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A que habría designado a funcionarios de esta institución para recabar información técnica financiera sobre el siniestro ocurrido en el Supermercado Fidalga de la ciudad de Santa Cruz, así como también de los hechos posteriores hasta esa fecha, inherentes y relacionados al mismo, solicitando se proporcione al mismo toda la información y documentos requeridos.

En fecha 13 de febrero de 2009, dentro de su competencia la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante nota CITE SPVS-N° 161.2009, notificó a Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. la apertura de un proceso sancionatorio de acuerdo a las observaciones presentadas por la Dirección de Control y Fiscalización mediante Informe SPVS-IS-DCF 108 N° 004/09; dentro del cual habiendo transcrito las partes pertinentes, concluyen que con relación a la información enviada referida al siniestro del Supermercado Sur Fidalga S.R.L. ocurrido en fecha 04/07/06; la Reserva de Siniestros Reclamados por Liquidar no se expone razonablemente conforme lo disponen el Art. 12 inciso c); Art. 30 de la Ley de Seguros y los Arts. 11 Y 14 del Decreto Supremo N° 25201.

En fecha 18 de febrero de 2009, mediante carta Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., acusa recibo de la notificación de cargos, solicitando al ente regulador conforme el Art. 62 (Legalidad) concordante con el Art. 66 (Notificación de Cargos) del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo, hacernos conocer el informe SPVS-IS-DCF 108 N° 004/09 a objeto de poder efectuar nuestros descargos y ejercitar consiguientemente nuestro legítimo derecho a la defensa y solicitando de igual manera la ampliación del plazo de presentación de descargos pertinentes hasta 15 días conforme procedimiento.

En fecha 25 de febrero mediante nota CITE SPVS No. 177.2009 la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros adjunta fotocopia simple del informe solicitado, ratificando el plazo concedido en primera instancia, para la presentación de descargos dentro del proceso sancionatorio iniciado.

Por su parte, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. mediante nota CITE SC-AAF No. 074/2009 da respuesta a la notificación de cargos recibida, concluyendo entre otros aspectos que la SPVS habría realizado una observación de tipo contable y no necesariamente observa como debiera, la solvencia y/o garantía para los asegurados, que en definitiva deberían ser la razón y el fin de los procesos de fiscalización de la SPVS. Asimismo adjunta para tal fin, documentación de descargo para constatar que ambos aspectos (contable y solvencia) fueron cumplidos por nuestra compañía; no sin antes hacerles conocer una cronología breve de los antecedentes de la ilegal demanda ejecutiva iniciada por la empresa Súper Sur Fidalga S.R.L. que en definitiva sería el único argumento con relativa validez, que señala el informe de la SPVS para observar la reserva de siniestros reclamados por liquidar.

Finalmente, la SPVS consolida dicho proceso sancionatorio mediante Resolución Administrativa No. 151 de fecha 17 de marzo del presente año, estableciendo de manera relevante los siguientes aspectos que ratificamos y ampliamos según los siguientes descargos:

En el inc. a) referido a las observaciones en el informe SPVS-IS-DCF-108 Nº 161/2009, señalan `En el mes de Julio de 2006, la compañía declaró el siniestro Nº 121451 por el reclamo efectuado por el Supermercado Sur Fidalga S.R.L., el mismo que en primera instancia fue rechazado por no cumplir con las condiciones especificas en la póliza en la gestión 2007; el asegurado inició un proceso judicial por el reclamo efectuado'

Resulta imprescindible aclarar que el párrafo subrayado, denotaría que la interposición de demanda ejecutiva en contra de nuestra compañía se habría dado de manera inmediata, cuando claramente Sr. Superintendente, se evidencia a través del informe del Dr. Carlos Vaca, asesor legal de nuestra compañía, que fuimos notificados con la interposición de demanda en fecha 21/05/08 transcurridos casi 2 años de ocurrido el siniestro y un mes antes de que dicha acción prescriba.

Asimismo hacer notar a su autoridad, que el asegurado decidió acogerse a la vía judicial no prevista, pese a los innumerables intentos de llegar a un arreglo con su persona, luego del rechazo del siniestro presentado, situación que se puede verificar plenamente, toda vez que la constitución de reserva de manera potestativa y unilateral fue mantenida hasta el mes de Junio de 2007 por parte de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.

Por otro lado, mencionar que cuando se procedió con la interposición de esa demanda en un marco totalmente ilegal, contrario a toda lógica jurídica, situación que la Dirección Legal de la institución a la que representa podrá corroborar y que a continuación pasamos a resumir para su mejor entendimiento:

- *Mediante memorial de fecha 07 de Mayo de 2008, el Supermercado Sur Fidalga SRL., interpone 'demanda ejecutiva' contra la entidad aseguradora que represento, por una imaginaria cuantía impetrada de $us. 2,500.000.- (Dos Millones Quinientos Mil 00/100 Dólares Americanos), monto irrisorio y por demás desmedido(en caso de que la acción civil pudiera proseguir) porque se trataba de una sola sucursal de los Supermercados que habría sufrido el siniestro y no así de la totalidad de las sucursales aseguradas, calculadas de acuerdo a una pérdida máxima probable, a la cual estaría sujeta el asegurado al momento de la contratación de la póliza.*

  *No obstante este hecho, la demanda es ilegalmente admitida por el Juez de la causa quien dicta Auto de Intimación de Pago y Retención de Fondos; cuando por el contrario debió en todo caso seguirse con el procedimiento respectivo y honrar lo prescrito en la póliza contratada (ley entre partes) de acuerdo al Condicionado General, aprobado por la SPVS, que claramente establece en su Art. 28 (Cláusula Compromisoria Arbitral) concordante con el Art. 39 de la Ley de Seguros lo siguiente: 'Las partes intervinientes en este Contrato, acuerdan que toda discrepancia, cuestión o reclamación resultantes de la ejecución o interpretación de la presente Póliza o relacionado con ella, directa o indirectamente, se resolverá definitivamente mediante Conciliación o Arbitraje en el marco del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio y de acuerdo a su reglamento; a la que se encomienda la administración de la Conciliación y o Arbitraje y en su caso la designación del conciliador, de conformidad a lo establecido por la Ley No.1770 de fecha 10 de marzo de 1997', por ende Sr. Superintendente su autoridad podrá evidenciar que no se cumplió lo pactado y que el asegurado **demostrando mala fe e inminente ánimo de lucrar con el seguro, prosiguió una causa ilícita y sin fundamento.***

  A raíz de este hecho, Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., efectuó la defensa legal pertinente logrando que mediante los mecanismos procedimentales creados por ley, se deje sin efecto todo lo actuado, ANULANDO OBRADOS hasta el auto intimatorio inclusive, (adjunto auto de Vista No. 621/08 de fecha 13 de diciembre de 2008) pronunciado por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz.

Cabe señalar que esta Resolución Judicial es definitiva y permanecerá inamovible en el tiempo (Auto de Vista No. 621/08), ya que la parte adversa interpuso Recurso de Amparo Constitucional contra dicha Resolución Judicial, mismo que fue declarado Improcedente en todos sus términos por la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Distrito Judicial de Santa Cruz.

En consecuencia a la fecha no existe ningún trámite judicial vigente relacionado con el reclamo del siniestro de fecha 04 de Julio de 2007 y por lo tanto no corresponde efectuar o mantener reserva técnica y contable alguna al respecto.

En este entendido Sr. Superintendente, si bien a momento de la inspección "in situ" realizada por el funcionario de la SPVS, (a Noviembre de 2008) nuestro registro contable no se encontraba castigando las partidas técnicas referidas a Siniestros Reclamados por Liquidar (Código 205.02) y Siniestros por Pagar (Código 202.01), conforme indica el informe de la Dirección de Control y Fiscalización, cabe resaltar que el reportar estos datos dentro del Plan Único de Cuentas responde, de acuerdo al criterio del ente regulador, a la necesidad que existía de implementar una estructura contable con un sistema de codificación único para los servicios de seguro, que cumplan a su vez con los requisitos de especialización para la administración de los mismos por parte de nosotras las compañías que operan en el mercado de seguros; todo esto en el entendido de que la actividad aseguradora y reaseguradora, operaba a partir de diferentes modalidades y sub modalidades técnicas de seguro, con el propósito de cubrir riesgos que afectan bienes, personas y actividades económicas relacionadas entre ambas.

Ahora bien, todo lo mencionado en el párrafo precedente, se resume en el hecho plenamente demostrado de que la capacidad de solvencia de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A E.M.A, pese a no haber registrado las partidas contables dentro del PUC, en ningún momento se vio comprometida, por el contrario salvaguardando en todo momento la misma es que como parte de los descargos presentados se adjuntaron conciliaciones y extractos bancarios de nuestra cuenta corriente en el Banco Mercantil de los meses de Diciembre y Noviembre donde su autoridad podrá corroborar la retención de $us1.415.198,50 y $us1.185.680,04 respectivamente, recursos que no figuran como Inversiones que respaldan nuestros Recursos de Inversión y que garantizan afrontar un gasto de esta naturaleza, respaldando la solvencia y garantía de la compañía; recursos que son independientes de nuestras inversiones que respaldan nuestros recursos de inversión a esa fecha 31/12/2008, los cuales presentan a esas fechas un excedente de $us. 256.143,59 (Doscientos Cincuenta y Seis Mil, Ciento Cuarenta y Tres 59/1 00 Dólares Americanos).

- *Otra prueba contundente que respalda esta situación es la carta presentada por el reasegurador (Everest Reinsurance Company) donde indican que se encuentran al tanto del caso del Supermercado Fidalga y que además estipula que como Reasegurador Profesional y Líder en el Mercado Internacional cumple y enarbola la premisa básica que debería seguir todo reasegurador que es la de seguir la suerte de la cedente; señalando puntualmente que en el caso particular respalda el fallo de la autoridad competente.*

Por otro lado Sr. Superintendente enfatizar de acuerdo al punto 5 conclusiones y recomendaciones del informe SPVS-IS-DCF-108-N° 004/09 que el punto R.1 señala textualmente: 'Al Intendente de Seguros que nuestra compañía en el caso específico del siniestro del Supermercado Fidalga S.R.L. por el principio de 'prudencia', deberá mantener en registros contables un importe permanente como Reserva de Siniestros Reclamados por Liquidar por la contingencia que representa el fallo del Juez Décimo de Partido en lo civil Comercial de la Capital de Santa Cruz, que falló en primera instancia a favor del demandante en forma proporcional al contrato firmado con el reasegurador (asumimos refiriéndose al auto intimatorio de pago) ***otorgando plazo perentorio para que esta sea subsanada y en caso de incumplimiento a la normativa vigente, previa evaluación legal, la apertura del proceso sancionatorio correspondiente.'*** *Como bien su autoridad podrá evidenciar las recomendaciones no fueron consideradas siquiera y sin que exista una evaluación legal pertinente sobre el caso, ya que constaría el número de informe en la*

notificación de cargos efectuada, proceden aperturar proceso sancionatorio en contra de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A .

Sobre este mismo punto señalar que el inciso a) parágrafo II del Art.16 de la RA. No. 602/03 que aprueba el Reglamento de Sanciones, sobre el cual se habría impuesto la desmedida sanción pecuniaria en contra de nuestra empresa prescribe de manera textual: 'Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente en cumplimiento de la normativa vigente', cuando la adecuación, por todos los antecedentes expuestos, desde nuestro buen entender, se adecuaba perfectamente Sr. Superintendente a la señalada por el inc. d) parágrafo I del Art. 16 de la norma citada que establece: 'Incumplimiento, de contenidos de información debida a la Superintendencia, al Estado o al público', hecho que conlleva por su relevancia una sanción menor y que además con el antecedente de que en ningún momento nuestra compañía habría presentado una situación similar, tampoco se podría evidenciar la reincidencia en el caso, como para sancionar el incumplimiento como un hecho irreversible y que cause de algún modo daño o perjuicio grave a nuestros asegurados o al mercado asegurador, imponiendo una sanción pecuniaria tan alta, sin que exista mérito legal suficiente, conforme además lo descrito en los principios consagrados por la Ley de Procedimiento Administrativo N° 2341 en su Art. 4 inc. c) d) h) m) y p) que a letra sostienen:

"Art. 40 (Principios Generales de la Actividad Administrativa).- La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:

***c) Principio de sometimiento pleno a la ley:** La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;*

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

***h) Principio de jerarquía normativa:** La actividad y actuación administrativa y, particularmente las reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;*

***m) Principio de publicidad:** La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que esta u otras leyes la limiten;*

***p) Principio de proporcionalidad:** La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento;".*

Señor Superintendente, los principios jurídicos y toda norma procesal, están vinculadas con el intrínseco derecho a la defensa en debido proceso, estableciendo los postulados a seguir y respetar, y la forma de actuar, las cuales en toda materia, han sido fijados en resguardo y protección del sujeto regulado, y por otro lado no se aplicó al determinar la sanción pecuniaria de manera proporcional a los descargos.

Finalmente mencionar que el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. 602/2003 de fecha 24 de octubre de 2003, establece en la parte pertinente, los principios que debe adoptar el ente regulador a momento de aplicar las posibles sanciones:

*'**Articulo 2.- (Principios)***

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios:

c) Igualdad y Proporcionalidad. Las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la sanción a aplicarse'.

***Respecto al debido proceso**, Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., no ha incumplido ninguna Orden o Instrucción escrita de esa SPVS con relación al siniestro del Supermercado Fidalga, simplemente por omisión y por todos los antecedentes pactados en el entendido de que el juicio planteado en ningún momento pudo ser sustentado, no configuró un siniestro pendiente de liquidar, se procedió a actuar a nuestro buen entender conforme lo señalado por el ordenamiento.*

No obstante y de acuerdo a los alegatos y pruebas aportados, consideramos que la resolución sancionatoria ahora impugnada, que drásticamente y sin evaluar los descargos presentados en primera instancia procedió a sancionar de manera tajante este hecho contable, debe ser reconsiderado, dejando claramente establecido que bajo ningún punto de vista Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. incumplió una orden o instrucción o pensaría siquiera hacerlo, por lo que solicitamos a su autoridad reconsiderar el monto de la multa propuesta, y adecuar la contravención de la cual fuimos objeto a la forma que ordena la ley especial y su reglamentación, en el entendido de bajo ninguna circunstancia se habría causado daño económico o perjuicio al asegurado, a terceros o clientes o al mercado asegurador.

CONCLUSION.-

Por los argumentos de hecho y derecho antes expuestos, queda demostrado fehacientemente que la entidad que represento, se le ha aplicado un proceso sancionador en franca violación de las normas constitucionales y del procedimiento administrativo ya citado.

PETITORIO.-

En mérito a los argumentos de hecho y derecho anteriormente expuestos, toda vez, que por una parte la institución reguladora emite la Resolución Administrativa que impone una onerosa y confiscatoria sanción pecuniaria en contra de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., basada en una adecuación a la normativa aplicada erróneamente conforme normas procedimentales sin considerar principios en materia administrativa, solicitamos que su autoridad se sirva REVOCAR en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 151 de fecha 17 de marzo de 2009 y en su caso se dicte otra, menos gravosa y adecuada a los antecedentes y circunstancias expuestas, circunscribiéndose su accionar a los principios y procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003…"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 066/2009 DE 22 DE JULIO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, resolvió confirmar totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

*"**CONSIDERANDO:***

Que, la competencia es el conjunto de funciones que de acuerdo al ordenamiento jurídico le corresponden ejercitar y desarrollar a los órganos de la administración, no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o, en algunos casos, en forma implícita, pero a través de una norma jurídica que la señale o delimite.

Que, el acto administrativo es válido cuando el órgano administrativo que lo emitió, en ejercicio de la función administrativa que le corresponde, actúa dentro de los límites de la competencia asignada.

Que, la competencia de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero por disposición de la Ley es privativa e indelegable para emitir regulaciones prudenciales, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades relacionadas con los sectores relacionados a intermediación financiera, valores y seguros. Tiene atribuciones para vigilar el cumplimiento de las normas y ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades.

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no solo tiene competencia para adoptar medidas correctivas o rectificadoras, en aquellas situaciones en las que corresponda disponer la

reposición o la restitución de la situación jurídica de un cliente o usuario de los servicios financieros que sufrió un menoscabo por un hecho en el cual no participó, no le es imputable y no se encuentra prevista contractualmente o en una norma expresa. Estas decisiones correctivas o rectificadoras no implican una dirimisión o resolución de controversias de naturaleza privada, que deben ser sujetas a un proceso de conocimiento en las vías jurisdiccionales ordinarias, ni constituye una determinación de daños y perjuicios a favor de una u otra parte, sino tan solo se ejercita una facultad regulatoria de reestablecer la situación jurídica del administrado, cliente o usuario, injustamente modificada y que no le corresponde accionar los mecanismos jurisdiccionales.

CONSIDERANDO:

Que, los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico boliviano constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002.

Que, el Principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que la Administración Pública investigará la verdad material, en virtud de la cual la decisión de la Administración debe ajustarse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración averiguar la verdad de los hechos, no limitando los hechos a simplemente algunas actuaciones que no son determinantes para la toma de las decisiones de la administración pública.

Que, el artículo 71 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

Que, el principio de legalidad contemplado en el artículo 72 de la citada Ley establece que las sanciones administrativas podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el Principio de Tipicidad, estableciendo que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y que solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las Leyes y disposiciones reglamentarias.

Que, la Administración a través de la Autoridad de Supervisión tiene a su cargo la función de regular del sistema financiero en su conjunto, siendo responsable del mismo. Esta es una labor fundamental que no puede ser llevada a cabo sin la observancia de una fuerte disciplina externa e interna, privar del poder sancionador al órgano regulador es privarle de defensa y condenar al desorden su labor. La facultad de la autoridad administrativa para corregir faltas de dicho orden, se refiere a la sanción de las infracciones de carácter administrativo, que son aquéllas que están previstas en normas de rango superior, como ser la Ley N° 1883, norma que en base al principio de tipicidad establece la generalidad de las sanciones y las conductas consideradas contrarias a dicho orden establecido.

CONSIDERANDO:

Que, en la parte de "Fundamento Procesal del Recurso de Revocatoria" la Compañía Alianza Seguros y Reaseguros S.A. EMA, invoca los artículo 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, norma inexistente, toda vez que la cita realizada en realidad corresponde al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, que consta de 5 artículos.

Que, del análisis de antecedentes resulta evidente que la documentación presentada por el recurrente como ser el Auto de Vista, o el Acta de Audiencia de Amparo Constitucional, no inciden de manera alguna en el hecho de que por norma necesariamente se debió constituir y mantener la Reserva de Siniestros.

Que, no se presentó ninguna evidencia del registro contable de la reserva de siniestros reclamados en virtud a ello, el ente regulador en uso de su potestad sancionatoria emitió la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 151 de 17 de marzo de 2009.

CONSIDERANDO:

Que, la Ley de Seguros N° 1883 en su artículo 43, inciso c) señala que es atribución de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, supervisar, inspeccionar y sancionar a las entidades bajo su jurisdicción.

Que, el artículo 52 de la Ley Nº 1883, determina los tipos de infracciones y sanciones aplicables por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, señalando que las infracciones leves corresponderán al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico o perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios u otros terceros.

Que, el Reglamento de Sanciones del Sector Seguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 602 de 24 de octubre de 2003, en su artículo 16, Parágrafo II, considera como infracciones leves sujetas a la imposición de sanciones con una multa correspondiente a una suma no menor a cuarenta mil uno (40.001) ni mayor a setenta y ocho mil (78.000) Unidades de Fomento a la Vivienda (UFV) el incumplimiento en el pago de la indemnización de los daños y pérdidas o el cumplimiento de la prestación convenida al producirse las eventualidades previstas por el articulo 12 inciso a) de la Ley N° 1883 de Seguros.

Que, el articulo 12 inciso c) de la Ley Nº 1883 de Seguros dispone que es obligación de las entidades aseguradoras mantener el capital mínimo y constituir y mantener las reservas técnicas.

Que, el artículo 1 del Reglamento a la Ley de Seguros, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 25201 de 16 de octubre de 2001, dispone que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener de manera permanente las reservas técnicas que establece el artículo 30 de la Ley de Seguros.

Que, el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Seguros, aprobado mediante Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 2001, determina que las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán constituir y mantener de manera permanente las reservas técnicas que establece el artículo 30 de la Ley N° 1883 de Seguros.

Que, el artículo 14 del Reglamento a la Ley de Seguros, aprobado mediante Decreto Supremo N° 25201 de 16 de octubre de 2001, dispone que se entenderá como reservas para siniestros pendientes, la reserva técnica correspondiente al cumplimiento de las obligaciones netas de reaseguro emergentes de siniestros ocurridos denunciados o no, que aún no han sido indemnizados.

CONSIDERANDO:

Que, mediante Informe ASFI/DSS/R-19952/2009 de 22 de julio de 2009, la Dirección de Seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluye señalando, que:

1. *- Los alegatos realizados por el abogado y el representante legal de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. no desvirtúan el contenido de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, toda vez que se ha hecho referencia en su totalidad a un proceso sustanciado en la vía ordinaria, cuyo objeto es distinto al procedimiento administrativo, que en el caso que nos ocupa sanciona la transgresión del inc. c) del Art. 12 concordante con el Art. 30 de la Ley 1883 y Arts. 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, adecuando su conducta a lo establecido en el inc. a) del parágrafo II del Art. 16 del Reglamento de Sanciones, por no haber cumplido con lo dispuesto en el informe SPVS-IS-DCT-108 N° 004/09.*

2. *La sanción impuesta con una multa de Bs. 59.997 (Cincuenta y Nueve Mil Novecientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos), está de acuerdo a la infracción cometida, toda vez que el inc. a) parágrafo II del Art. 16 del Reglamento de Sanciones, prevé una sanción que puede ir de 40.001 a 80.000 UFV´s.*

3. *Se considera que técnica y legalmente se debe proceder a confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 151 de 17 de marzo de 2009.*

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-19872/2009 de 22 de julio de 2009, ha manifestado que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, así como la documentación de prueba presentada, no enervaron, menos desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 151 de 17 de marzo de 2009, emitida por la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, por la transgresión del inciso c) del articulo 12 y articulo 30 de la Ley Nº 1883 de Seguros y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, al no haber mantenido la Reserva de Siniestros Reclamados adecuándose su conducta a lo establecido por el parágrafo II. inciso a) del artículo 16 del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros emitido aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 10 de agosto 2009, **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 066/2009 de 22 de julio de 2009, que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

"...II. DEL RECURSO JERARQUICO

Habiendo sido notificados con la Resolución ASFI/Nº066/2009 de fecha 22 de Julio de 2009mediante la cual su autoridad CONFIRMA en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 151de fecha 17 de marzo de 2.009, dentro del término de ley en nombre y representación de ALIANZA SEGU-

ROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. interpongo RECURSO JERARQUICO contra la Resolución ASFI Nº 066/2009de fecha 22 de julio de 2009conforme a la previsión contenida en los Artículos 66 parágrafo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo concordante con el Art. 52 Y siguientes del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, en base a las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

1. DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA No. 151 DE FECHA 17 DE MARZO DE 2009.-

1.1. Señor Director, como es de vuestro conocimiento, en fecha 20 de Abril del presente año, ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa No. IS 151 de fecha 17 de marzo de 2009 que nos sanciona con una multa de Bs. 59.997,00.- (Cincuenta y Nueve Mil Novecientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos) por una supuesta infracción del literal c) del Art. 12, concordante con el Art. 30 de la Ley N° 1883 (Ley de Seguros) y de los Arts. 11 Y 14 de su Decreto Reglamentario N° 25201, al no haberse mantenido la Reserva de Siniestros Reclamados, al adecuarse su conducta, a lo establecido por el parágrafo II literal a) del Art. 16° del Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa No. 602 de fecha 24 de octubre de 2003, tal situación dentro de un procedimiento sancionatorio que denota accionares poco serios e ilegales, según lo hicimos conocer en su oportunidad y clamamos a esa entidad reguladora en nuestro recurso de revocatoria que cursa en obrados, se revoque la Resolución Administrativa dictada que impuso una onerosa y confiscatoria sanción pecuniaria en contra de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., basada en un informe que observaba erróneamente normas procedimentales y no así la valoración de los actos, derechos y principios a los que hicimos mención ampliamente.

2. RESOLUCION ADMINISTRATIVA ASFI/Nº 066/2009 de 22 de Julio de 2009.

Señor Director, la Resolución Administrativa ASFI/Nº 066/2009 de fecha 22 de julio de año en curso que CONFIRMA la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 151 de fecha 17 de marzo de 2009, viola e infringe normas constitucionales, leyes especiales y disposiciones reglamentarias, por cuanto no se han valorado adecuadamente los descargos presentados por mi representada en su oportunidad.

2.1 ANTECEDENTES NECESARIOS.-

*Con el objeto de que su autoridad el cabal conocimiento de las ilegalidades cometidas en el presente proceso y que en definitiva propiciaron que **Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.** sea sancionada con la imposición de una onerosa suma de dinero, ante el supuesto incumplimiento por no haber mantenido la reserva del siniestro del Súper Sur Fidalga S.R.L. ; a continuación me permito puntualizar los siguientes aspectos de relativo a la pretensión de cobró judicial del Super Sur Fidalga S.R.L. y que en definitiva origino que se multe con esta desproporcionada sanción pecuniaria a la Compañía.*

*En fecha 07 de mayo de 2008, el Super Sur Fidalga S.R.L. representa una demanda ejecutiva contra Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A E.M.A. sea sancionado en la persona de ALEJANDRO FABIAN IBARRA CARRASCO (quien no es su representante legal), y que a la postre **PROPICIO QUE SE TRAMITE UN PROCESO A ESPALDAS DE MI REPRESENTADA** hasta el 21 de agosto de 2008, fecha en la que luego de haber tomado conocimiento del irregular procedimiento y la adopción de medidas precautorias, el representante legal de alianza Seguros y Reaseguros S.A.E.M.A. Lic. Jaime José Antonio Trigo Flores, se apersona y formula incidente de nulidad, el mismo que en primera instancia fue rechazado y en alzada declarado probado, disponiéndose en definitiva en nulidad de todo lo actuado a fin de que la parte demandante rectifique su demanda y la dirija en contra del representante legal de la Compañía,*

dejando igualmente sin efecto las medidas precautorias ordenadas. Resolución judicial ***QUE TIENE EL CARACTER DE COSA DE JUZGADA AL NO EXISTIR RECURSO ORDINARIO 0 EXTRAORDINARIO PENDIENTE DE RESOLVER****. En este sentido se tiene ante la ausencia del acto fundamental de la citación con la demanda en la persona del representante legal de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A la demanda presentada por el Super Sur Fidalga S. R. L. se constituyó en una simple pretensión de cobro judicial desconocida por Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., no causando ningún efecto jurídico en su contra, al tenor de lo dispuesto en los numerales 1) Y 3) del artículo 130 del Código de Procedimiento Civil, consiguientemente* ***NO EXISTIO NI A LA FECHA EXISTE PROCESO JUDICIAL ALGUNO EN CONTRA DE LA COMPAÑÍA EMERGENTE DEL RECHAZO DEL SINIESTRO*** *reclamado por el SUPER SUR FIDALGA S.R.L., tal como se demuestra de las Resoluciones Judiciales que a continuación detallo:*

- ***a)*** ***Auto de Vista No. 621/2008*** *de fecha 13 de diciembre de 2008 pronunciado por la Sala Civil Segunda de S.R. la Corte Superior de Justicia, que ANULA OBRADOS hasta el Auto Intimatorio de fecha 10 de mayo de 2008, y dispone que la demandante subsane su demanda dirigiéndola correctamente en contra del representante legal de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., Y en consecuencia de ello, ante la INEXSISTENCIA* ***DE LA DEMANDA****, también* ***ordena SE DEJEN SIN EFECTO LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS.***
- ***b)*** ***Sentencia de Amparo Constitucional*** *de fecha 16 de enero de 2008 dictada por la Sala Penal Primera de S.R. la Corte Superior de Justicia dentro del Recurso de Amparo Constitucional interpuesto por la Sra. Ingrid Rosario Schamisseddine Somoza en representación legal de la Sociedad de Responsabilidad Limitada Super Sur Fidalga S.R.L. contra los Señores Vocales de la Sala Civil Segunda de S.R. la Corte Superior de Distrito, Ores. Ramiro Claros Rojas y Edgar Terrazas Melgar, en la que se* ***DENIEGA LA TUTELA CONSTITUCIONAL SOLICITADA Y DECLARA LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.***

Resoluciones judiciales que al amparo del numeral 1) del artículo 515 del Código de Procedimiento Civil y artículo 514 del mismo cuerpo de leyes tienen el carácter de cosa juzgada y en esa calidad deben ser ejecutadas por el juez de primera instancia. Resoluciones judiciales que al haber sido presentadas en calidad de prueba constituyeron prueba idónea que permitirá a ese ente fiscalizador llegar a la verdad material sin acudir a ninguna presunción como ilegalmente se hizo, pues la prueba aportada es irrebatible e incuestionable, al tener la fe probatoria que le asignan los artículos 1289 con relación al 1309 del Código Civil, consecuentemente al tener la plena fe asignada por ley el cuestionamiento previsto en el inciso ***d)*** *del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo está referido a cuestiones procedimentales de carácter civil y no ha aspectos sustantivos de la ley civil como es el valor probatorio conforme a la normativa antes señalada.*

También es innecesario acudir a principios como el de prudencia mencionado en el Informe SPVS-IS-DCF-108-No. 004/09, máxime si también en la propia Resolución Administrativa No. 151 en su inciso c) "Evaluación de los Descargos" en su Parágrafo segundo refiere que el Auto de Vista no elimina la contingencia de la apertura de un nuevo proceso judicial, RECONOCIENDO EXPRESAMENTE QUE NO EXISTE EL PRIMERO.

Finalmente, aclaramos a su autoridad que a la fecha tampoco existe ningún trámite judicial pendiente en contra de Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.

2.1.1 CONCLUSION:

De lo antes expresado y fundamentado, queda fehacientemente demostrado que ***JAMAS EL REPRESENTANTE LEGAL DE ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A. TUVO CONOCIMIENTO DE PROCESO JUDICIAL ALGUNO EN SU CONTRA POR PARTE DEL SUPER SUR FILDALGA S.R.L., HASTA LA FECHA EN QUE SE APERSONO Y FORMULO INCIDENTE DE NULIDAD DE OBRADOS , POR LO QUE NO EXISTIO NI EXISTE MOTIVO LEGAL ALGUNO PARA QUE LA COMPANIA HAYA CONSTITUIDO Y EN SU CASO MANTENIDO RESERVA TECNICA ALGUNA SOBRE EL SINIESTRO OBJETO DEL PRESENTE PROCESO SANCIONATORIO****, máxime si las resoluciones judiciales (Auto de Vista No. 621/2008 y Sentencia de Amparo Constitucional) son anteriores a la Resolución Administrativa No. 151 de fecha 17 de marzo de 2.009. Más sin embargo, este aspecto no fue debidamente comprendido por el Superintendente de Pensiones, Valores y Seguros al pronunciar la ya referida Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 151.*

2.2. DE LA TIPIFICACION DE LA INFRACCION CONTENIDA EN LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA ASFI/No. 066/2009.

Señor Director, nótese que conforme al principio de legalidad toda sanción debe ser impuesta a una conducta como tal en la Ley. En este sentido, obsérvese que la omisión cuya sanción se pretende es por no haber constituido reserva o mantenido esta por la existencia de un siniestro reclamado. Al respecto, debe tenerse presente que, para que un siniestro se considere controvertido debe ser de conocimiento del administrado, en este caso de la compañía, previa citación legal, la demanda o reclamación, extremo que no han ocurrido en el presente caso.

*La Resolución Administrativa ASFI/N° 066/2009 de fecha 22 de Julio del año en curso, que confirma la Resolución Administrativa SPVS/IS/N° 151 de fecha 17 de Marzo de 2009, tiene como base legal entre otros lo dispuesto en el Art. 52 de la Ley de Seguros Nº 1883, que establece claramente lo siguiente: '****los tipos de infracción y sanciones aplicables por la superintendencia de Pensiones Valores y Seguros; determinando que las sanciones deben aplicarse de acuerdo a la naturaleza de la infracción y a las previsiones reglamentarias; y que la Superintendencia se encuentra habilitada a aplicar la sanción administrativa de multa a la comisión de infracciones leves'.***

*En este mismo entendido, se señala que: '****Infracción Leve corresponde al incumplimiento enmendable o subsanable de las normas legales como resultado de negligencia o imprudencia no imputable a los representantes legales de la entidad y que no causen daño económico y perjuicio a la misma o a los asegurados, tomadores del seguro, beneficiarios y otros.'***

Señor Director, tal como lo expresan y en el hipotético caso que dentro de un proceso sancionatorio apegado a norma, la entidad quien represento haya adecuado su conducta a una falta calificada como INFRACCION LEVE, el hecho que se nos sancione con una multa pecuniaria tan alta y desproporcionada, fue aplicada sin ninguna clase de criterio. En el extremo no consentido, de que nuestra conducta constituya una infracción la tipificación debería enmarcarse a lo señalado por el artículo 16 del Reglamento de Sanciones, en el parágrafo que corresponda, toda vez que bajo ninguna circunstancia se trata de conductas dolosas que atentan en contra de la misma entidad aseguradora, de sus clientes y mucho menos de terceros.

III. FUNDAMENTACION DE DERECHO

Señor Director, la Resolución Administrativa ASFI/No.066/2009 de fecha 22 de julio de marzo de 2009, viola e infringe flagrantemente normas constitucionales, leyes especiales y sus respectivas reglamentaciones, que a continuación se señalan:

'Art. 116 de la Constitución Política del Estado.- El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable'

La Ley de Procedimiento Administrativo establece los principios generales del Procedimiento Sancionador que establecen:

'Art. 71 (Principios Sancionadores).- Las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad'.

'Articulo 72° (Principio de Legalidad).- Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables'.

'Articulo 73° (Principio de Tipicidad). I. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias. II Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposición reglamentarias'.

En esta materia, el Art. 41 de la Ley de Seguros vigente establece en la parte pertinente:

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

e) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y sus Reglamentos, asegurando la correcta aplicación de sus principios políticas y objetivos'.

El Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS Nº 602 de fecha 24 de octubre de 2003, establece expresamente y en forma inequívoca, en primera instancia la discrecionalidad que tiene la entidad reguladora y la obligatoria tramitación que se le debe imprimir según lo transcrito a continuación:

En este sentido, el Art. 2 del mencionado cuerpo legal estipula en la parte pertinente:

'Articulo 2 .- (Principios).

A los fines del procedimiento previsto en el presente reglamento se adoptan los siguientes principios.

Debido proceso: Es el derecho de las partes de conocer y exponer sus pretensiones y defensas, ofrecer y producir pruebas pertinentes, presentar alegatos, obtener resoluciones fundamentadas e interponer recursos'.

Publicidad: Es el libre acceso al conocimiento de las actuaciones administrativas.

Igualdad y Proporcionalidad. Las sanciones impuestas deberán enmarcarse en la imparcialidad e igualdad ante la Ley, tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos y omisiones con la sanción a aplicarse'.

Por su parte, el Art. 18 referido a la determinación de gravedad de la infracción sostiene:

'La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros estimará la gravedad de los hechos, actos u omisiones de forma razonable y de acuerdo a criterios de conducta media o de especial diligencia, según sea el caso. A estos efectos, todo representante legal, empleado o contratado de una persona o entidad sujeta al ámbito de la presente norma, se considera que actúa en todo momento con especial diligencia, salvo prueba en contrario, de que dicha conducta diligente no se deba esperar de dicha persona o entidad, en ese caso y en todos los similares.'

En este mismo entendido el Art. 23 con relación a la tramitación señala:

'Presentados los descargos o transcurrido el plazo sin que ello hubiera ocurrido, se procederá al análisis de los antecedentes y a la valoración de los descargos presentados,

aplicando el principio de sana critica y valoración razonada y se emitirán los informes técnicos y legales que correspondan.'

"...De emitirse la resolución administrativa sancionatoria, esta deberá encontrarse debidamente fundamentada.... ".

Señor Director, como usted podrá observar dentro del proceso sancionatorio aperturado contra de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., no se ha observado la normativa pertinente, y en este caso en particular, según lo siguiente:

1. *Se ha violentado el **derecho al debido proceso**, toda vez que el ente fiscalizador incumplió con su propio Informe SPVS-IS-DCF-108-Nº 004/09 que en su numeral 5 de Conclusiones y Recomendaciones recomendaba expresamente se comunique a **ALIANZA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y RASEGUROS S.A '**… mantener en registros contables un importe permanente como Reserva de siniestros reclamados por Liquidar para la contingencia que representa el fallo del Juez Decimo de Partido en lo Civil comercial de la Capital de Santa Cruz, que falló en primera instancia a favor del demandante en forma proporcional al contrato firmado con el reasegurador, en la normativa vigente, **previa evaluación legal** la apertura del proceso sancionatorio correspondiente".*

   *Es precisamente la carencia de la evaluación legal recomendada, la que constituye la vulneración al debido proceso, que era imprescindible para interpretar el **Auto de Vista Nº 621/2008** de fecha 13 de diciembre de 2008 arrimado a nuestra nota CITE: SC-AAF Nº 074/2009 recepcionada en fecha 03 de marzo de 2009, pues esa resolución constituía un elemento de juicio fundamental para que el superintendente de Pensiones Valores y Seguros determine si correspondía o no imponer sanción contra Alianza Compañía de seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. en cuanto al mantenimiento de Reserva de Siniestros Reclamados. De haberse elaborado el informe recomendado, la dirección de Asuntos Jurídicos de ese ente fiscalizador hubiese concluido que no existía proceso alguno contra Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A emergente del rechazo del siniestro del Asegurado Supermercado Sur Fidalga S.R.L., pues así lo demuestra el Auto de Vista No. 621/2007 al disponer la **NULIDAD DE TODO LO OBRADO POR LA DEMANDANTE SUPER SUR FIDALGA S.R.L ORDENANDO EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS PRECAUTORIAS**, consiguientemente la Compañía no estaba obligada a constituir Reserva Técnica y Contable alguna por no existir un riesgo en curso que pueda afectar su solvencia.*
2. *También se ha incurrido en valoración defectuosa de la prueba, toda vez que no se tomaron en cuenta los alegatos y pruebas presentadas por Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., que imperativamente debieron ser consideradas y valoradas en la forma que ordena la ley especial y su reglamentación; es más, claramente enfatizar de acuerdo al punto 5 conclusiones y recomendaciones del informe SPVS-IS-DCF-108-N° 004/09 **de fecha 07 de Enero de 2009** que el punto R.1 señalaba textualmente: Al Intendente de Seguros, comunicar a Alianza Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. que en el caso especifico del siniestro del Supermercado Sur Fidalga S.R.L., por el principio de "Prudencia': deberá mantener en registros contables un importe permanente como Reserva de Siniestros Reclamados por Liquidar por la contingencia que representa el fallo del Juez Decima de Partido en lo Civil Comercial de la Capital de Santa Cruz, que falló en primera instancia a favor del demandante en forma proporcional al contrato firmado con el reasegurador (asumimos refiriéndose al auto intimatorio de pago), **otorgando plazo perentorio para que esta sea subsanada y en caso de incumplimiento a la normativa vigente, previa evaluación legal, la apertura del proceso sancionatorio correspondiente**"; como bien su autoridad podrá evidenciar las recomendaciones no fueron consideradas siquiera y sin que exista una evaluación legal pertinente sobre el caso, proceden a aperturar proceso sancionatorio en contra de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A.*

3. *Sobre este mismo punto señalar que el inciso a) parágrafo II del Art. 16 de la R.A. Nº 602/03 que aprueba el Reglamento de Sanciones, sobre el cual se habría impuesto la desmedida sanción pecuniaria en contra de nuestra empresa prescribe de manera textual* ***"Incumplimiento de órdenes o instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros o de autoridad competente en cumplimiento de normativa vigente"****, cuando la adecuación, en aplicación del principio de buena fe, desde nuestro buen entender y sin admitir la omisión atribuida se podría adecuar perfectamente señor director a la señalada por el inc. D) parágrafo I del Art. 16 de la norma citada que establece: '****incumplimiento de contenidos de información debida a la superintendencia, al estado o al público',*** *hecho que conlleva con su relevancia una sanción menor y que además con el antecedente de que ningún momento nuestra compañía habría presentado una situación similar o de reincidencia en el caso, como para sancionar el incumplimiento como un hecho irreversible y que cause de algún modo daño o perjuicio grave a nuestros asegurados o al mercado asegurador, imponiendo una sanción pecuniaria tan alta, sin que exista merito legal suficiente mucho menos el ánimo de actuar de manera dolosa*

4. *La Resolución Administrativa atenta contra el principio de* ***igualdad y proporcionalidad*** *en la determinación de la aplicación de la infracción, ya que se ha impuesto una sanción pecuniaria desmedida, como consecuencia de una arbitraria calificación efectuada por el ente fiscalizador, por una conducta que al no ser controvertida, aplicaría que el reclamo no se adecúa a la calificación de la sanción leve referida al parágrafo II y que además, en el caso no consentido de admitir su existencia al ser causada por culpa, no tuvo por fin causar daño económico a la misma, sus clientes o terceros.*

   Nótese que si bien en el proceso administrativo, es aplicable el principio de discrecionalidad, este debe ser tratado en estricta correlación con los principios de igualdad jurídica, que supone un tratamiento igual para situaciones iguales; y el principio de razonabilidad, entendido como el que todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen, de tal manera que haya una relación 1ógica y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes, entre el objeto y el fin; garantizando de este modo a los administrados el debido proceso.

5. *Respecto a la* ***valoración de las pruebas y alegatos aportados****, nos causa profunda extrañeza, las imprecisiones en las cuales la entidad reguladora incurre tales como las señaladas en el séptimo considerando de la Resolución Administrativa ASFI/N° 066/2009 parágrafo primero de manera textual: 'Que, en la parte de '****Fundamento Procesal del Recurso de Revocatoria" la Compañía Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. invoca los artículos 46 y 47 del Decreto Supremo N° 27175 de 15 de septiembre de 2003, norma inexistente, toda vez que la cita realizada en realidad corresponde al Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera ... '.***

   Al respecto, es menester señalar Señor Director que el ***Decreto Supremo N° 27175 señala en su Art. 2 la Aprobación del Reglamento de la Ley N° 2341 de 23 de abril de 2002, mismo que consta de 6 capítulos y 69 artículos, cuyo texto completo forma parte del mencionado Decreto:*** *en consecuencia consideramos, que todo funcionario que se jacte de conocer la normativa en materia administrativa y que preste servicios en el campo de seguros, más aún tratándose de profesionales que conforman el ente regulador, no pueden manifestar semejante aberración con relación a la normativa vigente y aplicable en el presente caso.*

   Por otro lado, el mismo considerando en su parágrafo tercero señala: ***'...que no se presentó ninguna evidencia del registro contable de la reserva de siniestros reclamados en virtud a ello, el ente regulador en uso de su potestad sancionatoria emitió Resolución Administrativa ....',*** *cuando claramente y mediante nota CITE SC-AAF Nº 074/2009 Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A dio respuesta en primer lugar, a la notificación de cargos recibida, concluyendo entre*

otros aspectos que la SPVS habría realizado una observación y/o garantía para los asegurados, que en definitiva deberían ser la razón y el fin de los procesos de fiscalización de la SPVS; adjuntando para tal fin, documentación de descargo para constatar que ambos aspectos (contable y solvencia) fueron cumplidos por nuestra compañía ; resumiéndose esta situación en el hecho de que alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., pese a no haber registrado las partidas contables dentro del PUC, en ningún momento se vio comprometida, por el contrario salvaguardado en todo momento la misma, es que como parte de los descargos presentados se adjuntaron conciliaciones y extractos bancarios de nuestra cuenta corriente en el Banco Mercantil Santa Cruz S.A. de los meses de Diciembre y Noviembre desde su autoridad podrá corroborar la retención de $us 1.415.198.50 y $us 1.185.680.04 respectivamente, recursos que no figuran como Inversiones que respaldan nuestros Recursos de Inversión y que garantizan afrontar un gasto de esta naturaleza, respaldando la solvencia y garantía de la compañía, recursos que son independientes de nuestras inversiones que respaldan nuestros recursos de inversión a esa fecha 31/12/2008, los cuales presentan a esas fechas un excedente de $us. 256.143,59 (Doscientos Cincuenta y Seis Mil, Ciento Cuarenta y Tres 59/100 Dó1ares Americanos); y adjuntando asimismo la carta presentada por el reasegurador (Everest Reinsurance Company) donde se indicaba que los Reaseguradores se encontraban al tanto del caso del Supermercado Fidalga y que además estipula que como Reasegurador Profesional y Líder en el Mercado Internacional cum ple y enarbola la premisa básica que debería seguir todo reasegurador que es la de seguir la suerte de la cedente.

Hechos que bajo ninguna circunstancia, fueron evaluados y menos considerados por el ente regulador cuando claramente la Ley de Procedimiento Administrativo concordante con su Reglamento señalan dentro de los requisitos el deber de fundamentar los hechos y derechos que la motivan y respaldan; accionar que se sobreentiende debe cumplirse en todas las instancias administrativas a fin de preservar la legalidad y el respeto al debido proceso en materia administrativa ejercitado en un contexto de seguridad jurídica de acuerdo a la potestad sancionadora que tiene la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

IV.- PETITORIO

A mérito de lo expuesto y toda vez que la entidad reguladora no consideró los descargos presentados por Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A., solicitamos que su autoridad se sirva ***REVOCAR*** *en forma total de acuerdo a todos los puntos impugnados, la Resolución Administrativa ASFI/No. 066/2009 de fecha 22 de julio de 2009, que ratifica en todos los extremos la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 151 de fecha 17 de Marzo de 2009, a fin de que se proceda a emitir una Resolución Administrativa adecuando sus disposiciones a los principios y procedimientos contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 de fecha 25 de abril de 2002 y al D.S. Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 200, y en definitiva se declare sin lugar a imposición alguna de sanción...".*

CONSIDERANDO:

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

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

1.1 De los Principios en materia Administrativa sancionatoria.-

Sobre el caso en Autos importa revisar los principios fundamentales en materia administrativa sancionadora:

1.1.1 La Seguridad Jurídica.-

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

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

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

1.1.2 Debido Proceso Administrativo.

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

1.1.3 Principio de Congruencia

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

> *"… **principio de congruencia** que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, **debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final**".* (Negrillas y subrayado insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).
> *"La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esa forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión. La revisión de la motivación en el acto impugnado, resulta vital para el examen de la legalidad del acto que se adversa".*

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

> *"Es en ese contexto que la Resolución Administrativa definitiva dictada por la autoridad respectiva no puede contener hechos distintos ni omitir ninguna de las solicitudes o pretensiones formuladas por la*

persona que ha solicitado se de inicio a determinado procedimiento administrativo, debiendo las mismas ser resueltas en un mismo acto administrativo".

Asimismo, siguiendo a Jorge Enrique Romero Pérez, en su Libro "Derecho Administrativo General", refiriéndose al Principio de Congruencia expresa que es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que esta última tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso, asimismo complementa que una dimensión importante del principio de congruencia es además es de circunstanciada motivación de la sentencia señalando y justificando especialmente los medios de convicción en los que se sustenta y los que desecha .

1.1.4 Principio de Tipicidad

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

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

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

1.1.5 Principio de motivación.-

El principio de la motivación de los Actos administrativos, como elemento esencial de todo acto administrativo, consagrado por Ley de Procedimiento Administrativo, implicando que la Administración Pública debe motivar sus actos, estableciendo las bases por las cuales ha emitido su decisión, otorgando de esta manera garantía al administrado y seguridad jurídica al proceso.

Por consiguiente el principio de motivación conforme concluye uniformemente la doctrina, en materia administrativa sancionatoria, resulta fundamental, toda vez que constituye la garantía del administrado al debido proceso, al contar con la fundamentación que motivo la sanción que se impone, donde se encontrará la relación de las infracciones cometidas, los hechos, la normativa infringida, los elementos que configuran la calificación de la gravedad entre otros.

De esta manera, el administrado si considera afectados sus intereses, en el marco del debido proceso podrá impugnar las decisiones administrativas.

1.2. Análisis de la controversia.-

De la revisión del expediente administrativo cursante, y en sujeción a los principios analizados, se tiene que:

a) La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Ex SPVS), mediante nota de cargo SPVS/No. 161.2009 de 10 de febrero de 2009, notificada el 13 de febrero de 2009, formuló los siguientes cargos contra la Entidad

> *"…En el mes de julio de 2006, la compañía declaró el siniestro Nº 121451 por el reclamo efectuado por Supermercado Sur Fidalga S.R.L. el mismo que en primera instancia fue rechazado por la compañía por no cumplir con las condiciones especificadas en la póliza en la gestión 2007; el asegurado inició un proceso judicial por el reclamo efectuado.*
>
> *Durante las gestiones 2007 y 2008 la compañía registró como reserva por el siniestro Nº 121451, importes para realizar pagos por honorarios legales relacionados al proceso judicial de dicho siniestro, generando inicialmente un pasivo por el importe que se debe pagar a los abogados en las cuentas técnicas de Siniestros Reclamados por Liquidar (Código 205.02) y Siniestros por Pagar (Código 202.01), para posteriormente realizar el pago y finalmente cerrarla.*
>
> *En fecha 18/11/08 el Dr. Carlos Vaca Barrón presentó un informe legal que revela que el 21/05/08 fueron notificados por una demanda ejecutiva por la suma de US$ 2.500.000, y que en primera instancia el Juez Décimo de Partido en lo Civil Comercial de la Capital de Santa Cruz falló a favor de Sur Fidalga S.R.L..*
>
> *Concluyendo que con relación a la información enviada relacionada al siniestro del Supermercado Sur Fidalga S.R.L. ocurrido en fecha 04/07/06; **la Reserva de Siniestros Reclamados por Liquidar no se expone razonablemente conforme lo disponen el artículo 12 inciso c), Art. 30 de la Ley de Seguros y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo Nº 25201**…"*
> *(*Negrillas y subrayado insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

b) Mediante Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009, se sancionó a **ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.** determinando lo siguiente:

> - ***Parte considerativa.-***
>
> *"…**c) Evaluación de los descargos presentados***
> ***Los argumentos de la compañía no desvirtúan la observación realizada en el informe SPVS-IS-DCF-108 Nº 004/09 al no mantener reserva por siniestros controvertidos**, conforme lo establecen los artículo 12 inciso c) y 30 de la Ley de Seguros y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo Nº 25201.*
>
> *Conforme lo descrito en los resultados, se ratifica la observación revelada en el informe SPVS-IS-DCF-108 Nº 004/09; debido a que la documentación presentada como descargo referente al auto de vista, no elimina la contingencia de la apertura de un nuevo proceso judicial; asimismo, el historial cronológico del siniestro ratifica que la reserva al momento de la visita, fue utilizada para el pago de gastos legales del proceso judicial y no por el siniestro controvertido…"*

- ***Parte resolutiva.-***

"…Sancionar a la Compañía Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. con una multa de Bs. 59.997 00/100 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y siete 00/100 Bolivianos) por la transgresión del Literal c) del Art. 12º, concordante con el Art. 30º de la Ley Nº 1883 de Seguros, y de los Arts. 11º y 14 de su Decreto Reglamentario Nº 25201, ***al no haber mantenido la Reserva de Siniestros Reclamados,*** *al adecuarse su conducta, a lo establecido por el parágrafo II literal a) del Art. 16º del Reglamento de sanciones, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 602 de 24 de octubre de 2003."* (Las negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

c) Interpuesto el Recurso de Revocatoria, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, determina confirmar la Resolución Administrativa con los siguientes argumentos

"… Que, mediante Informe ASFI/DSS/R-19952/2009 de 22 de julio de 2009, la Dirección de Seguros de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, concluye señalando, que:

1. *Los alegatos realizados por el abogado y el representante legal de Alianza Seguros y Reaseguros S.A. E.M.A. no desvirtúan el contenido de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 151 de 17 de marzo de 2009,* ***toda vez que se ha hecho referencia en su totalidad a un proceso sustanciado en la vía ordinaria****, cuyo objeto es distinto al procedimiento administrativo, que en el caso que nos ocupa sanciona la transgresión del inc. c) del Art. 12 concordante con el Art. 30 de la Ley 1883 y Arts. 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, adecuando su conducta a lo establecido en el inc. a) del parágrafo II del Art. 16 del Reglamento de Sanciones, por no haber cumplido con lo dispuesto en el informe SPVS-IS-DCT-108 N° 004/09.*
2. *La sanción impuesta con una multa de Bs. 59.997 (Cincuenta y Nueve Mil Novecientos Noventa y Siete 00/100 Bolivianos), está de acuerdo a la infracción cometida, toda vez que el inc. a) parágrafo II del Art. 16 del Reglamento de Sanciones, prevé una sanción que puede ir de 40.001 a 80.000 UFV´s.*
3. *Se considera que técnica y legalmente se debe proceder a confirmar en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 151 de 17 de marzo de 2009.*

Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-19872/2009 de 22 de julio de 2009, ha manifestado que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, así como la documentación de prueba presentada, no enervaron, menos desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 151 de 17 de marzo de 2009, emitida por la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, por la transgresión del inciso c) del articulo 12 y articulo 30 de la Ley Nº 1883 de Seguros y los artículos 11 y 14 del Decreto Supremo N° 25201, ***al no haber mantenido la Reserva de Siniestros Reclamados*** *adecuándose su conducta a lo establecido por el parágrafo II. inciso a) del artículo 16 del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros emitido aprobado mediante Resolución Administrativa IS N° 602/2003 de 24 de octubre de 2003...".* (Las Negrillas y subrayado han sido insertados en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

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

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

> *"**Siniestros Controvertidos:** Comprende todas aquellos siniestros cuya liquidación ha sido controvertida por las partes."*
>
> ***"Siniestros por Liquidar:** Incluye todos aquellos siniestros denunciados a la entidad aseguradora y cuyo informe de liquidación aún no ha sido recibido a la fecha de los estados financieros. También deben considerarse aquellas denuncias que no han sido enviadas al liquidador."*

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

> *"**CONTROVERTIDOS***
>
> ***CONCEPTO*** *Es la provisión técnica por siniestros que resultan de una evaluación preliminar, pero que técnicamente aún no fueron aceptados por la entidad, por motivos atribuibles al asegurado, asegurador o por riesgos técnicos inherentes al acontecimiento del siniestro, que afectan el trámite de indemnización."*
>
> ***"RECLAMADOS POR LIQUIDAR***
>
> ***CONCEPTO*** *Es la provisión técnica por siniestros reconocidos por la entidad y se encuentran en proceso de liquidación.*
> *La constitución de reservas técnicas de siniestros, es el inicio del proceso de indemnización, que se realiza en forma secuencial y cronológica entre la entidad y el asegurado, conforme al acontecimiento que ocasionó el evento y documentos que se requieren para respaldar el mismo…"*

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

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

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

Este accionar demuestra que la Autoridad Supervisora, no ha dado cabal cumplimiento a los principios que rigen la actividad administrativa sancionatoria detallados en el numeral 1.1 del presente Considerando, por cuanto, no ha presentado el nexo que debe primar en el debido proceso sancionatorio (Cargo, prueba y Sanción) y no ha demostrado la causalidad entre la supuesta conducta infractora y las disposiciones jurídicas presuntamente lesionadas, más al contrario ha generado confusión al regulado, al imputar un cargo diferente por el que ha fundamentado y aplicado la sanción correspondiente.

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

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

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

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

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

3. Anulabilidad de los Actos Administrativos.-

La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

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

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

> *"Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*

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

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Anular el procedimiento administrativo hasta la nota de cargos SPVS No. 161.2009 de 10 de febrero de 2009 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Nota de Cargos ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 091/2009 DE 12 DE AGOSTO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 013/2009 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 013/2009

La Paz, 27 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.**, la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha entidad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/ Nº 36/2009 de 5 de noviembre de 2009, el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 1/2009 de 3 de noviembre de 2009, emitidos por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 137 del Decreto Supremo Nº 29894 de 07 de febrero de 2009, establece la extinción de la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinando que los recursos jerárquicos que se encuentran en consideración de dicha entidad, deberán ser atendidos por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, los incisos a) y b) del Artículo 37 del Decreto Supremo No. 0071 de 09 de abril de 2009, amplían las facultades del Ministro de Economía y Finanzas Públicas, en cuanto se refiere a asumir las atribuciones conferidas a la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y entidades financieras y; conocer y resolver, de manera fundamentada, los recursos jerárquicos en materia de su competencia, de acuerdo con las normas legales aplicables y sus reglamentos.

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 1º de septiembre de 2009, **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.,** legalmente representada por su Gerente General Jaime Guillermo Dunn de Avila, conforme al Testimonio de Escritura Pública Nº 1007/2006 de 9 de septiembre de 2006, protocolizado por ante la Notaría de Fe Pública Nº 007, a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna del Distrito Judicial de La Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009.

Que, mediante carta ASFI/DAJ/R-33221/2009 de 3 de septiembre de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, remitió en fecha 04 del mismo mes, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 7 de septiembre de 2009.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ASFI Nº 031/2009 DE 15 DE JUNIO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, notificada el 22 de junio de 2009 a NAFIBO ST, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero resolvió:

> *"Ratificar la carta SPVS/IV/289/2009 de 4 de mayo de 2009 que confirma el contenido de la carta SPVS/ IV/DE/Nº 453/2008 de 9 de junio de 2008 que establecen que en sujeción al marco legal vigente, las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, ello en razón y aplicación de lo previsto en la Constitución Política del Estado que dispone la aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 10 de julio de 2009, **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.** interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

> "... ***ANTECEDENTES***
>
> *NAFIBO ST, mediante nota con cite NFB-ST 0578/2008 de 10 de abril de 2008, comunicó a la Superintendencia Pensiones, Valores y Seguros (en adelante simplemente **SPVS**) que a partir del mes de abril/2008 realizaría el pago de la Tasa de Regulación Nº 8 por inspección y vigilancia tomando como base de cálculo el 'valor total del patrimonio autónomo', en estricto cumplimiento a lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420, reglamentario del articulo 115 de la Ley del Mercado de Valores, y no así el 'total del activo del patrimonio autónomo', como erróneamente se estuvo realizando hasta ese momento. A tal efecto, el cálculo del valor total del patrimonio autónomo surge de la diferencia entre los derechos y las obligaciones del patrimonio autónomo.*
>
> *Mediante nota con cite SPVS/IV/Nº453/2008 de 9 de junio de 2008 la SPVS comunicó a NAFIBO ST que de acuerdo al análisis realizado por su Departamento Legal, las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de sus Tasas de Regulación en estricto apego a lo previsto por la Ley del Mercado de Valores, en razón a la aplicación de lo previsto en la Constitución Política del Estado que dispone la aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía. Este criterio de la SPVS fue ratificado por la nota SPVS/IV/289/2009 de 4 de mayo de 2009 y por la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 que ahora impugnamos a través de la interposición del presente recurso de revocatoria.*
>
> ***ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA***
>
> ***1. LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA IMPUGNADA ES AMBIGUA Y REALIZA UNA INTERPRETACIÓN ANTOJADIZA DE LA NORMA Y SIN NINGÚN FUNDAMENTO TÉCNICO NI LEGAL.***

La Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 resuelve textualmente: 'ratificar la carta SPVS/IV/289/2009 de 4 de mayo de 2009 que confirma el contenido de la carta SPVS/IV/DE/Nº 453/2008 de 9 de junio de 2008 que establecen que en sujeción al marco legal vigente, las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, ello en razón y aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía'.

En consecuencia, la Resolución Administrativa impugnada establece que las Sociedades de Titularización –y por ende NAFIBO ST- 'deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados'. Dicha determinación es ambigua y se adopta sin realizar mayor argumentación ni fundamentación legal ni técnica, salvo el (sic) *simplemente señalar que dicha decisión se toma 'en razón y aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía'.*

En efecto, dicha disposición es ambigua porque no precisa, detalla, ni fundamenta los siguientes aspectos:

a) ¿Por qué se toman en consideración únicamente los 'activos' y 'bienes administrados' y no así la 'cartera de Valores' –como lo establece el numeral 5 del artículo 115 de la LMV- a efectos de realizar el cálculo para el pago de Tasas de Regulación?

b) ¿Por qué se hace referencia a 'aplicación preferente' si no se argumenta la existencia de un conflicto o contradicción entre lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la LMV y lo señalado por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo 25420 de 11 de junio de 1999?. Por el contrario, en el tercer párrafo del cuarto considerando de la mencionada R.A., se señala textualmente: 'Que, el artículo 15 inciso b) del Decreto Supremo Nº 25420 prevé que conforme a lo establecido por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores (...)' (el subrayado es nuestro).

c) Además del aspecto referido a la utilización como base de cálculo del valor de los activos o bienes administrados, ¿los demás aspectos establecidos por el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 se aplicarían o no a efectos del pago de la Tasa de Regulación por inspección y mantenimiento? En el supuesto de que la respuesta fuere positiva, la Resolución Administrativa impugnada no establece el criterio utilizado como fundamento para determinar que una misma norma reglamentaria sea aplicable para determinados aspectos y no para otros dentro de una misma finalidad cual es la de establecer el cálculo de una determinada Tasa de Regulación. Para el caso de que la respuesta fuera negativa, los siguientes aspectos no estarían establecidos con precisión:

c1) ¿Se debiera aplicar el porcentaje del 0.05% para el pago de la Tasa de Regulación por inspección y mantenimiento?

c2) ¿El porcentaje máximo del 0.5% se aplicaría sobre las carteras de Valores, los activos o los bienes propios administrados por NAFIBO ST o sobre las carteras de Valores, los activos o los bienes que conforman los patrimonios autónomos que efectivamente administra?

c3) ¿Cuál sería la periodicidad de pago de esta Tasa de Regulación?

c4) ¿Cuál sería la fecha en la que debiera realizarse el pago de esta Tasa de Regulación?

d) ¿El pago de todas las Tasas de Regulación que efectúen las Sociedades de Titularización se realizaran tomando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados?

e) Finalmente, un aspecto fundamental es el referido al hecho de que en la Resolución Administrativa impugnada el ente de supervisión no se refiere y menos fundamenta técnicamente porque no es aceptable el cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8 realizado por NAFIBO ST, tomando en consideración el 'valor total de cada patrimonio autónomo' y no tan solo el 'valor total del activo' de dicho patrimonio autónomo.

La RA impugnada pretende establecer que el 'valor total de cada patrimonio autónomo' de titularización es igual al 'valor del activo' de dicho patrimonio autónomo. Esto no es coherente y contablemente es ilógico ya que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al activo menos el pasivo, tal como NAFIBO ST calcula el pago de la Tasa de Regulación en cuestión. De no aceptarse esta forma de cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8, la RA impugnada debió comprobar técnicamente que el 'valor total del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo' del patrimonio autónomo de titularización.

2. EL DECRETO SUPREMO Nº 25420 ES LEGAL, SE ENCUENTRA PLENAMENTE VIGENTE Y NO CONTRADICE LO ESTABLECIDO POR LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

Todos los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 se encuentran plenamente vigentes y su legalidad y legitimidad se presumen 'juris tantum', conforme lo establece el inciso g) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que a la letra dispone que 'las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario'. Hasta la fecha, ni la SPVS ni ninguna otra entidad pública ni privada recurrieron a la vía judicial para impugnar ninguno de los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 por considerarlo ilegal o inconstitucional. En consecuencia, lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 no es contrario ni podría contradecir lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores porque su existencia misma deriva precisamente de lo expresamente dispuesto en dicha norma legal, vale decir, que el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 únicamente reglamenta lo establecido por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley Nº 1834 en los aspectos expresamente señalados en la misma, es decir: montos, forma de pago y procedimiento de aplicación. En efecto, el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 respecto de la Tasa de Regulación por inspección y vigilancia determina:

- *a) Los montos de pago: establece el porcentaje de 'el 0.0017%' sobre determinados valores o conceptos, según se trate de Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión o de Sociedades de Titularización (Tasa de Regulación Nº 7 ó Nº 8).*
- *b) La forma de pago, que deberá realizarse mensualmente 'dentro de los diez (10) días calendario siguientes al vencimiento de cada mes'.*
- *c) El procedimiento de aplicación: 'Mensualmente, a partir del momento en que se obtenga la autorización e inscripción en el RMV'. 'El primer pago de la cuota mensual por concepto de inspección y vigilancia se calculará por el período comprendido entre la fecha de autorización e inscripción y el fin de mes correspondiente, según corresponda'.*

En consecuencia, lo establecido por el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 no es contrario ni contradice lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, sino que únicamente lo reglamenta en los aspectos expresamente dispuestos en la Ley, vale decir: montos, forma de pago y procedimiento de aplicación, conforme se demostró en el párrafo precedente. En efecto, el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo 25420, cuando determina que la Tasa de Regulación por inspección y vigilancia aplicable a las Sociedades de Titularización será del 0.0017% sobre 'el valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización', no contradice al numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores que textualmente dispone que la Tasa de Regulación por concepto de inspección y vigilancia aplicable a las sociedades administradoras de fondos de inversión y a las sociedades de titularización será de 'hasta el 0.05% del valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados' (el subrayado es nuestro).

Por ello, reitero, lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 no es contradictorio a lo dispuesto por el numeral 5 de la Ley del Mercado de Valores, sino que, tanto para el caso de las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión como para las Sociedades de Titularización, únicamente aclara el porcentaje y el concepto sobre el que debe aplicarse dicho porcentaje: el 0.0017% sobre el promedio mensual del valor de los activos, cartera de valores o bienes administrados, en el primer caso y el 0.0017% mensual sobre el valor total de cada patrimonio autónomo, en el segundo caso. En el caso de las sociedades administradoras de fondos de inversión, el inciso a) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 dispone que el cálculo de la tasa de regulación por inspección y vigilancia se realizará considerando 'activos, cartera de valores o bienes administrados' de la misma forma que lo señala la Ley Nº 1834 porque en el caso de estas sociedades, los tres conceptos son sinónimos entre sí y tienen el mismo valor, ya que la base de cálculo en todos los casos se realiza sobre el promedio de la cartera mensual administrada, la misma que es igual al total de sus activos y representa las cuotas de participación de los inversionistas, es decir, su patrimonio neto. En cambio, en el caso de las sociedades de titularización, el inciso b) del Decreto Supremo Nº 25420 señala que el cálculo de la tasa de regulación por inspección y vigilancia se hará sobre 'el valor total de cada patrimonio autónomo' considerando la labor propia desarrollada por dichas sociedades, cual es la de estructuración de procesos de titularización y la administración de los patrimonios autónomos constituidos para llevar a cabo dichos procesos de titularización. En este último caso, ya no se hace referencia a 'promedio mensual' sino a 'valor total' porque el patrimonio autónomo puede sufrir modificaciones tanto en su activo (derechos) como en su pasivo (obligaciones) y la diferencia entre estas se refleja en su 'valor total' o valor neto'.

En consecuencia, lo dispuesto por su autoridad en la Resolución Administrativa objeto del presente recurso de revocatoria, respecto de que 'las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados (...)' no es correcto porque no respeta lo específicamente previsto por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420, que como ampliamente se demostró precedentemente no es contrario ni contraviene lo establecido por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores. ¿O es que la interpretación realizada a través de una Resolución Administrativa tiene mayor valor jurídico que lo expresamente dispuesto sobre un mismo aspecto por un Decreto Supremo? ¿No se estaría violando, más bien, en este caso el precepto constitucional que establece la jerarquía normativa superior de un Decreto Supremo sobre una resolución administrativa? Porque no se debe olvidar que de acuerdo a lo establecido por el inciso h) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo 'la actividad y actuación administrativa y, particularmente, las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado'.

3. EL COBRO REALIZADO POR EL ENTE DE SUPERVISIÓN CONSIDERANDO EL VALOR DEL ACTIVO DE LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS ADMINISTRADO NO ES EQUITATIVO Y RESTA COMPETITIVIDAD A NAFIBO ST

El impacto de calcular y cobrar la Tasa de Regulación sobre el 'total del activo' y no sobre el 'valor total del patrimonio' (activo-pasivo) como proponemos, crea una distorsión considerable en el monto de la Tasa de Regulación que NAFIBO ST paga mensualmente a la ASFI, tal como se puede observar en el siguiente cuadro.

	EJEMPLO P.A. SINCHI WAYRA NAFIBO 010	
	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/06/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/06/09
	Bs. 456.497.571	Bs. 46.828.294
COMISION NAFIBO (promedio mensual de 0,15% anual)	39.234	39.234
IMPUESTOS FACTURACION NAFIBO (DF13% IT 3%)	(6277,46)	(6277,46)
TASA DE REGULACION (0,0017% mensual)	(7871,80)	(807,50)
SALDO PARA NAFIBO	**25.084,87**	**32.149,17**
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION ANTES DE IMPUESTOS	20,1%	2,1%
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION MAS IMPUESTOS	36,1%	18,1%

El cuadro anterior ejemplifica los montos que se deben pagar por la Tasa de Regulación Nº 8 y el impacto en los ingresos de NAFIBO ST en el caso del patrimonio autónomo Sinchi-Wayra-NAFIBO 010. Como se puede apreciar si se cobra la Tasa de Regulación Nº 8 sobre el 'valor total del patrimonio' el monto a pagar es de Bs. 807,50 mensual, lo que hace un total anual de Bs. 9690 (Nueve Mil Seiscientos Noventa Bolivianos). Por otro lado, si se aplica el criterio de que se cobre sobre el 'valor del activo', como argumenta erróneamente la ASFI al asumir arbitrariamente que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', el monto de la Tasa de Regulación sube a Bs. 7.871,20 mensual que hace un total anual de Bs. 94454,4 (Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cincuenta y Cuatro 04/100 Bolivianos). Es decir, un incremento de más de 800%, incidiendo en reducir en más del 20%, antes de impuestos, los ingresos de comisiones por administración de NAFIBO ST y en más de 36% después de impuestos. Esto, adicionalmente implicaría la existencia de tributos confiscatorios aplicados a la actividad de NAFIBO ST, por cuanto no debe olvidarse que las tasas, al igual que los impuestos, son tributos que se pagan al Estado. De acuerdo a los principios doctrinales en materia de Derecho Tributario, los tributos confiscatorios se prohíben y se consideran como tales a aquellos que graven más allá del 33% de los ingresos de un contribuyente.

Por otra parte y como es de su conocimiento, a partir de la presente gestión NAFIBO ST ha reducido su tarifario estableciendo tarifas diferenciadas según se trate de empresas nacionales, empresas internacionales o PyME's y entidades del sector público, vale decir que a toda empresa o entidad del sector público (YPFB, por ejemplo) se le aplicará la misma tarifa que a una PyME. La finalidad del establecimiento de este tarifario, diferenciado según el tipo de empresa usuaria, fue la de promover y apoyar la participación en el Mercado de Valores de entidades del sector público encaminada al desarrollo y financiamiento de obras de interés social dentro del Plan de Desarrollo Nacional. En consecuencia, las tarifas por administración de patrimonios autónomos que se cobran durante todo el plazo de vigencia de los Valores de titularización también fueron ajustadas para el sector público, no siendo equitativo ahora que la ASFI pretenda arbitrariamente el cobro de una Tasa de Regulación por Inspección y vigilancia que tome como base de cálculo el 'valor del activo' de cada patrimonio autónomo que NAFIBO ST administra y no el 'valor total' de cada patrimonio autónomo, como lo señala expresamente el numeral b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420. Al margen de que dicho cobro sería arbitrario y contrario a la normativa que regula los aspectos relacionados con el pago de la Tasa de Regulación Nº 8, cabe destacar que los ingresos de NAFIBO ST se verían considerablemente mermados y requerirían un incremento de entre el 20% y 30% de las tarifas ya establecidas, para cubrir los gastos de administración y funcionamiento de la sociedad.

Considerando las tarifas aprobadas para el sector público y PyME's y las establecidas para empresas pri-

vadas nacionales, a continuación damos un ejemplo, de la incidencia del cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8 que pretende aplicar la ASFI arbitrariamente, en relación a lo expresamente establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420, que es el que corresponde aplicar en estricto derecho.

	SECTOR PUBLICO Y PYMES		EMPRESA NACIONAL PRIVADA	
	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/04/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/04/09	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/04/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/04/09
	Bs. 453.747.413	Bs. 46.174656	Bs. 453.747.413	Bs. 40.174.656
COMISION NAFIBO(*)	18.310	18.310	39.234	39.234
IMPUESTOS FACTURACION NAFIBO(DF 13%+IT 3%)	(2929,63)	(2929,63)	(6277,46)	(6277,46)
TASA DE REGULACION (1,0017%mensual)	(7824,38)	(692,77)	(7824,38)	(692,77)
SALDO PARA NAFIBO	Bs.7556,18	Bs.14.687,79	Bs.25.132,29	Bs.32.263,90
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION ANTES DE IMPUESTOS	**42,2%**	3,8%	19,9%	1,8%
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION MÁS IMPUESTOS	56,7%	19,8%	15,9%	17,8%

El cuadro anterior muestra la forma en la que, aplicando el criterio de la ASFI, a pesar de que la comisión de NAFIBO ST para el sector público y PyME's baja de Bs. 39.234 a Bs. 18.310 mensual, contrariamente la Tasa de Regulación sube de Bs. 692,77 a Bs. 7.824,38 mensual. Es ilógico que mientras NAFIBO ST rebaja agresivamente sus comisiones por administración para promover la titularización a empresas estatales y PyME's, la ASFI al insistir erróneamente en su interpretación de que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', estaría, además de infringiendo lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del D.S. 25420, actuando en contra de una de sus funciones específicas cual es la de velar por la competitividad del Mercado de Valores, que se halla expresamente establecida en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores. En efecto, al incrementar la Tasa de Regulación bajo una mera interpretación de que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', la ASFI incrementa dramáticamente los costos de NAFIBO ST, reduciendo sus ingresos, aspecto que –reitero- nos obligaría a incrementar las tarifas de titularización en un 20% a 30% como mínimo, lo cual seguramente restaría competitividad a NAFIBO ST en relación con las restantes sociedades de titularización.

PETITORIO

En mérito a los argumentos de hecho y de derecho señalados, solicitamos a su autoridad que, una vez cumplidos los trámites de rigor, pronuncie Resolución revocando la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio del año en curso, disponiendo que, en estricta aplicación de lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo 25420 de 11 de junio de 1999 concordante con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, corresponde realizar el cobro de la Tasa de Regulación Nº 8 a NAFIBO ST tomando como base de cálculo el 'valor total de cada patrimonio autónomo' que administre. A tal efecto, debe también señalarse que el 'valor total de un patrimonio autónomo' está dado por la diferencia existente entre el activo (los derechos) y el pasivo (las obligaciones)

del patrimonio autónomo (...)".

3. RESOLUCIÓN ASFI/Nº 091/2009 DE 12 DE AGOSTO DE 2009.-

Mediante Resolución ASFI/Nº 091/2009 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) resolvió confirmar la Resolución ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

"***CONSIDERANDO***

Que, en fecha 15 de junio de 2009 la Autoridad de Supervisión Financiera, emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 031 de 15 de junio de 2009, que resuelve ratificar la carta SPVS IV 289/2009 de 4 de mayo de 2009 que confirma el contenido de la carta SPVS IV DE (sic) Nº 453/2008 de 9 de junio de 2008 que establecen que en sujeción al marco legal vigente las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, ello en razón y aplicación de lo previsto en la Constitución Política del Estado que dispone la aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía.

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores de 31 de marzo de 1998 establece que las actividades de la Autoridad de Supervisión se financiarán mediante el cobro de Tasas de Regulación, disponiendo en el numeral 5 que la 'tasa de regulación por concepto de inspección y vigilancia aplicable a las sociedades administradoras de fondos de inversión, ***sociedades de titularización hasta el 0.05% del valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados'***

Que, el mencionado artículo igualmente determina que los montos, forma de pago de las alícuotas y procedimiento de aplicación del presente artículo serán establecidos mediante Reglamento.

Que, el Decreto Supremo Nº 25420 de Régimen de los Registros y Tasas de Regulación de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, determina en su artículo 15 –Tasas por Inspección y Vigilancia – que, 'Conforme a lo establecido por el numeral 5) del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores las Tasas de Regulación por concepto de inspección y vigilancia, aplicables a las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y Sociedades de Titularización serán las siguientes: b) Tasa de Regulación No. 8: Cero coma cero, cero diecisiete por ciento (0.0017 %) mensual sobre el ***valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización*** *(...)'*

Que tal como lo establece NAFIBO ST todos los artículos del Decreto Supremo No. 25420 se encuentran plenamente vigentes y su legalidad y legitimidad se presumen 'juris tantum', conforme lo establece el inciso g) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que a la letra dispone que 'las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario'. Hasta la fecha, ni la SPVS ni ninguna otra entidad pública ni privada recurrieron a la vía judicial para impugnar ninguno de los artículos del Decreto Supremo No. 25420 por considerarlo ilegal o inconstitucional.

Que en consecuencia, lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo No. 25420 no es contrario ni podría contradecir lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores porque su existencia misma deriva precisamente de lo expresamente dispuesto en dicha norma legal, vale decir, que el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420

únicamente reglamenta lo establecido por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley No. 1834 en los aspectos expresamente señalados en la misma, es decir: montos, forma de pago y procedimiento de aplicación.

CONSIDERANDO:

Que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento administrativo, las actuaciones de la Administración Pública deben encontrarse acordes al principio de congruencia, que en materia administrativa implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración deben ser fundamentadas, claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación de los hechos imputados y la resolución final.

Que en virtud a lo señalado precedentemente y tomando en cuenta la interpretación discrecional que realiza NAFIBO ST en lo referente a la Tasa de Regulación No. 8 correspondiente al 0.0017% mensual sobre el valor total del patrimonio (activo-pasivo).

Que la Ley del Mercado de Valores, en su artículo 115 numeral 5 dispone el cobro de la tasa de regulación por concepto de inspección y vigilancia aplicable a las sociedades de titularización hasta el 0.05% del valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados, señalando además que los montos formas de pago de las alícuotas y procedimiento de aplicación serán establecidos mediante Reglamento.

Que, por su parte, el Reglamento de Régimen de los Registros y Tasas de Regulación, determina en su artículo 15 inc. b) que las 'Tasas de Regulación por concepto de inspección y vigilancia, aplicables a las Sociedades de Titularización será el Cero coma cero, cero diecisiete por ciento (0.0017 %) mensual sobre el ***valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización*** *(...)'*

Que partiendo de tales premisas de carácter obligatorio cabe expresar que el Decreto Supremo No. 25514 define como Patrimonio Autónomo para titularización aquel constituido con los bienes o activos cedidos y afectados para el propósito de que, a cargo del patrimonio autónomo se emitan Valores.

Que la titularización es un proceso mediante el cual se constituye un patrimonio autónomo, cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio.

Que por consiguiente, el cálculo de la Tasa de Regulación que al efecto debe realizarse debe enmarcarse en las siguientes consideraciones: i) la ley prevé un cálculo sobre el valor de la cartera de valores, activos o bienes administrados señalando un marco general que puede ser excluyente, para el caso en particular se debe aplicar sobre los activos o bienes cedidos; ii) el Reglamento indica que se calculará sobre el valor total de cada patrimonio autónomo administrado; iii)este patrimonio autónomo se halla conformado con los bienes, activos y todos aquello(s) *cedidos y afectados para la titularización cuyo flujo generado es necesario para cumplir con las obligaciones emergentes de la emisión de los valores de titularización en el plazo establecido por el Contrato de Cesión Irrevocable de Bienes o Activos o la Declaración Unilateral de Cesión Irrevocable de Bienes o Activos, que de no cumplirse podría dar lugar a la liquidación del Patrimonio Autónomo.*

Que para este efecto, la Ley del Mercado de Valores en su artículo 76 expresamente establece que las Sociedades de Titularización deben ***valuar el patrimonio autónomo para titularización,*** *por lo que, los Contratos de Cesión Irrevocable de Bienes o Activos y las Declaraciones Unilaterales de Cesión Irrevocables de Bienes o Activos, contemplan una forma de valuación, la misma que hace referencia exclusivamente a los*

activos generadores de flujo que hacen frente a las obligaciones del Patrimonio Autónomo.
Que pretender realizar el pago de la Tasa de Regulación conforme NAFIBO ST S.A. interpreta, sería cobrar sobre la diferencia entre los Derechos y Obligaciones del Patrimonio Autónomo, aspecto que por supuesto desvirtúa la naturaleza intrínseca del Patrimonio Autónomo ya que se cobraría sobre un remanente que en muchas ocasiones podría llegar a ser negativo, además de no ajustarse a la realidad ya que el valor total del patrimonio autónomo no es el remanente producto de la diferencia propuesta por la Sociedad de Titularización (...)".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 01 de septiembre de 2009, NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, notificada el 19 de agosto de 2009, que confirma la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

"I. ANTECEDENTES:

En fecha 15 de junio de 2009, la ASFI emitió la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 que textualmente resuelve: 'ratificar la carta SPVS/IV/289/2009 de 4 de mayo de 2009 que confirma el contenido de la carta SPVS/IV/DE/Nº 453/2008 de 9 de junio de 2008 que establecen que en sujeción al marco legal vigente, las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores, ello en razón y aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía'

NAFIBO ST, mediante memorial presentado en fecha 10 de julio de 2009, interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 031 de 15 de junio de 2009, con base a los siguientes fundamentos:

1. ***La Resolución Administrativa impugnada es ambigua y realiza una interpretación antojadiza de la norma y sin ningún fundamento técnico ni legal.*** *En efecto, la RA impugnada hace referencia a 'aplicación preferente' sin argumentar en absoluto la existencia de un conflicto o contradicción entre lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la LMV y lo señalado por el artículo 15 del Decreto Supremo 25420 de 11 de junio de 1999.*

   Otro aspecto fundamental es el referido al hecho de que en la Resolución Administrativa impugnada el ente de supervisión no se refiere y menos fundamenta técnicamente porque no es aceptable el calculo de la Tasa de Regulación Nº 8 realizado por NAFIBO ST, tomando en consideración el 'valor total de cada patrimonio autónomo' y no tan solo el 'valor total del activo' de dicho patrimonio autónomo.

2. ***El Decreto Supremo Nº 25420 es legal, se encuentra plenamente vigente y no contradice lo establecido por la Ley del Mercado de Valores.*** *Todos los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 se encuentran plenamente vigentes y su legalidad y legitimidad se presumen 'juris tantum', conforme lo establece el inciso g) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Hasta la fecha, ni la SPVS ni ninguna otra entidad pública ni privada recurrieron a la vía judicial para impugnar ninguno de los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 por considerarlo ilegal o inconstitucional. En consecuencia, lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del decreto Supremo Nº 25420 no es contrario ni podría contradecir lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores*

porque su existencia deriva precisamente de lo expresamente dispuesto en dicha norma legal.

3. ***El cobro realizado por el ente de supervisión considerando únicamente el valor del activo de los patrimonios autónomos administrados no es equitativo y resta competitividad a NAFIBO ST.*** *El impacto de calcular y cobrar la Tasa de Regulación sobre el 'total del activo' y no sobre el 'valor total del patrimonio' (activo menos pasivo) crea una distorsión considerable en el monto de la Tasa de Regulación que NAFIBO ST paga mensualmente a la ASFI.*

La Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, notificada en fecha 18 del mismo mes, resuelve: 'CONFIRMAR la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, estableciendo que las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de las Tasas de Regulación por concepto de Vigilancia y Mantenimiento, utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados'.

II. <u>ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO DE REVOCATORIA</u> *(sic)*

1. ***NO OBSTANTE ACEPTAR COMO CIERTOS LOS ARGUMENTOS DE IMPUGNACIÓN DE NAFIBO ST, LA R.A. ASFI 091/09 CONFIRMA LO ESTABLECIDO POR LA R.A. ASFI Nº 031/2009.*** *Si bien la R.A. ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009 CONFIRMA lo establecido por la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, en su parte considerativa acepta los fundamentos expuestos por NAFIBO ST en su recurso de revocatoria por cuanto señala: 'Que tal como lo establece NAFIBO ST todos los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 se encuentran plenamente vigentes y su legalidad y legitimidad se presume 'juris tantum', conforme lo establece el inciso g) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que a la letra dispone que 'las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario'. Hasta la fecha, ni la SPVS ni ninguna otra entidad pública ni privada recurrieron a la vía judicial para impugnar ninguno de los artículos del Decreto Supremo Nº 25420 por considerarlo ilegal o inconstitucional, (...) Que en consecuencia, lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 no es contrario ni podría contradecir lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores porque su existencia misma deriva precisamente de lo expresamente dispuesto en dicha norma legal (...)' (cuarto y quinto párrafos del quinto Considerando).*

En efecto, como se evidencia de lo establecido en la parte de ANTECEDENTES del presente memorial, los principales argumentos de NAFIBO ST para solicitar la revocatoria de la RAASFI Nº 031/2009 fueron los siguientes:

a) la RA impugnada hace referencia a 'aplicación preferente' sin argumentar en absoluto la existencia de un conflicto o contradicción entre lo dispuesto por la LMV y lo establecido por el Decreto Supremo 25420 de 11 de junio de 1999, y
b) el Decreto Supremo Nº 25420 es legal, se encuentra plenamente vigente y no contradice lo establecido por la Ley del Mercado de Valores.

Si bien estos 2 argumentos de NAFIBO ST fueron considerados por la ASFI como totalmente ciertos y evidentes, dicha entidad reguladora, de una manera totalmente contraria y arbitraria, CONFIRMA lo establecido por la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/09, vulnerando así el principio de congruencia administrativa al que se hace referencia en el tercer párrafo del sexto Considerando que determina: 'Que en el conocimiento y tramitación de todo procedimiento

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

Adicionalmente, y de una manera por demás contradictoria en su redacción, en el segundo párrafo del séptimo Considerando establece: 'Que, la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante Informe Legal DAJ/R-26892/2009 de 12 de agosto de 2009, ha manifestado que los argumentos presentados en el Recurso de Revocatoria, no desvirtuaron las consideraciones expuestas en la Resolución Administrativa recurrida, estableciendo que la Ley del Mercado de Valores y la reglamentación de las Tasas de Regulación por concepto de Vigilancia y Mantenimiento no son contradictorias entre sí, y la vez son claras en sus conceptos y alcances'.

De haber actuado coherentemente y en estricto apego y respeto al principio de congruencia, la ASFI debió REVOCAR la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/09 ya que acertadamente evidenció y afirmó que las normas de la Ley del Mercado de Valores y del Decreto Supremo Nº 25420 no eran contrarias ni contradictorias entre sí como pretendía la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/09, o cuando menos debió REVOCAR PARCIALMENTE lo establecido por dicha Resolución Administrativa por cuanto, al aceptar que las normas del Decreto Supremo Nº 25420 no eran contrarias ni contradictorias a la Ley del Mercado de Valores, respecto de la Tasa de Regulación por Inspección y Vigilancia, debió disponer expresamente que no era cierta ni necesaria la última frase que señala: 'ello en razón y aplicación preferente de las leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía', frase que efectivamente en los hechos ya no incluyó en la R.A. ASFI Nº 091/09 confirmatoria de la R.A. ASFI Nº 031/09.

2. ***LAR.A. RECURRIDA IGNORA LO EXPRESAMENTE ESTABLECIDO POR EL D.S. Nº 25420 Y PRETENDE REGLAMENTAR LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.*** *La parte resolutiva de la R.A. ASFI Nº 091/09 textualmente resuelve: 'CONFIRMAR la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, estableciendo que las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de las Tasas de Regulación por concepto de Vigilancia y Mantenimiento utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados' (el subrayado es nuestro).*

Respecto de la Tasa de Regulación por Inspección y Vigilancia, el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores establece que la misma será de 'hasta el 0.05% del valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados', y el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 dispone que dicha tasa de regulación será del 'cero coma cero, cero diecisiete por ciento (0.0017%) mensual sobre el valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización'.

La R.A. ASFI Nº 091/09, al establecer que las sociedades de titularización deben efectuar el pago de las Tasas de Regulación por Inspección y Vigilancia utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, ignora lo establecido por el Decreto Supremo Nº 25420 que dispone que dicha tasa de regulación se calculará sobre el valor total de cada patrimonio autónomo. Y más aún: la ASFI, al establecer que la mencionada tasa de regulación debe calcularse sobre el valor de los activos o bienes administrados, contradice lo expresamente dispuesto por el DS 25420, pese a reconocer expresamente su vigencia, legalidad y

legitimidad. Asimismo si la Ley del Mercado de Valores en su Art. 115 Inc. 5 indica que se utilice como base de cálculo 'el valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados' queda claro que se puede utilizar como base de cálculo cualquiera de estas tres opciones o conceptos, aspecto que se reglamentó en el Decreto Supremo 25420, sin embargo y en un intento, suponemos de reglamentar, la ASFI decide escoger de entre estos tres aspectos únicamente a los 'Activos o Bienes Administrados', es decir que la ASFI está asumiendo un rol de legislador, aspecto que va más allá de sus facultades, y por ende fuera del marco legal, porque las atribuciones reglamentarias corresponden al Poder Ejecutivo, conforme a lo establecido por la Constitución Política del Estado, entonces: ¿Por qué la ASFI discrimina arbitrariamente y excluye de la base de cálculo a la Cartera de Valores? ¿Es que la ASFI pretende tener competencia y atribuciones para reglamentar la Ley del Mercado de Valores a través de una Resolución Administrativa en contradicción a lo expresamente establecido por un Decreto Supremo? ¿No es esta, más bien, una acción que viola el principio de jerarquía normativa?. No resulta coherente que la ASFI, habiendo evidenciado y establecido acertadamente que las normas del Decreto Supremo Nº 25420 no son contrarias a la Ley del Mercado de Valores, ignore lo expresamente señalado por dicha norma reglamentaria y pretenda establecer una nueva base de cálculo de la Tasa por Inspección y Vigilancia, que es distinta a la base de cálculo establecida por el DS 25420.

3. ***LA R.A. RECURRIDA CONTIENE ARGUMENTOS INCOMPLETOS, IMPRECISOS, FALSOS Y ERRÓNEOS.*** *Tan evidente es lo señalado, que podemos citar como ejemplo de un argumento incompleto e impreciso el texto del segundo párrafo del sexto Considerando de la R.A. ASFI Nº 091/09, que a la letra señala: 'Que en virtud a lo señalado precedentemente y tomando en cuenta la interpretación discrecional que realiza NAFIBO ST en lo referente a la Tasa de Regulación Nº 8 correspondiente al 0.0017% mensual sobre el valor total del patrimonio (activo-pasivo).' Este párrafo, por un lado, no respeta lo señalado en su acápite precedente que hace referencia al principio de congruencia que deben guardar las resoluciones pronunciadas por la Administración Pública y, por otro lado, no señala, expone ni fundamenta las razones por las que considera que la interpretación de NAFIBO ST sobre la Tasa de Regulación es discrecional. Adicionalmente, la parte considerativa de la R.A. ASFI Nº 091/2009, que constituye el fundamento y razón de ser de su parte resolutiva, contiene afirmaciones falsas, erróneas e imprecisas, como las siguientes:*

   a) *El octavo párrafo del sexto Considerando señala textualmente: 'Que para este efecto, la Ley del Mercado de Valores en su artículo 76 expresamente establece que las Sociedades de Titularización deben valuar el patrimonio autónomo para titularización, por lo que, los contratos de Cesión Irrevocable de Bienes o Activos y las Declaraciones Unilaterales de Cesión Irrevocables de Bienes o Activos, contemplan una forma de valuación, la misma que hace referencia exclusivamente a los activos generadores de flujo que hacen frente a las obligaciones del Patrimonio Autónomo'. Esta afirmación de la ASFI respecto de lo 'expresamente' establecido por el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores es totalmente falsa y, por ende, temeraria, ya que la redacción textual de dicho artículo es la siguiente: ' La titularización consiste en constituir patrimonios autónomos bajo la administración de sociedades de titularización con activos y bienes presentes o futuros destinados a garantizar y pagar Valores emitidos a favor de inversionistas, independientes del patrimonio del cedente(...) Estos patrimonios autónomos no forman parte de la garantía general de los acreedores de las empresas originadoras ni de la sociedad de titularización y sólo responden y garantizan las obligaciones derivadas de la emisión de Valores para la cual*

se ha efectuado el proceso de titularización. (...) Los Valores emitidos como consecuencia del proceso de titularización serán considerados para efectos legales y de todo tipo de operación, como Valores con todos los derechos y obligaciones de los mismos, pudiendo ser colocados y negociados sin restricción alguna'. Conforme se evidencia de la simple lectura el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores, no existe en dicho artículo ninguna referencia, directa ni indirecta, a la obligación de las sociedades de titularización de valuar el patrimonio autónomo para titularización.

Sin embargo, respecto de los aspectos relacionados con la forma de valuación de los patrimonios autónomos establecida en los contratos de Cesión Irrevocable de Bienes o Activos y en las Declaraciones Unilaterales de Cesión Irrevocables de Bienes o Activos, en ninguno de dichos documentos se establece una forma de valuación que determine que el valor total de un patrimonio autónomo es igual únicamente al activo de dicho patrimonio autónomo.

Del mismo modo, cabe señalar que el valor total de un patrimonio autónomo, contablemente, es igual al 'patrimonio neto', el cual es la diferencia resultante del activo menos el pasivo, según lo establece el Manual de Cuentas para Sociedades de Titularización, aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV-257/05 de 4 de abril de 2005.

b) *Por su parte, el noveno párrafo del sexto Considerando señala textualmente: 'Que pretender realizar el pago de la Tasa de Regulación, conforme NAFIBO ST S.A. interpreta, sería cobrar sobre la diferencia entre los Derechos y Obligaciones del Patrimonio Autónomo, aspecto que por supuesto desvirtúa la naturaleza intrínseca del Patrimonio Autónomo ya que se cobraría sobre un remanente que en muchas ocasiones podría llegar a ser negativo, además de no ajustarse a la realidad ya que el valor total del patrimonio autónomo no es remanente producto de la diferencia propuesta por la Sociedad de Titularización' (el subrayado es nuestro).*

La ASFI no fundamenta, como procedimental y normativamente corresponde, según lo establecido por los incisos b) y e) del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo, las razones concretas, los hechos, antecedentes y fundamentos técnicos en virtud de los cuales no es aceptable el cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8 realizado por NAFIBO ST, tomando en consideración el 'valor total de cada patrimonio autónomo' y no tan solo el 'valor total del activo' de dicho patrimonio autónomo, sino que simplemente se limita a señalar que dicha interpretación no se ajusta a la realidad ya que el valor total del patrimonio autónomo no es un remanente producto de la diferencia propuesta por la sociedad de titularización y desvirtuaría la naturaleza intrínseca del Patrimonio Autónomo ya que se cobraría sobre un remanente que en muchas ocasiones podría llegar a ser negativo, afirmaciones que –reitero- no tienen ninguna fundamentación técnica ni jurídica.

El pretender que el 'valor total de un patrimonio autónomo' de titularización es igual al 'valor del activo' de dicho patrimonio autónomo, como lo señala la ASFI, es incoherente y contablemente ilógico ya que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al activo menos el pasivo, es decir, derechos menos obligaciones, tal como NAFIBO ST calcula el pago de la Tasa de Regulación en cuestión. Incluso conceptualmente, un patrimonio, como lo define el renombrado tratadista italiano de Derecho Privado Messineo, 'no es un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones: derechos y obligaciones', y como

lo sostienen las definiciones de muchos otros tratadistas del Derecho, tienen un aspecto común: el patrimonio se compone de activo y pasivo, y el patrimonio neto es la diferencia entre activo y pasivo y es igual –reitero- al valor total, ya que así se determina contablemente el valor total o neto de una determinada entidad y de su patrimonio. Y tales definiciones son también aplicables a los 'patrimonios autónomos'.

Ni la RAASFI 031/09 ni la RAASFI 091/09 aceptaron esta forma de cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8, pero ninguna desvirtuó jurídica y/o técnicamente esta forma de cálculo ni comprobaron técnica ni contablemente que el 'valor total del patrimonio autónomo' es igual al 'activo' del patrimonio autónomo de titularización, como ***debieron*** *hacerlo en virtud del principio de congruencia administrativa y de lo establecido por los incisos b) y e) del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que señala como elementos esenciales del acto administrativo a los siguientes: 'b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; (...) e) Fundamento: Deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo'.*

4. LA R.A. ASFI Nª 091/09 PERJUDICA LOS INTERESES LEGITIMOS DE NAFIBO ST Y LE RESTA COMPETITIVIDAD EN EL MERCADO DE VALORES.

La R.A. ASFI Nº 091/09 de 12 de agosto de 2009 vulnera y causa perjuicio a los intereses legítimos de NAFIBO ST, fundamentalmente, por los motivos que a continuación se detallan, que ya fueron expuestos ante la ASFI en el recurso de revocatoria interpuesto pero que no fueron considerados por dicha instancia administrativa, por lo que solicitamos al señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, los analice y considere a tiempo de resolver el presente Recurso Jerárquico:

El impacto de calcular y cobrar la Tasa de Regulación sobre el 'total del activo' y no sobre el 'valor total del patrimonio' (activo menos pasivo) como proponemos, crea una distorsión considerable en el monto de la Tasa de Regulación que NAFIBO ST paga mensualmente a la ASFI, tal como se puede observar en el siguiente cuadro.

	EJEMPLO P.A.SINCHI WAYRA NAFIBO 010	
	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/06/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/06/09
	Bs. 456.497.571	Bs. 46.828.294
COMISION NAFIBO (promedio mensual de 0,15% anual)	39.234	39.234
IMPUESTOS FACTURACION NAFIBO (DF13% IT 3%)	(6277,46)	(6277,46)
TASA DE REGULACION (0,0017% mensual)	(7871,80)	(807,50)
SALDO PARA NAFIBO	**25.084,87**	**32.149,17**
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION ANTES DE IMPUESTOS	20,1%	2,1%
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION MAS IMPUESTOS	36,1%	18,1%

El cuadro anterior ejemplifica los montos que se deben pagar por la Tasa de Regulación Nº 8 y el impacto en los ingresos de NAFIBO ST en el caso del patrimonio autónomo Sinchi-Wayra-NAFIBO 010. Como se puede apreciar, si se cobra la Tasa de Regulación sobre el 'valor total del patrimonio' el monto a pagar es de Bs. 807,50 (Ochocientos Siete 50/100 Bolivianos) mensual, lo que hace un total anual de Bs. 9.690,oo.- (Nueve Mil Seiscientos Noventa 00/100 Bolivianos). Por otro lado, si se aplica el criterio de que se cobre sobre el 'valor del activo', como argumenta erróneamente la ASFI al asumir arbitrariamente que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', el monto de la Tasa de Regulación sube a Bs. 7.871,20 (Siete mil ochocientos setenta y uno 20/100 Boliviano) mensual que hace un total anual de Bs 94.454,40 (Noventa y Cuatro Mil Cuatrocientos Cincuenta y Cuatro 40/100 Bolivianos). Es decir, un incremento de más del 80%, incidiendo en reducir en más del 20%, antes de impuestos, los ingresos de comisiones por administración de NAFIBO ST y en más del 36% después de impuestos. Esto, adicionalmente implicaría la existencia de tributos confiscatorios aplicados a la actividad de NAFIBO ST, por cuanto no debe olvidarse que las tasas, al igual que los impuestos, son tributos que se pagan al Estado. De acuerdo a los principios doctrinales en materia de Derecho Tributario, los tributos confiscatorios se prohíben y se consideran como tales a aquellos que graven más allá del 33% de los ingresos de un contribuyente.

Por otra parte y como es de conocimiento del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a partir de la presente gestión, NAFIBO ST ha reducido su tarifario estableciendo tarifas diferenciadas según se trate de empresas nacionales, empresas internacionales o PyME's y entidades del sector público, vale decir que a toda empresa o entidad del sector público (YPFB, por ejemplo) se le aplicará la misma tarifa que a una PyME. La finalidad del establecimiento de este tarifario, diferenciado según el tipo de empresa usuaria, fue la de promover y apoyar la participación en el Mercado de Valores de entidades del sector público encaminada al desarrollo y financiamiento de obras de interés social dentro del Plan de Desarrollo Nacional. En consecuencia, las tarifas por administración de patrimonios autónomos que se cobran durante todo el plazo de vigencia de los Valores de titularización también fueron ajustadas para el sector público, no siendo equitativo ahora que la ASFI pretenda arbitrariamente el cobro de una Tasa de Regulación por inspección y vigilancia que tome como base de cálculo el 'valor del activo' de cada patrimonio autónomo que NAFIBO ST administra y no el 'valor total' de cada patrimonio autónomo, como lo señala expresamente el numeral b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420. Al margen de que dicho cobro sería arbitrario y contrario a la normativa que regula los aspectos relacionados con el pago de la Tasa de Regulación Nº 8, cabe destacar que los ingresos de ANFIBO ST se verían considerablemente mermados y requerirían un incremento de entre el 20% y 30% de las tarifas ya establecidas, para cubrir los gastos de administración y funcionamiento de la sociedad.

Considerando las tarifas aprobadas para el sector público y PyME's y las establecidas para empresas privadas nacionales, a continuación damos un ejemplo de la incidencia del cálculo de la Tasa de Regulación Nº 8 que pretende aplicar la ASFI arbitrariamente, en relación a lo expresamente establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420, que es el que corresponde aplicar en estricto Derecho.

	SECTOR PUBLICO Y PYMES		EMPRESA NACIONAL PRIVADA	
	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/04/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/04/09	VALOR TOTAL ACTIVOS al 30/04/09	VALOR TOTAL DEL PA al 30/04/09
	Bs. 453.747.413	Bs. 46.174656	Bs. 453.747.413	Bs. 40.174.656
COMISION NAFIBO(*)	18.310	18.310	39.234	39.234
IMPUESTOS FACTURACION NAFIBO(DF 13%+IT 3%)	2929,63	2929,63	6277,46	6277,46
TASA DE REGULACION (1,0017%mensual)	7824,38	692,77	7824,38	692,77
SALDO PARA NAFIBO	Bs.7556,18	Bs.14.687,79	Bs.25.132,29	Bs.32.263,90
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION ANTES DE IMPUESTOS	42,2%	3,8%	19,9%	1,8%
COSTO PARA NAFIBO DE LA TASA DE REGULACION MÁS IMPUESTOS	56,7%	19,8%	15,9%	17,8%

El cuadro anterior muestra la forma en la que, aplicando el criterio de la ASFI, a pesar de que la comisión de NAFIBO ST para el sector público y PyME's baja mensualmente de Bs. 39.234,oo (Treinta y Nueve Mil Doscientos Treinta y Cuatro 00/100 Bolivianos) a Bs. 18.310,oo (Dieciocho Mil Trescientos Diez 00/100 Bolivianos), contrariamente la Tasa de Regulación sube mensualmente de Bs.692,77 (Seiscientos Noventa y Dos 77/100 Bolivianos) a Bs. 7.824,38 (Siete Mil Ochocientos Veinticuatro 28/100 Bolivianos). Entonces, resulta ilógico que mientras NAFIBO ST rebaja agresivamente sus comisiones por administración para promover la titularización a empresas estatales y PyME's, la ASFI al insistir erróneamente en su interpretación de que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', estaría, además infringiendo lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del D.S. 25420, actuando en contra de una de sus funciones específicas cual es la de velar por la competitividad del Mercado de Valores, que se halla expresamente establecida en el numeral 3 del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores, es decir que bajo estas circunstancias NAFIBO ST si puede probar que la ASFI está actuando en detrimento normativo. En efecto, al incrementar la Tasa de Regulación bajo una mera interpretación de que el 'valor del patrimonio autónomo' es igual al 'valor del activo', la ASFI incrementa dramáticamente los costos de NAFIBO ST, reduciendo sus ingresos, aspecto que –reitero- nos obligaría a incrementar las tarifas de titularización en un 20% a 30% como mínimo, lo cual seguramente restaría competitividad a NAFIBO ST en relación con las restantes sociedades de titularización.

***III. PETITORIO**.*

En cumplimiento de lo establecido por el artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por los artículos 52 y siguientes del REGLAMENTO A LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 interponemos el presente recurso jerárquico y solicitamos a su autoridad que una vez cumplidos los trámites de rigor, lo eleve junto a los demás obrados del presente proceso a conocimiento del señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas para que dicha autoridad, en mérito a los argumentos de hecho y de derecho señalados pronuncie Resolución revocando la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto del año en curso, disponiendo que, en estricta aplicación de lo establecido por el inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo 25420 de 11 de junio de 1999 concordante con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores,

la ASFI realice el cobro de la Tasa de Regulación Nº 8 a NAFIBO ST tomando como base de cálculo el 'valor total de cada patrimonio autónomo' que administre. A tal efecto, debe también señalarse que el 'valor total de un patrimonio autónomo' esta dado por la diferencia existente entre el activo y el pasivo del patrimonio autónomo" (...).

5. TERCERO LEGÍTIMO INTERESADO.-

Mediante Auto de fecha 18 de septiembre de 2009, se notificó a **BISA SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A.,** como tercer legítimo interesado, con el Recurso Jerárquico interpuesto por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A**. contra la Resolución Administrativa **ASFI Nº 091/2009** de 12 de agosto de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 031 de 15 de junio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero.

Procedida con la notificación señalada, el tercer legítimo interesado no se apersonó a presentar sus alegatos en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos establecidos en el parágrafo II del artículo 41 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

El 1º de octubre de 2009, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevo a cabo la audiencia de exposición oral de fundamentos, en la que NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACION S.A. ratificó todos los argumentos contenidos en su Recurso de Jerárquico.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la Exposición Oral de Fundamentos presentada por NAFIBO ST el 1ª de octubre de 2009, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde determinar si la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI) emitió el acto, hoy impugnado, considerando y valorando los argumentos presentados por la entidad Recurrente. En esta sentido, habrá de pronunciarse previamente sobre los agravios específicos esgrimidos por el regulado a propósito de las actuaciones oficiales de la ASFI, cual se procede a continuación:

1.1. La Entidad Recurrente arguye que: "No obstante de aceptar como ciertos los argumentos de la impugnación de NAFIBO ST, la R.A. ASFI 091/09 confirma lo establecido por la R.A. ASFI Nº 031/2009"

En efecto, se evidencia que el acto que dio lugar al presente Procedimiento Administrativo se origina en la carta SPVS/IV/DE/Nº 453/2008, que en la parte conclusiva determinó que: "*...las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de sus Tasas de Regulación en estricto apego a lo previsto por la Ley del Mercado de Valores,* ***ello en razón a la aplicación de lo previsto en la Constitución Política del Estado*** ***<u>que dispone la aplicación preferente de las</u>***

leyes respecto de otras disposiciones de menor jerarquía" (Las negrillas y subrayado pertenecen a la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

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

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

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

1.2. La entidad recurrente, alega los siguientes aspectos de orden técnico:

1.2.1. "La entidad recurrida ignora lo expresamente lo establecido por el D.S. Nº 25420 y pretende reglamentar la Ley del Mercado de Valores"

1.2.2. "La R.A. recurrida contiene argumentos incompletos, imprecisos, falsos y erróneos"

- Al respecto el Recurso Jerárquico señala que: "*la R.A. ASFI Nº 091/09 establece que las sociedades de titularización deben efectuar el pago de las tasas de Regulación por Inspección y Vigilancia utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, ignora lo establecido por el Decreto Supremo Nº 25420 que dispone que dicha tasa de regulación se calculará sobre el valor total de cada patrimonio autónomo".*
- Refiere asimismo que: "*...La Ley del Mercado de Valores en su Art. 115 inc. 5 indica que se utilice como base de cálculo 'el valor de su cartera de valores, activos o bienes administrados"*
- Menciona además que "*... La ASFI decide escoger de entre estos tres aspectos únicamente a los 'Activos o Bienes Administrados', es decir está asumiendo un rol de legislador, aspecto que va más allá de sus facultades".*
- Refiere también que: "*la parte considerativa de la R.A. ASFI Nº 091/2009, que constituye el fundamento y razón de ser de la parte resolutiva, contiene afirmaciones erróneas* (como la cita el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores que desarrolla un concepto inexistente), *imprecisas (*menciona que la interpretación de NAFIBO es discrecional y no fundamenta el por qué*.)*

Es cierto que tanto la Ley del Mercado de Valores como el Decreto Supremo 25420 establecen que la Tasa de Regulación por concepto de Inspección y Vigilancia serán pagados sobre: i) el valor de la cartera de valores; ii) el valor de los activos; iii) el valor de los bienes.

Al respecto cabe señalar lo siguiente:

- El artículo 15 del Decreto Supremo Nº 25420 de 11 de junio de 1999 determina:

"***ARTICULO 15.- (TASA POR INSPECCION Y VIGILANCIA****)*
Conformea lo establecido por el numeral 5) del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores las Tasas de Regulación por concepto de inspección y vigilancia, aplicables a las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y Sociedades de Titularización serán, serán las siguientes:

a) ***Tasa de Regulación Nº 7.- :*** *...0.0017% mensual sobre el promedio mensual del valor de los activos, cartera de valores o bienes administrados por la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión.*

b) ***Tasa de Regulación Nº 8:*** *-... 0.0017% mensual sobre el valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización...".*

Desagregando dicha norma se tiene que:

- El artículo se aplica a dos tipos de regulados: i) Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión y, ii) Sociedades de Titularización.
- La Tasa de Regulación Nº 7 se aplica a las **Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión,** debiendo calcularse el 0.0017% sobre: i) el promedio mensual del valor de los activos; ii) la cartera de valores; y/o iii) los bienes administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión
- La Tasa de Regulación Nº 8, se aplica a **las Sociedades de Titularización**, debiendo calcularse el 0.0017% sobre **"el valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización".**

Habiendo quedado claro por la norma transcrita y reconocido por las partes en controversia que el concepto aplicable para el pago de la Tasa de Regulación para las Sociedades de Titularización se encuentra contenido en el Decreto Supremo Nº 25420, es decir sobre el valor total de cada patrimonio autónomo administrado por la Sociedad de Titularización, es necesario efectuar el análisis sobre el significado y composición del patrimonio autónomo a partir del marco jurídico que regula el sector:

- **MARCO JURÍDICO.**

A continuación, se considerará la normativa existente, que de una u otra manera tiene incidencia con el tema en examen:

Ley del Mercado de Valores Nº 1834 de 31 de marzo de 1998

"*ARTICULO 76.- TITULARIZACION**. La titularización consiste en* ***constituir patrimonios autónomos bajo la administración de sociedades de titularización con activos y bienes, presentes o futuros****, destinados a garantizar y pagar Valores emitidos en favor de inversionistas, independientes del patrimonio del cedente, denominado a estos efectos 'Empresa Originadora'."*

Estos patrimonios autónomos no forman parte de la garantía general de los acreedores de las empresas originadoras ni de la sociedad de titularización y sólo responden y garantizan las obligaciones derivadas de la emisión de Valores para la cual se ha efectuado el proceso de titularización(...)".

Decreto Supremo Nº 25514 de 17 de septiembre de 1999

Cuyo objeto es regular la organización y actividades de las Sociedades de Titularización y el proceso de titularización.

Capitulo I, Artículo 2

"***d) Patrimonio Autónomo para titularización***.- *Es el constituido con los* ***bienes o activos*** *cedidos por una o más personas individuales o colectivas y afectados para el propósito de que, a cargo del patrimonio autónomo, se emitan valores*".

e) Titularización.- *Proceso por el cual,* ***bienes o activos*** *con características comunes, que generen flujos de caja son agrupados* ***para ser cedidos a un patrimonio autónomo*** *administrado por una Sociedad de Titularización, que sirve de respaldo a la emisión de valores de oferta pública*". (Las negrillas y subrayado han sido resaltados en los dos incisos para la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Resolución Administrativa SPVS-IV Nº 052 de 14 de febrero de 2000

"***ARTICULO 2.- Bienes o activos objeto de titularización.*** *Para efectos de lo establecido por el artículo 8 del Decreto Supremo No. 25514 podrán estructurarse procesos de titularización a partir de cualesquiera de los activos o bienes señalados por el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores No. 1834.*

Asimismo, conforme a lo establecido por el precitado artículo, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros podrá autorizar mediante Resolución Administrativa de carácter general, la estructuración de procesos con bienes o activos diferentes de los anteriormente mencionados".

Ley Nº 2064 de Reactivación Económica de 3 de abril de 2000

"***8. ARTICULO 80º.*** *Se sustituye por el siguiente texto: "****La cesión de los bienes o activos destinados a la conformación de un patrimonio autónomo*** *que garantiza la emisión de valores de Titularización, representado y administrado por una Sociedad de Titularización, comprende la transferencia del dominio sobre dichos bienes o activos...*".

Ahora bien, glosado el entendimiento normativo conviene anotar que, no queda duda de que el patrimonio autónomo está conformado por los bienes o activos cedidos por una o más personas individuales o colectivas y afectados para el propósito, de ahí que no puede ni debe confundirse el término "valor total del patrimonio autónomo" (sobre el que debe calcularse la Tasa de Regulación para las Sociedades de Titularización) con la expresión contable de patrimonio, establecida en el Manual de Cuentas para Patrimonios Autónomos Administrados por Sociedades de Titularización, citado por la sociedad recurrente.

Respecto a que la Resolución recurrida contiene argumentos incompletos, imprecisos, falsos y erróneos; evidentemente a fs. 058 del expediente administrativo (Quinto Considerando, parágrafo dos) se verifica un argumento incompleto debiendo entenderse que se trata de *lapsus calamis*, ya que a fs. 57 (tercer parágrafo) se desarrolla la idea completa.

Por otra parte, también se advierte que la Resolución impugnada al referirse a la Valuación del Patrimonio Autónomo, hace una cita incorrecta de la norma y el artículo, por cuanto es el artículo 6 del D.S. 25514 de 17 de septiembre de 1999 y no el artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores, el que a la letra dice que: "*La Sociedad de Titularización u otra entidad especializada contratada por ésta para tal efecto, procederá a la valuación del patrimonio autónomo para titularización*.

Dicha valuación deberá ser puesta en conocimiento de la Superintendencia, pudiendo ésta requerir complementaciones o ampliaciones a la misma, sin que esto signifique que la Superintendencia asuma responsabilidad sobre la valuación realizada conforme a lo previsto por el presente artículo".

Con respecto al tema y a manera de reflexión a la ASFI debe mencionarse que las citas normativas deben ser correctas toda vez que el invocar dispositivos normativos equivocados o que no se apliquen al caso concreto, como resulta obvio, dan lugar al error.

1.2.3. La R.A. ASFI Nº 091/09 perjudica los intereses legítimos de NAFIBO y resta competitividad en el Mercado de Valores

- Sobre el este punto el Recurso de Revocatoria menciona que "*La R.A. ASFI Nº 091/09...vulnera y causa perjuicio a los intereses legítimos de NAFIBO... porque... el impacto de calcular y cobrar la Tasa de Regulación sobre el 'total del activo' no sobre el 'valor total del patrimonio' (activo menos pasivo) como proponemos, crea una distorsión considerable en el monto de la Tasa de Regulación que NAFIBO paga mensualmente a la ASFI"*
- Indica también que: "*Esto, adicionalmente implicaría la existencia de tributos confiscatorios aplicados a la actividad de NAFIBO ST, por cuanto... las tasas, al igual que los impuestos, son tributos que se pagan al Estado. De acuerdo a los principios doctrinales en materia de Derecho Tributario, los tributos confiscatorios se prohíben y se consideran como tales aquellos que graven más del 33% de los ingresos de un contribuyente"*

Sobre el primer punto, es indudable que la aplicación de uno u otro criterio de cálculo para el pago de la tasa de regulación, produce resultados económicos distintos, sin embargo conforme al criterio técnico de esta instancia jerárquica, la problemática y debate planteado no tiene por objeto incrementar o reducir la competitividad de una institución titularizadora, o la interpretación de una norma para tales fines, de lo que se trata es de cumplir estrictamente la Ley del Mercado de Valores y el Decreto Supremo que la Reglamenta.

Con respecto al segundo punto alegado en este apartado, conviene referirse al criterio técnico que aclara que la aplicación de la tasa de regulación sobre el total del activo no implica un incremento de más del 800% por cuanto siempre se ha venido aplicando y pagando. Parecerá más apegado a la realidad exponer que, la aplicación del criterio "valor total del patrimonio" propuesto y defendido por el recurrente, como el resultado entre el activo y el pasivo, implicaría una reducción en la tasa regulatoria de más de 800%, por lo que la argumentación de tributo confiscatorio carece de sentido cuando se exponen los hechos en base a una realidad presente.

1.3 Respecto a la jerarquía normativa.-

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

1.4 Sobre la fundamentación.-

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, se ha evidenciado que la Resolución Administrativa impugnada, no ha valorado correctamente la normativa de la materia, habiendo confirmado un acto administrativo impreciso, debiendo ajustarse el mismo a derecho.

Que, de conformidad con los Artículos 43 y 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa ASFI Nº 091/2009 de 12 de agosto de 2009, emitida por el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa ASFI Nº 031/2009 de 15 de junio de 2009, modificándose con el siguiente texto:

> *"Las Sociedades de Titularización deben efectuar el pago de Tasas de Regulación utilizando como base de cálculo el valor de los activos o bienes administrados, en cumplimiento del numeral 5 del artículo 115 de la Ley del Mercado de Valores y al inciso b) del artículo 15 del Decreto Supremo No 25420 de 11 de junio de 1999."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP Nº 33.2009 DE 24 DE AGOSTO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 014/2009 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 014/2009

La Paz, 27 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº40/2009 de 16 de noviembre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 8 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** legalmente representada por su Gerente General Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/01 de fecha 3 de octubre de 2001 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, Dra. Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009 de 02 de julio de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Que, mediante carta AP/DJ/Nº 817/2009 de 10 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió en fecha 11 del mismo mes, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 14 de septiembre de 2009.

CONSIDERANDO:

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

1. **RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPC Nº 5 – 2009 DE 02 DE JULIO DE 2009.-**

Mediante Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, notificada el 8 de julio de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió:

> *"**ÚNICO.- I**. Pronunciarse con referencia a la solicitud de Futuro de Bolivia S.A. AFP, para lo cual se consigna en Resolución Administrativa la Circular AP/DPNC/ 1-2009 de 19 de mayo de 2009, conforme lo prevé el artículo 20 del Decreto Supremo Nº 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003.*
>
> ***II.** La Circular AP/DPNC/ 1-2009 de 19 de mayo de 2009, forma parte indisoluble de la presente Resolución Administrativa"*

La Circular AP/DPNC/ 1-2009 de 19 de mayo de 2009, determina lo siguiente:

> *"En el marco del Artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008 (RA 091/2008) y Resolución Administrativa/SPVS/No. 1004 de 22 de diciembre de 2008, mediante la presente Circular se complementa el procedimiento que deben seguir la Entidad Gestora del FRUV (Entidad Gestora), las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Entidades Aseguradoras que administran seguros previsionales, respecto a los controles previos al pago de Gastos Funerales determinados en los incisos a), b), c), d), e), j) y m) del citado Artículo 17.*
>
> *El procedimiento que se debe cumplir es el siguiente:*
>
> ***1. Procedimiento de verificación:***
>
> *1.1. El promotor de la Entidad Gestora juntamente con el Solicitante de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal debe llenar y suscribir el formulario de "Solicitud de Pago de Gastos Funerales" adjuntando la documentación requerida en el Art. 8 de la RA 091/2008.*
>
> *1.2. La Entidad Gestora en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos de apersonado el Solicitante de Gastos Funerales y llenado el formulario de "Solicitud de Pago de Gastos Funerales", deberá solicitar a las AFP y Entidades Aseguradoras que administran los seguros previsionales, la información establecida en los incisos a), b), c), d), e), j) y m) del Artículo 17 de la RA 091/2008. Para este efecto remitirá un listado que contenga la siguiente información del Beneficiario:*
>
> - *NUB*
> - *Tipo de Documento de Identidad.*
> - *Número de Documento de Identidad.*
> - *Primer Apellido.*
> - *Segundo Apellido.*
> - *Apellido del Esposo.*
> - *Nombres.*

- *Fecha de nacimiento.*
- *Fecha de Defunción.*

1.3. Las AFP y Entidades Aseguradoras, en el plazo de tres (3) días hábiles administrativos determinados en el Artículo 7 de la RA 091/2008, informarán a la Entidad Gestora los datos solicitados correspondientes a los trámites y registros a su cargo, siguiendo los campos detallados en el numeral 1.2 anterior e incluyendo los campos necesarios correspondientes a la información requerida.

1.4. La Entidad Gestora en un plazo de tres (3) días hábiles administrativos de vencido el plazo establecido en el numeral 1.3 anterior, adjuntando la documentación presentada para la solicitud de Gastos Funerales, deberá comunicar en forma escrita al Solicitante el procedimiento a seguir que (sic) *según la información recibida que podrá ser:*

1.4.1. Que debe dirigirse a la AFP que le corresponde, a efecto de solicitar el formulario de "Verificación de Requisitos para pago de Gastos Funerales".

1.4.2. Que debe dirigirse a la Entidad Aseguradora a efectos de iniciar su trámite de Gastos Funerarios SV.

1.4.3. Que no puede acceder a Gastos Funerales FRUV al existir una solicitud previa de Gastos Funerarios del SSO.

1.4.4. Otras derivadas de la información proporcionada por las Entidades.

1.5. En el caso, que se derive al Solicitante a la AFP, ésta será responsable de verificar si corresponde el pago de Gastos Funerarios del SSO, así como, si puede acceder a otros beneficios que otorga el SSO, de acuerdo a los requisitos establecidos en normativa vigente, debiendo comunicar en forma escrita la Solicitante los resultados de la verificación que realice.

Solo en los casos que la AFP determine que el Afiliado fallecido no cumple con los requisitos para el pago de Gastos Funerarios del SSO, en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles administrativos de apersonado el Solicitante, deberá emitir el formulario de ***'Verificación de Requisitos para pago de Gastos Funerales'*** *de acuerdo al formato del Anexo 1 de la presente Circular y ser entregado al Solicitante debidamente firmado.*

Dicho Formulario deberá ser presentado por el Solicitante en la Entidad Gestora como requisito indispensable y adicional a los establecidos en la norma vigente para solicitar los Gastos Funerales financiados por el FRUV.

Para dicho efecto es responsabilidad de la AFP verificar al menos lo determinado por el artículo 17 de la RA 091/2008 (incisos a), b), c), d), e), j) y m)).

2. Plazo para el pago de de (sic) Gastos Funerales:

(…)

3. Periodo de adecuación:

Para la implantación del presente procedimiento, se otorga a la Entidad Gestora, Entidades Aseguradoras y a las AFP un periodo de adecuación de 20 días calendario a partir de la notificación de la presente circular.

En dicho periodo de adecuación, la AFP conforme al Artículo 17 de la RA 091/2008 se encuentra obligada a remitir mediante nota la certificación de los datos requeridos por la Entidad Gestora conforme el detalle de la presente Circular."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 31 de julio de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 - 2009 de 02 de julio de 2009, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

"***ANTECEDENTES***

1. *La Ley Nº 3791 de fecha 28 de noviembre de 2007, da origen a los beneficios de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad) y Gastos Funerales dentro del régimen de Seguridad Social no Contributivo.*

2. *El Decreto Supremo Nº 29400 de fecha 29 de diciembre de 2007 reglamenta la Ley Nº 3791 referida, determinando en su Art. 4º que la administración del Fondo de Renta Universal de Vejez y el pago de la Renta Dignidad y* ***Gastos Funerales,*** *estarán a cargo de una o más Entidades Gestoras de la Administración y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, a ser contratada por la Entidad Encargada de la Regulación, mediante proceso de contratación establecido en las Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios.*

   El Art. 21 de esta disposición legal, relativa a los ***Gastos Funerales,*** *determina que es un beneficio que se pagará por una sola vez a la persona que acredite haber efectuado el pago del funeral de un Beneficiario de la Renta Dignidad y que no le corresponda el pago de Gastos Funerarios financiados por el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo.*

   El Art. 34 de este mismo cuerpo legal, determina el Período Transitorio hasta el 31 de julio de 2008 para que las Entidades proveedoras de información, compatibilicen y adecuen las estructuras de sus Bases de Datos con la Base de Datos de Beneficiarios de Renta Dignidad y Gastos Funerales.

   Asimismo, esta norma determina que durante el período transitorio, se aplicarán las normas reglamentarias a ser determinadas mediante Decreto Supremo especifico.

3. *El Decreto Supremo Nº 29424 de fecha 17 de enero de 2008, en el último párrafo de su parte Considerativa, determina que para la aplicación de los alcances del D.S. 29400, se debe establecer un procedimiento oportuno y eficaz para la gestión 2008, que permita el cabal cumplimiento de los alcances normados.*

   El Art. 2º relativa a la Administración y Pago en la Gestión 2008, determina inequívocamente que el pago de los beneficios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales ***en la Gestión 2008****, estará a*

cargo de las Administradora(s) *de Fondos de Pensiones: Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. dentro de los alcances del Art. 1º de la Ley Nº 3791, quienes tendrán la calidad de Entidades Gestoras con las obligaciones establecidas en el D.S. 29400.*

4. *La Resolución Administrativa de Adjudicación Nº SPVS/RPC Nº 023/08 de fecha 28 de octubre de 2008, en cumplimiento al Art. 4º del D.S. 29400, resolvió adjudicar la prestación del servicio de Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales a la Asociación Accidental 'La Vitalicia BISA SAFI', al haber cumplido con todos los requisitos de la Convocatoria.*

5. *La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, en cumplimiento del Art. 24 del D.S. 29400, emitió la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de fecha 30 de enero de 2008, en la cual dicta la Norma Única para el pago de Gastos Funerales financiados por el Fondo de Renta Universal de Vejez y aprueba y pone en vigencia el Manual de Procedimientos para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez.*

   Dentro del Manual de Procedimientos referido, el Art. 1º otorga a nuestra empresa la calidad de Entidad Gestora.

   En su Art. 2º dentro de sus definiciones, se establece en forma clara que nuestra empresa es la encargada de Administrar el Fondo de Renta Universal de Vejez y pago de la Renta Dignidad y los Gastos Funerales en la gestión de pago de 2008.

6. *La Resolución Administrativa SPVS Nº 1004 de fecha 22 de diciembre de 2008, en su 4º parágrafo de su segundo Considerando, señala que habiéndose adjudicado el servicios* (sic) *a la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI', la SPVS ha establecido la necesidad de homologar toda la norma aplicable a la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales a dicha Asociación, como Entidad Gestora desde febrero de 2009 a febrero de 2013.*

7. *En cumplimiento al parágrafo II del Art. 2º del D.S. 29424 mencionado, nuestra empresa suscribió el Contrato de Prestación de Servicios como Entidad Gestora, bajo la Modalidad de contratación por excepción, en fecha 28 de enero de 2008, en la cual se determina una vigencia que rigió desde la fecha de suscripción hasta el 31 de enero de 2009.*

8. *Mediante Circular AP/DPNC/ 1-2009 de fecha 19 de mayo de 2009, su entidad instruye el procedimiento que deben seguir la Entidad Gestora, Administradoras de Fondos de Pensiones y Entidades Aseguradoras que administran seguros previsionales.*

II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL.

Extraña de sobremanera que pese a la abundante normativa emitida para el Pago de Gastos Funerales financiados por el Fondo de Renta Universal de Vejez, su institución hubiera emitido la Circular AP/DPNC/1-2009 en la cual nos instruyen textualmente que: '...las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Entidades Aseguradoras que administran seguros provisionales (sic)*, respecto a los controles previos al pago de* ***Gastos Funerales*** *determinados en los incisos a), b), c), d), e), j) y m) del citado artículo 17...', obviando que el Art. 17 de la Resolución Administrativa SPVS.IP.091, se encuentra estrictamente dirigido a la* ***Entidad Gestora*** *vigente y actual, y no a las AFPs ni a las*

Entidades Aseguradoras, determinando en forma clara, precisa e inequívoca, sobre las Obligaciones en el pago de estos beneficios.

De la Resolución Administrativa SPVS/Nº 1004 de fecha 22 de diciembre de 2008, tercer y cuarto parágrafos de su tercer Considerando, se evidencia que su institución reconoce en forma expresa la adjudicación de la prestación del servicio de Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Rentada (sic) Dignidad y Gastos Funerales a favor de la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI', así como la homologación de toda la norma aplicable a esta administración para esta Asociación Accidental, como Entidad Gestora desde febrero de 2009 a febrero de 2012, lo que infiere que a partir del 1º de febrero de 2009 a febrero de 2012, la única Entidad Gestora reconocida legalmente con derechos y obligaciones es la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI', misma que de acuerdo al contrato suscrito con la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros fue totalmente reconocida por la normativa de creación de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, con todos los derechos y obligaciones que le conciernen.

Para mayor abundamiento, me permito recordar a su autoridad que el Contrato que suscribió nuestra empresa con su institución referido en el punto 7 precedente, cuya suscripción se la realizó bajo la Modalidad de contratación por excepción, y que tuvo una vigencia del 28 de enero de 2008 al 31 de enero de 2009, a la fecha ya no se encuentra vigente, habiendo como consecuencia nuestra AFP perdido la calidad de Entidad Gestora.

Asimismo y como consecuencia de la resolución por cumplimiento de este contrato, todas las obligaciones que se determinaron y especificaron en el Art. 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 sólo alcanzan a la actual Entidad Gestora y no así a las AFP's, de acuerdo al Art. 1º del Manual de Procedimientos para otorgar el Pago del Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, referido a su ámbito de aplicación.

Asimismo, la Resolución Administrativa SPVS/Nº 1004 de fecha 22 de diciembre de 2008, en su Art. 2º de la parte Resolutiva, aclara en forma precisa sobre la Vigencia de Normas, determinando el cumplimiento de la normativa relativa a la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, como obligatorio para las entidades gestoras Futuro de Bolivia S.A. AFP, BBVA Previsión AFP S.A. y Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI', ***de acuerdo a términos y condiciones en las que fueron contratadas y/o adjudicadas.***

Como podrá ver su autoridad, los términos y condiciones en las que fuimos contratados como Entidad Gestora concluyeron conjuntamente la extinción de nuestro Contrato, por lo que mal podríamos usurpar funciones y atribuciones que no nos competen y que son de exclusiva responsabilidad de la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI' como Entidad Gestora actual y vigente.

Es importante, señalarle que los inc. a), b), c), d), e), j) y m) del Art. 17 de la R.A. 091 referida, aplican en su procedimiento solo a la Asociación Accidental como Entidad Gestora y sus efectos solo podrían alcanzar a nuestra AFP en lo referente a información que debe emitir nuestra AFP; sin embargo para evitar estas confusiones y contradicciones, se debería redactar nuevamente estos incisos adecuándolos y restringiéndolos específicamente a cada una de las instituciones involucradas, para que estas cumplan a cabalidad con lo que específicamente les corresponden, de acuerdo a sus contratos suscritos y a los contratos por las adjudicaciones correspondientes.

La información que nos compete emitir como Administradoras de Fondos de Pensiones es única y exclusivamente sobre el registro o no, de un beneficiario en el Seguro Social Obligatorio de Largo Plazo, para que en ningún momento se pague incorrectamente dos Gastos Funerarios, para cuyo fin solo debemos informar si una persona está o no registrada en la AFP. No obstante, la información que se requiere se traspase a la Entidad Gestora, detallada en el inc. d), esta relacionada a la información de la cuenta individual de nuestros afiliados, misma que de acuerdo al Art. 105 del D.S. 24469 (Decreto Reglamentario de la Ley de Pensiones), nos obliga a guardarla bajo estrictas restricciones de confidencialidad que impiden específicamente a que dicha información sea brindada, salvo orden judicial o autorización de la Superintendencia ***expresa y para cada caso.***

*En el presente caso, también se estaría vulnerando el Art. 105 del D.S. 24469 referido, ya que su autoridad nos estaría obligando a brindar información de todos nuestros afiliados en general y no como manda la norma '****en forma expresa para cada caso'****, sobre el monto que tienen en su cuenta individual, y que se informe si este monto menor al mínimo actuarial requerido serviría para que se financie el Gasto Funerario por el SV o MVV.*

Asimismo, de la lectura de la Circular 1-2009, nos obligan a ser parte del proceso de verificación, cuando dicha obligación no nos corresponde, sino única y exclusivamente a la Entidad Gestora actual, situación que debería ser enmendada y corregida, determinando en forma clara y precisa cada uno de los incisos que se pretenden aplicar en cuanto a su cumplimiento, a todas las entidades en forma general y no así como manda las normas y los contratos en forma particular para cada una en cuanto a su alcance y ámbito de aplicación.

III. PETITORIO

Por todo lo expuesto, pido a su autoridad revocar la Resolución y dejar sin efecto la Resolución recurrida, debiendo ajustarse al estricto cumplimiento a la obligaciones (sic) estipuladas en los contratos suscritos con su institución y a las leyes vigentes que rigen y alcanzan para nuestra materia, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente...".

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP Nº 33.2009 DE 24 DE AGOSTO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió confirmar la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

"***CONSIDERANDO:***

Que, en función a los argumentos planteados por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria interpuesto, previo análisis técnico y jurídico, corresponde indicar lo siguiente:

Que, la naturaleza jurídica de la C. 1 – 2009 reglamentaria del artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008 y de la Resolución Administrativa/SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, tiene como uno de sus fines ulteriores el coadyuvar con la dinámica necesaria para la coordinación entre las entidades que participan directa o indirectamente en el pago del beneficio de los Gastos Funerales de la Renta Universal de Vejez; por lo que además es necesario aclarar que la citada Circular es un instrumento legal que otorga una solución operativa, hasta ese entonces, no prevista en la normativa respecto a las divergencias generadas en cuanto al envío de información entre la entidad

recurrente y la Sociedad Accidental ' La Vitalicia – BISA SAFI'. En ese entendido, resulta inconsistente e incongruente el argumento de la AFP cuando ésta indica que existiría abundante normativa para el Pago de Gastos Funerales financiados por el FRUV.

Que, Futuro de Bolivia S.A. AFP mediante nota FUT.AP.EPI 1147/2009 de 07 de julio de 2009, informa a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones respecto al no envió de información, lo siguiente: '...En la etapa inicial de este intercambio fue ***evidente la necesidad de complementación de la normativa*** *existente* ***a fin de*** *adecuar la misma y contar* ***con una estructura definida para la información a ser proporcionada,*** *dicho* ***aspecto es concretado mediante Circular 1-2009*** *emitido (sic) por la AP en mayo de 2009, que establece la información comprometida para su cumplimiento'. (Las negrillas son nuestras).* De lo expresado anteriormente, corresponde resaltar que fue la misma AFP quien concluye sobre la necesidad de una normativa para proporcionar la información a la Entidad Gestora, para seguidamente ratificar la necesidad que según el regulado fue respondida con la C. 1 – 2009: razón por lo cual resulta ser un contrasentido en cuanto a los argumentos vertidos, en el Recurso de Revocatoria interpuesto, respecto a pronunciamientos emitidos con anterioridad.

Que, asimismo, es importante recordar a la Administradora de Fondos de Pensiones Futuro de Bolivia S.A. AFP, que adicionalmente a las actividades propias de la AFP, en el marco contractual entre el ente regulador y la AFP, ésta debe atender <u>todos</u> los requerimientos de información solicitados o instruidos, en el presente, por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en observancia al punto 8.3 (Inicio de la prestación de los Servicios) correspondiente a la Cláusula OCTAVA del Contrato para la Prestación de Servicios, que establece que una vez recibida la Licencia, la AFP deberá prestar todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de ***la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato,*** *este último, no establece excepciones de ninguna naturaleza con relación a la aplicación de la Ley de Pensiones y las* ***Normas Reglamentarias.***

Que, la AFP indica además en su impugnación, lo siguiente: '...La Resolución Administrativa SPVS/ Nº1004 de fecha 22 de diciembre de 2008, en su Art. 2º de la parte Resolutiva, aclara en forma precisa sobre la Vigencia de Normas, determinando el cumplimiento de la normativa relativa a la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, ***como obligatorio para las entidades gestoras Futuro de Bolivia S.A. AFP,*** *BBVA Previsión AFP S.A. y Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI' (Las negrillas son nuestras). Al respecto, corresponde indicar que la Resolución Administrativa/SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, señalada por el regulado, en ninguna de sus partes (considerativa y resolutiva) expresa que las AFP se encuentren excluidas para participar en la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales; por el contrario, la citada norma resuelve que las disposiciones regulatorias emitidas para normar este beneficio, son inclusive aplicables a las dos AFP con carácter obligatorio y de acuerdo a los términos y condiciones en las que fueron contratadas. Asimismo, no es menos cierto que la citada Resolución Administrativa y la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091, no fueron impugnadas por Futuro de Bolivia S.A. AFP, lo que demuestra la aquiescencia del regulado en cuanto a los términos y obligaciones plasmados en estas normas.*

Que, Futuro de Bolivia S.A. AFP refiere también que, su calidad como Entidad Gestora habría concluido al finalizar el contrato suscrito por excepción con la ex SPVS, el cual estuvo vigente del 28 de enero de 2008 al 31 de enero de 2009. Al respecto, el regulado olvida que la relación contractual a la que hace referencia, no es el único vínculo jurídico por el cual la AFP se halla comprometido para el cumplimiento de las obligaciones, las cuales además se encuentran determinadas por la Ley de Pensiones, las Normas Reglamentarias y el Contrato de prestación de servicios suscrito entre las AFP y la ex SPVS, el que se

halla en plena vigencia; por lo que mientras exista la normativa vigente que prevea deberes para los regulados, los mismos se hallan compelidos a su cumplimiento.

Que, en esa línea legal de entendimiento, la C. 1-2009 goza de plena vigencia y validez legal al ser un instrumento normativo – operativo que establece un procedimiento complementario respecto a otras normas de mayor jerarquía que, por su naturaleza fijan líneas de razonamiento legal, como en el presente caso lo son la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008 y la Resolución Administrativa/ SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008.

Que, continuando con el razonamiento legal del párrafo anterior, se establece que la C. 1-2009 se constituye en un acto administrativo de menor jerarquía y plenamente de ***orden operativo,*** *que obliga a los regulados a su estricto cumplimiento, como lo refrenda el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003. En ese entendido y en lo referente a este punto, las aseveraciones del regulado tendrían una orientación a las disposiciones señaladas por normas de mayor jerarquía y términos contractuales, que en caso de no estar de acuerdo, debieron en su oportunidad ser representados u observados por el regulado ante las instancias correspondientes.*

Que, en relación al inciso d) de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, establece: 'Que sea Afiliado en alguna AFP y tenga en su cuenta individual un monto menor al mínimo actuarial requerido para que se financie el Gasto Funerario por el SV o MVV, y cuente con un contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual'. Como se podrá observar en ningún lugar se menciona que se debe proporcionar el monto de la cuenta individual, sino se debe informar si cumple o no con ese requisito; por lo que no se está proporcionando información confidencial como erróneamente argumenta la AFP. Además, se aclara que la información es únicamente relacionada a personas fallecidas, y no así para el total de los Afiliados. En ese entendido y como bien lo expresa el regulado más adelante, la información solicitada es única y exclusivamente para que no se pague incorrectamente dos Gastos Funerarios por una misma persona...".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 8 de septiembre de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, notificada el 25 de agosto de 2009, que confirma la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

"I. <u>ANTECEDENTES:</u>

1. *Mediante Decreto Supremo Nº 29424 de 17 de enero de 2008 se complementa el Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007 que reglamenta la Ley 3791 de fecha 29 de noviembre de 2007 referida a la Renta Universal de Vejez y los Gastos Funerales.*

2. *La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, dicta la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008, relativa a la 'Norma única para el pago de Gastos Funerales financiados por el Fondo de Renta Universal de Vejez' en cumplimiento del artículo 5º del Decreto Supremo Nº 29424. Asimismo, el Decreto Supremo referido y la Resolución mencionada definen el ámbito de aplicación y determina la calidad de Entidad Gestora tanto de Futuro de Bolivia AFP S.A., como de BBVA Previsión AFP S.A. 'solo en la gestión 2008' como determina el Art. 2º del D.S., autorizando a la SPVS la firma de un contrato de excepción para este cometido.*

3. *Mediante Circular AP/DPNC/1-2009 de fecha 19 de mayo de 2009, se complementa el procedimiento de 'Verificación previa de requisitos de cobertura de Gastos Funerarios del SSO en las solicitudes de Gastos Funerales', misma que se encontraba establecida en el artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008.*

4. *En fecha 26 de mayo, dentro el plazo se solicitó que el ente regulador consigne en Resolución Administrativa debidamente fundada y motivada la Circular AP/DPNC/1-2009, misma que es elevada a Resolución Administrativa en fecha 02 de julio de 2009 como R.A. AP/DPC Nº 5-2009.*

5. *En fecha 31 de julio de 2009 se impugnó la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009 de 02 de julio de 2009.*

6. *Mediante Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, notificada a nuestra institución en fecha 25 de agosto de 2009, la AP confirma totalmente la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009.*

Dentro del plazo establecido en el Art. 51, 52 y 53 del Decreto Supremo Nº 27175 del 15 de septiembre de 2003, interponemos el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, que confirma la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009 de 02 de julio de 2009, emitida por su autoridad y que nos fuera legalmente notificada en fecha 25 de agosto de 2009, por no ajustarse a los requerimientos y condiciones que los expusimos en nuestro Recurso de Revocatoria planteado, en los siguientes términos:

II. MANIFESTACIÓN DE AGRAVIOS.

De forma excepcional se determinó la administración de pagos de Renta Dignidad y los Gastos Funerales por las Administradoras de Fondos de Pensiones, por la Gestión 2008, habiendo la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros dictado toda la normativa necesaria para los Entes Gestores, que por esa gestión, la asumimos plenamente con el cumplimiento de todos los actos administrativos, circulares u otros que dictó su institución, en consecución al Contrato que lo suscribimos conjuntamente con ustedes, bajo la modalidad de contratación por excepción en fecha 28 de febrero de 2008, con un plazo de vigencia estipulado en la cláusula décimo cuarta, que comprendía hasta el 31 de enero de 2009.

Por lo expresado, nuestra empresa percibe la vulneración de sus derechos como regulado, al haber sido noticiado con la Circular AP/DPC/1-2009 elevada a R.A. AP/DPC Nº 5-2009, puesto que ésta reglamenta y determina una serie de acciones para el cumplimiento de gestiones por parte de la AFP en calidad de Entidad Gestora, que de acuerdo al contrato referido precedentemente, a la fecha las obligaciones determinadas en estas disposiciones no nos alcanzan, ya que por Resolución Administrativa, se pretendería prorrogar la calidad de Entidad Gestora encargada de la administración y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, que contractualmente feneció el 31 de enero de 2009, fecha de vigencia del Contrato suscrito con su institución para este cometido.

Es importante, hacer notar a su autoridad que la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008, dictó las correspondientes obligaciones, derechos y deberes para los Entes Gestores, para fines operativos del cumplimiento del Manual de Procedimientos para otorgar el Pago del Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, con las correspondientes responsabilidades que abarcaban durante la vigencia del Contrato.

Futuro de Bolivia AFP S.A., cumplió a cabalidad con las responsabilidades que asumió como Entidad Gestora, sin embargo a la fecha ya no goza de éste atributo, por lo que la seguridad jurídica ésta siendo vulnerada, al pretender ampliar la vigencia del Contrato referido, así como el principio de imparcialidad, de jerarquía normativa, de eficacia que no serían aplicados de manera equitativa entre los regulados, ya que a la fecha contractualmente la responsabilidad total es la de la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI'.

III. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO.

De forma paralela pasamos a realizar elucidación de argumentos, tanto de los hechos así como la emisión de criterios de derecho relacionados al tema, con el propósito de lograr la revocatoria del acto administrativo que impugna la AFP, de acuerdo a lo siguiente:

1. *Tal como se cita en los antecedentes del presente recurso mediante el artículo 4º de la Ley Nº 3791 de 28 de noviembre de 2007 se da origen a las prestaciones de la Renta Universal de Vejez (Renta Dignidad) y los Gastos Funerales dentro del régimen de Seguridad Social no Contributivo, este último beneficio, que es el que nos interesa para efectos del presente recurso, es reglamentada mediante Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, que en su Art. 21º, Capítulo III explica dicha prestación como el Beneficio que otorga el Fondo de Renta Universal de Vejez pagado en efectivo por una sola vez a la persona que acredite haber efectuado el pago del funeral de un Beneficiario de la Renta Dignidad, una vez cumplidos los requisitos y procedimientos establecidos por la entidad de regulación del S.S.O.; dicho pago debe ser realizado por la **"Entidad Gestora"** tal como establece el Decreto Supremo Nº 29400 estableciendo obligaciones y responsabilidades para la Entidad Gestora. Este Decreto es complementado con el Decreto Supremo Nº 29424 que en el párrafo final de su parte considerativa refiere textualmente '...Que para la aplicación de los alcances del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007, **se debe establecer un procedimiento oportuno y eficaz para la gestión 2008**, que permita el cabal cumplimiento de los alcances normados por el citado cuerpo legal', claramente se especifica la necesidad de establecer procedimiento para la Gestión 2008, en este sentido el artículo 2º en su parágrafo I explica que '...**La administración del Fondo de Renta Universal de vejez y el pago de los beneficios de la Renta Dignidad y Gastos Funerales en la gestión 2008, estará a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones: Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A.** dentro de los alcances del Artículo 1 de la ley Nº 3791, quienes tendrán la calidad de Entidades Gestoras con todas las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo Nº 29400'.*

2. *En virtud del artículo 24º del Decreto Supremo Nº 29400 se emite la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, por la que se aprueba y pone en vigencia el 'Manual de Procedimientos para Otorgar el Beneficio de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez', dicha norma determina en el artículo 1º '...**Las AFP en calidad de Entidad Gestora** deberá* (sic) *dar estricto cumplimiento a lo establecido en el presente Manual...'.*

*En el artículo 2º de la norma referida, se define a la AFP como '...La Entidad o Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones a cargo de la Administración del Fondo de Renta Dignidad de Vejez y pago de la Renta Dignidad y los Gastos Funerales. **En las (sic) gestión de pago 2008 son las AFP Futuro de Bolivia S.A. y la AFP Previsión BBVA S.A.'.***

*El artículo 5º cuyo nomen iuris indica 'Responsabilidades de la AFP'; identifica como Entidad Gestora a las AFP establecidas dentro del S.S.O. Asimismo, el Artículo 17º determina que '... La AFP como responsable del pago de los Gastos Funerales del Fondo de renta Universal de Vejez, tiene la obligación de aplicar controles para precautelar tanto el patrimonio del Fondo de Renta Universal de Vejez como la correcta asignación de pagos...'. En el siguiente párrafo señala claramente que '...Para este efecto, tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), como las Compañías Aseguradoras que administran los Seguros de Riesgo Común... ...**están obligadas a proporcionar** en un plazo no mayor a tres días (3) hábiles administrativos la información necesaria, **de manera que la AFP que procese el pago** de los Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, **verifique lo siguiente**...', especifica de esta forma que la Entidad Gestora tiene la obligación de verificar los incisos a) a la m) de dicho artículo, no así las otras entidades reguladas.*

3. *La Resolución Administrativa SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008 en su artículo 1º determina 'Establecer que las disposiciones regulatorias emitidas para la administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad... ...**sea también de cumplimiento obligatorio para la Asociación Accidental 'La Vitalicia – BISA SAFI'.***

*La Resolución Administrativa de Adjudicación Nº SPVS/RPC Nº 023/08 de fecha 28 de octubre de 2008, en cumplimiento al Art. 4º del D.S. 29400, resolvió adjudicar la prestación del servicio de Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales a la **Asociación Accidental 'LA VITALICIA BISA SAFI',** que adquiere la calidad de Entidad Gestora, ya que el contrato y el período de administración de excepción delegada a las AFP's llegaba a su culminación.*

*Asimismo, señala que las normas relacionadas a la Administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales es obligatorio para las **Entidades Gestoras, de acuerdo a los términos y condiciones en las que fueron contratadas.***

4. *La Circular AP/DPNC/1-2009 de 19 de mayo de 2009, establece como complemento a la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 y SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, que '...las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y Entidades aseguradoras que administran seguros previsionales, **respecto a los controles previos al pago de Gastos Funerales** determinados en los incisos a), b), e),* (sic) *d), e) y m) del citado artículo 17...'. Con esta determinación se transfiere de alguna forma la responsabilidad de la Entidad Gestora a la AFP.*

5. *Con la suscripción de contrato bajo la modalidad de excepción para fines de Administración, pago, etc. y demás responsabilidades que comprenda Renta dignidad y los Gastos Funerales con las AFP es ampliada en la práctica con la emisión de* (sic)

La Circular 1-2009 emitida por la AP pretende incluir a las AFP en forma errónea dentro de las obligaciones y responsabilidades que solo tiene la Entidad Gestora, hecho que desvirtúa el principio de jerarquía normativa establecido en el inciso h) del artículo 4º de la Ley 2341, que señala que 'La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observaran la jerarquía normativa establecida por la constitución Política del Estado y las leyes'.

En el presente caso, la emisión de la Circular 1-2009, ahora Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009, obvia en forma evidente lo establecido por el Decreto Supremo Nº 29424 que en forma clara e inequívoca determina el período de contratación con carácter de excepción que suscribió su institución con las AFP en calidad de Entidad Gestora, por lo que mal se puede ampliar este período y peor aún establecer mediante norma de menor jerarquía la delegación de responsabilidades que son para la Entidad Gestora a otros regulados, tal como sucede con los inciso (sic) *a), b), c) d), e), j) y m) del artículo 17º de la Resolución Administrativa 091/2008.*

6. *Por otro lado, en la práctica se ha suscitado un impase con la Entidad Gestora en la aplicación de la Circular 1-2009 emitida por la AP, debido precisamente a que nos constituimos en parte del proceso de verificación que no corresponde a la AFP sino a la Entidad Gestora, por estos motivos de manera reiterada se solicitó reunión para fines de coordinación con dicha institución, paralelamente se solicitó a la extinta SPVS su participación con este fin, hecho que fue omitido y solo dio lugar a un silencio constante de parte de la Entidad Gestora así como de la Entidad de Regulación.*

7. *Este hecho provocó el reclamo de la Entidad Gestora (La Vitalicia BISA Safi) a la AP, quienes mediante nota AP/DPNC/10191/2009 de fecha 29 de junio de 2009, solicitaron un informe, asumiendo el 'incumplimiento' de parte de la AFP, ignorando los principios del debido proceso y de presunción de inocencia establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo; así como lo establecido en el Decreto Supremo Nº 27175. No obstante, nuestra empresa dio respuesta mediante nota FUT.AP.EPI 1147/2009 en fecha 07 de julio de 2009.*

III. RESPUESTA A LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA AP Nº 33.2009.

Consideramos que la AP no efectuó la valoración de los argumentos presentados por la AFP, por lo que el superior en grado podrá valorar lo siguiente:

1. *A los párrafos Segundo y Tercero del Considerando 3: El segundo párrafo señala que la C. 1 – 2009, es solo un instrumento legal que otorga una solución operativa para los regulados, sin embargo, de la lectura in extenso y del fin que persigue la misma, se deduce en forma clara que ésta Circular crea obligaciones con la consecuente generación de responsabilidades a la AFP como Entidad Gestora y no así como Administradora de Fondos de Pensiones.*

   El tercer párrafo señala que fue la misma AFP quien concluyó sobre la necesidad de una normativa para proporcionar la información a la Entidad Gestora, evidentemente, el requerimiento sigue vigente, ya que se solicitó esa normativa nueva, especial y específica para las AFP como Administradoras de Fondos de Pensiones y no así como Entidad Gestora, ya que la Circular 1 – 2009 nos remite en forma errónea al cumplimiento del Art. 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008 y a la Resolución Administrativa SPVS Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, normas que fueron dictadas exclusivamente para que las Entidades Gestoras, sigan procedimientos en cuanto a los controles al pago de Gastos Funerales, situación distinta a la que detenta actualmente la AFP.

2. *Al párrafo Cuarto del Considerando: La AP señala que la Cláusula Octava del Contrato para la Prestación de Servicios establece que la AFP prestará todos los Servicios de conformidad a las disposiciones de la Ley de Pensiones, las normas Reglamentarias, no estableciendo excepciones de ninguna naturaleza con relación a la aplicación de la Ley de Pensiones y las Normas*

reglamentarias. Esta aseveración resulta incomprensible para nuestra empresa, ya que en ningún momento se solicitó una excepción de cumplimiento de nuestra parte, más por el contrario, al haber fenecido el contrato de excepción (establecido en el Art, 2º del Decreto Supremo Nº 29424) que suscribimos para actuar en calidad de Entidades Gestoras hasta el 31 de enero de 2009 (fecha de vigencia del Contrato), solicitamos una norma clara para el Pago de Gastos Funerales como Administradoras de Fondos de Pensiones.

3. *Al Párrafo Quinto, Sexto: La AP sostiene en este párrafo que la AFP no es excluida en ningún momento por la Resolución Administrativa SPVS/Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, que por el contrario esta norma es aplicable a las dos AFP's. Evidentemente es de cumplimiento obligatorio la normativa relativa a la Administración del Fondod e* (sic) *Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, pero* ***'de acuerdo a los términos y condiciones en las que fueron contratadas y/o adjudicadas'.*** *conforme lo estipula la última parte del Art. 2º de la Resolución Administrativa SPVS Nº1004.*

IV. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, solicitamos que (sic) *la autoridad remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 que confirma la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5-2009 de fecha 2 de julio de 2009 que consigna en Resolución Administrativa la Circular AP/DPNC/1-2009 de 19 de mayo de 2009, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente. (...)."*

5. FORMULACIÓN CRITERIOS DE TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado el 27 de octubre de 2009, la ASOCIACIÓN ACCIDENTAL LA VITALICIA – BISA SAFI se apersonó y presentó alegatos, como tercero legítimo interesado, en mérito a los siguientes fundamentos:

"Con relación al numeral II denominado MANIFESTACIÓN DE AGRAVIOS, la AFP Futuro de Bolivia manifiesta en el segundo párrafo que percibe la vulneración de sus derechos como regulado, al haber sido notificada con la Circular AP/DPC/1-2009 elevada a R.A. AP/DPC Nº 5-2009, puesto que ésta reglamenta y determina una serie de acciones para el cumplimiento de gestiones por parte de la AFP en calidad de Entidad Gestora de la administración y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales. Corresponde mencionar en primera instancia que las manifestaciones de la AFP Futuro de Bolivia no tienen lógica, dado que las acciones establecidas por la AP en las normas impugnadas no corresponden a acciones que se deban ejecutar en calidad de Entidad Gestora, sino a acciones que se deben ejecutar como Administradora de Fondos de Pensiones o como Entidad Aseguradora, para que a su vez la Entidad Gestora pueda ejercitar las funciones que le han sido encomendadas.

Con relación al numeral III del Recurso presentado por la AFP Futuro de Bolivia, denominado FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO, manifestamos lo siguiente:

1. *Se hace una rememoración de la norma que facultó a la AFP a actuar como Entidad Gestora, tema en el que la AFP no establece ni puntualiza vulneración alguna de la norma, por lo que huelgan comentarios.*

2. *Se hace mención a que el 'Manual de Procedimientos para otorgar el Beneficio de Gastos Funerales del Fondo Renta Universal de Vejez', aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008 determina en su Artículo 1 que las AFP en calidad de Entidad Gestora, deberán dar estricto cumplimiento a lo establecido en el referido manual, lo que olvida la AFP Futuro de Bolivia es que dicho Manual, establece también responsabilidades como entidad operadora de la Seguridad Social, por lo que la AFP luego de concluido su contrato como Entidad Gestora, debe seguir cumpliendo la norma en calidad de entidad operadora de la Seguridad Social. También es necesario aclarar a dicha entidad que en su calidad de Administradora de Fondos de Pensiones, es la única entidad (en conjunto con la otra AFP), que cuenta con la información necesaria para determinar varios de los incisos detallados en al* (sic) *Artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, por lo que independientemente a sus obligaciones como entidad operadora de la Seguridad Social, conforme la normativa emitida por la AP, debe proporcionar la información necesaria a la actual Entidad Gestora, con el objeto que está última cuente con la información necesaria para proceder o no con el pago de los Gastos Funerales, considerando que los Gastos Funerarios tienen prelación en el pago.*

3. *La AFP Futuro de Bolivia pretende en este numeral deslindar su responsabilidad de proporcionar información propia de la seguridad social de Bolivia, aduciendo que es la Entidad Gestora la única responsable del proceso, olvidando que la Entidad Gestora necesita información que solamente poseen las AFP para proceder con los pagos de Gastos Funerales, consideramos necesario reiterar a la AFP Futuro de Bolivia que la información que se le requiere no está sujeta a su condición de Entidad Gestora, por que no es ya Entidad Gestora desde febrero del año 2009, sino a su condición de Administradora de Fondos de Pensiones y que debe proporcionar la información establecida por la AP, tal como nuestra entidad proporcionó la información necesaria a las Entidades Gestoras durante el período febrero 2008 a enero 2009, para que puedan llevar a cabo el servicio por el que fueron contratadas.*

4. *La afirmación que hace la AFP en este numeral carece de sentido, ya que durante el período febrero 2008 a enero de 2009, La Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida S.A. proporcionó la información establecida en el Artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 091 de 30 de enero de 2008, sin que ello implique que se nos haya transferido responsabilidades de la Entidad Gestora, sino que nuestra entidad conforme lo ha establecido la normativa, simplemente se remitió a enviar la información necesaria para que dicha AFP en calidad de Entidad Gestora, cumpla sus funciones.*

5. *La AFP Futuro de Bolivia alega que se le han delegado responsabilidades propias de la Entidad Gestora, situación falsa, ya que simplemente se le ha requerido presentar la información necesaria para que la Entidad Gestora cumpla con sus funciones, tal como procedieron en su momento la AFP Previsión BBVA, Seguros Provida y la Vitalicia Seguros y Reaseguros de Vida en su momento, sin que ello implique que dichas entidades asumieron responsabilidades como Entidades Gestoras.*

6. *La normativa legal vigente en Bolivia establece que no existe efecto suspensivo en la aplicación de la norma cuando se presentan recursos o solicitudes.*

7. *Nuestra Compañía se reserva el derecho a presentar a las autoridades correspondientes reclamos referentes al incumplimiento de la normativa legal vigente por parte de otras entidades, independientemente a si dichas normativas se encuentran impugnadas o no, dado el carácter devolutivo de la normativa vigente en el país.*

Por lo antes anotado, consideramos que la AP tiene las facultades necesarias para exigir a las entidades bajo su regulación que proporcionen la información necesaria a la Entidad Gestora, para que ésta a su vez cumpla con las funciones que le han sido encomendadas, sin que esto implique asunción de responsabilidades la Entidad Gestora, tal como ha acontecido durante la gestión febrero 2008 a enero 2009, cuando las cuatro entidades que operan en la Seguridad Social Boliviana, han procedido conforme la normativa legal vigente' (...)".

6. EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-

Mediante el otrosí 1º del memorial de Recurso Jerárquico la entidad recurrente solicitó Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, la misma que le fue concedida en el punto Tercero del Auto de Admisión de fecha 14 de septiembre de 2009, para el día jueves 24 de septiembre de 2009; Audiencia que no se llevó a cabo por inasistencia del Recurrente, conforme consta del Acta respectiva.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde determinar si la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones emitió el acto, en estricta sujeción legal, debiendo considerar para tal efecto los argumentos presentados por la entidad Recurrente conforme se procede a continuación:

1.1. **La Entidad Recurrente arguye:** ***"...nuestra empresa percibe la vulneración de sus derechos como regulado, al haber sido notificado con la Circular AP/DPC/1-2009 elevada a R.A. AP/DPC Nº 5-2009, puesto que ésta reglamenta y determina una serie de acciones para el cumplimiento de gestiones por parte de la AFP en calidad de Entidad Gestora, (...) a la fecha las obligaciones determinadas en estas disposiciones no nos alcanzan, ya que por Resolución Administrativa, se pretendería prorrogar la calidad de Entidad Gestora encargada de la administración y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, que contractualmente feneció el 31 de enero de 2009..."***

Efectivamente y tal como lo manifiesta la AFP, el contrato mediante el cual asumió la calidad de Entidad Gestora encargada de la Administración y Pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales feneció el 31 de enero de 2009, fecha a partir de la cual la prestación de dichos servicios fue adjudicada a la Asociación Accidental "La Vitalicia-BISA SAFI" como consecuencia de la Licitación Pública IP002.08.

Con el objeto de que exista continuidad en el servicio, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa/SPVS/No. 1004 de 22 de diciembre de 2008, homologó toda la normativa existente aplicable a la administración del Fondo de Renta Universal de Vejez, Gestión y Pago de la Renta Dignidad

y Gastos Funerales aplicables a las Administradoras de Fondos de Pensiones a la Asociación Accidental "La Vitalicia – BISA SAFI", como la nueva Entidad Gestora desde la gestión 2009, y al hacerlo obviamente traspasó los derechos, obligaciones y responsabilidades emergentes del manejo, que estuvieron a cargo de las AFP en la gestión 2008.

Para que la nueva Entidad Gestora pueda cumplir con su cometido de manera eficiente, en cuanto al pago de Gastos Funerales, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, emitió la Circular AP/DPNC/01-2009, como un instrumento complementario a la Resolución Administrativa SPVS-IP 091 de 30 de enero de 2008 (RASPVS 091/2008), a efectos de contar eficientemente con los controles mínimos que se requiere para el cumplimiento del artículo 21 del Decreto Supremo Nº 29400 de 29 de diciembre de 2007 que determina:

> *"**ARTÍCULO 21. (GASTOS FUNERALES).** Es el Beneficio que otorga el Fondo de Renta Universal de Vejez, que se paga en efectivo, por una sola vez, a la persona que acredite haber efectuado el pago del funeral de un Beneficiario de la Renta Dignidad, que cumpla con los requisitos establecidos en el Artículo 11 de la presente norma a la fecha de fallecimiento, **y que no le corresponda el pago de Gastos Funerarios financiado por el Seguro Social Obligatorio de largo plazo**, conforme a Resolución Administrativa emitida por la Entidad encargada de la Regulación."* (Las negrillas y subrayado son insertos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica)

Es así que, la Circular determina la participación además de la Entidad Gestora, de las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Entidades Aseguradoras que administran seguros previsionales, para que éstas últimas otorguen la información necesaria que se encuentra a su cargo y responsabilidad, respecto al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), a efectos del procesamiento del pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, como lo establece el parrafo segundo del artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 091 de 30 de enero de 2008, homologada en favor de la Asociación Accidental "La Vitalicia-BISA SAFI".

Por ello la participación de todas las Instituciones señaladas, entre las que se encuentra Futuro de Bolivia S.A. AFP, es fundamental, a objeto de establecer, mediante las diferentes Bases de Datos y documentación que administran lo siguiente:

- Si no existe pago anterior de Gastos Funerales o Gastos Funerarios para el mismo Beneficiario fallecido, en cualquiera de los Fondos o Cuentas administrados, por la AFP o Entidades Asegurados.
- Que el Beneficiario fallecido no se encuentre registrado como Afiliado al SSO en ninguna AFP.
- Que el Beneficiario fallecido, de ser Afiliado al SSO; sea mayor de 65 años a la fecha de fallecimiento y no cuente con contrato de pensión de jubilación.
- Que sea Afiliado en alguna AFP y tenga en su cuenta individual un monto menor al mínimo actuarial requerido para que se financie el Gasto Funerario por el SV o MVV, y cuente con un contrato de Pago de Compensación de Cotizaciones Mensual.
- Que el Beneficiario fallecido no tenga solicitud de Gastos Funerarios como Afiliado al SSO.
- Que se verifique que el Beneficiario fallecido no tenga derecho al pago de Gastos Funerarios FCI, MVV o SV, conforme normativa vigente.
- Verificar que no exista pago previo de Gastos Funerales financiados por el Fondo de Renta Universal de Vejez o Gastos Funerarios financiado por el Fondo de Capitalización Colectiva o por el Fondo de Capitalización Individual, para un mismo Beneficiario fallecido.

De lo analizado, se concluye que las obligaciones determinadas en la Circular AP/DPNC/01-2009 y en las normas mencionadas, si alcanzan al recurrente en cuanto a la obligación y responsabilidad que tiene de proporcionar a la Entidad Gestora toda la información necesaria contenida en el artículo 17 de la RASPVS 091/2008 (como en

su oportunidad lo hicieron BBVA Previsión AFP y las Compañías Aseguradoras que administran los Seguros de Riesgo Común, Riesgo Profesional/Laboral y Seguro Vitalicio), a objeto de que procese o rechace el pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, sin que ello signifique una prórroga de la calidad de Entidad Gestora encargada de la administración y pago de la Renta Dignidad y Gastos Funerales, como de manera errada pretende interpretar la entidad recurrente.

1.2. **La AFP alega que:** ***"...de la lectura in extenso y del fin que persigue (*****la C.1-2009), *****se deduce en forma clara que ésta Circular crea obligaciones con la consecuente generación de responsabilidades a la AFP como Entidad Gestora y no así como Administradora de Fondos de Pensiones".***

Como se ha podido observar de lo anotado en el numeral anterior, las obligaciones determinadas por la Circular AP/ DPNC/ 1-2009 de 19 de mayo de 2009, son dirigidas para la Entidad Gestora, las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Entidades Aseguradoras, cumpliendo cada una de ellas un rol específico, dentro de la verificación que se debe realizar conforme establece el artículo 17 de la RASPVS 091/2008.

Ahora bien, la verificación que realiza la Administradora de Fondos de Pensiones, no puede ser realizada por otra entidad y menos por la Entidad Gestora, toda vez que la información que se requiere, es aquella que emerge de la información resultante de las actividades que desarrolla como administradora de fondos de pensiones que se encuentra bajo su responsabilidad. Esta información trascendental permitirá determinar la correspondencia o no del procesamiento y pago de Gastos Funerales, en estricta aplicación a la norma de la materia.

1.3. **La Entidad Recurrente alega: "*****...la Circular 1-2009 nos remite en forma errónea al cumplimiento del artículo 17 de la Resolución Administrativa SPVS-IP-091 de 30 de enero de 2008 y a la Resolución Administrativa SPVS Nº 1004 de 22 de diciembre de 2008, normas que fueron dictadas exclusivamente para que las Entidades Gestoras, sigan procedimientos en cuanto a los controles de pago de Gastos Funerales, situación distinta a la que detenta actualmente la AFP".***

Como efectivamente interpreta la AFP, estas normas fueron dictadas para que las Entidades Gestoras (pasadas y presentes) sigan procedimientos en cuanto a los controles de pago de Gastos Funerales, y es en ese sentido que tanto la entidad recurrente, como BBVA Previsión AFP y las Entidades Aseguradoras, tienen la obligación y responsabilidad de proporcionar información que sólo ellas poseen en sus Bases de Datos para la determinación del derecho al pago de Gastos Funerales del Fondo de Renta Universal de Vejez, verificando que el Beneficiario fallecido no tenga derecho al pago de Gastos Funerarios FCI, MVV o SV.

CONSIDERANDO:

Que, del análisis precedentemente expuesto, se llega a la conclusión que la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, que confirma la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, no transgrede normativa alguna, ni otorga calidad de Entidad Gestora a la Entidad recurrente.

Que, de conformidad al artículo 43 inciso a) del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR** en todas sus partes la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR la Resolución Administrativa AP Nº 33.2009 de 24 de agosto de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa AP/DPC Nº 5 – 2009 de 02 de julio de 2009, que consigna en Resolución Administrativa la Circular AP/DPNC/1-2009 de 19 de mayo de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SB Nº 081/2009 DE 2 DE ABRIL DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 015/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 015/2009

La Paz, 30 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. **JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES,** por sí y como representante legal de la Empresa Constructora "**JUVALGO Ltda.",** asociada a la Asociación Accidental **COINBOL JUVALGO** contra la Resolución Administrativa SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financiera, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 41/2009 de 17 de noviembre de 2009, emitido por la de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 28 de abril de 2009, **JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES,** por sí y como representante legal de la Empresa **Constructora "JUVALGO Ltda.", asociada a la Asociación Accidental "COINBOL-JUVALGO",** cuya personería se encuentra debidamente acreditada dentro del trámite 11343 y expresamente reconocida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009 emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 70/2007 /2007 de 13 de julio de 2007.

Que, mediante carta SB/IAJ/D-25122 de 5 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras regulariza la remisión enviando en fecha 5 de mayo de 2009, a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SB Nº 81/2009 de 02 de abril de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la SG SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009, emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha, 27 de julio de 2009 notificado a los recurrentes el 30 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 31 de julio de 2009 el presente recurso fue admitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero.

Que, radicado y admitido el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, mediante auto de 3 de agosto de 2009, se hizo el llamamiento a terceros interesados notificándose al Banco Bisa SA. el 3 de agosto de 2009 y el 10 de agosto de 2009 al Sr Freddy Andrés Palacios Campos(funcionario del Banco BISA S.A.)

Que, el 11 de septiembre de 2009, a horas 3:30 :pm se recibió la exposición oral a solicitud del Sr. **JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES,** por sí y como representante legal de la Empresa Constructora "**JUVALGO Ltda.",**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SB Nº 70/2007 DE 13 DE JULIO DE 2007.-

"*Primero Resuelve: Sancionar a Señor Freddy Palacios Campos, en su condición de funcionario del Banco Bisa S.A., con multa equivalente a medio día de haber, por la inobservancia de las normas que regulan el funcionamiento de las cuentas corrientes y el incumplimiento de la aplicación de controles internos en las siguientes operaciones:*

*1) La transferencia por **Bs 8.619** de la cuenta Nº 205950010 del Consorcio COINBOL – JUVALGO a la cuenta Nº 2100001 sin la existencia de una instrucción escrita por parte de los titulares, operación realizada en fecha 26 de junio de 1996.*

2) La transferencia de $US. 17.000, de la cuenta Nº 205952012 del Consorcio COINBOL – JUVALGO a la cuenta Nº 23062011 de COINBOL, sin la autorización de los titulares de la cuenta, operación realizada el 4 de julio de 1996.

Segundo Disponer la notificación personal al señor Julio Valenzuela Gonzales con la presente Resolución en su condición de tercero interesado"

2. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SB Nº 081/2009 DE 2 DE ABRIL DE 2009.-

Mediante la cual se confirma, en todas sus partes la Resolución SB Nº 70/2007 de 13 de julio de 2007, bajo los siguientes fundamentos:

> ***"(...)****Que en cumplimiento a lo determinado por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, en la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 83/ 2006 de 19 de diciembre de 2006, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras procedió a reexaminar la denuncia efectuada por el señor Julio Valenzuela, por sí y en representación de la Empresa Constructora JUVALGO Ltda., con referencia a cada una de las operaciones denunciadas por el recurrente, llegando a las siguientes conclusiones:*
>
> ***Transferencia por Bs 8.619.-*** *El 26 de junio de 1996, el Banco BISA S.A. efectuó la transferencia de fondos de la cuenta corriente en Moneda Nacional N º 205950010 del Consorcio COINBOL- JUVALGO, organizado bajo la figura de sociedad accidental, a la cuenta corriente Nº 21000019 de los señores Mario López Prada y Zulema López de López, transferencia que según el Informe Técnico Nº ISR-I/D- 6982/2007, fue instrumentada mediante un 'formulario de solicitud de emisión de transferencia de Fondos', aprobada por el señor Freddy Palacios Campos en su condición de Subgerente Adjunto División Operaciones del Banco BISA S.A., oficina Cochabamba, determinándose que en el lugar de la firma del cliente se observa la anotación ' según instrucción del señor Camacho' (Oficial de Créditos). No se evidenció la existencia del formulario 'Carta Instrucciones', que debía haber sido firmada por los titulares de la respectiva cuenta. De acuerdo al párrafo segundo de la Cláusula Séptima de los contratos de Apertura de Cuenta Corriente firmados por Julio Valenzuela, en caso de ser cuenta conjunta, el banco debería haber entregado todo o parte de los fondos depositados en la cuenta, sólo mediante cheque firmado por todas las firmas autorizadas. Para la operación examinada no se consideró que la cuenta corriente Nº 205950010 fue aperturada para manejo conjunto y las firmas autorizadas a esa fecha, según el informe de inspección, correspondían a los señores Zulema de López, Luis Oni Torrez Gómez Ortega e Ivett Sanjinez de Torrez.*
>
> ***Transferencia de $US 17.000*** *El 4 de julio de 1996, se efectuó la transferencia de fondos de $US 17.000, de la cuenta corriente en Moneda Extranjera Nº 20595012 del Consorcio COINBOL JUVALGO (sociedad accidental) a la cuenta corriente Nº 23062011 de COINBOL, transferencia instrumentada mediante 'Formulario de Solicitud de Emisión de Transferencia de Fondos', aprobada por el funcionario Freddy Palacios Campos, según instrucción realizada por el señor Mario López, mediante formulario 'Carta Instrucciones' de 3 de julio de 1996. El examen de esta operación concluyó en que existieron deficiencias de control interno al permitir la transferencia de fondos sin autorización escrita de todos los titulares de la cuenta 33201010743 del Consorcio COINBOL JUVALGO, para abono en la cuenta corriente Nº 23062011 de COINBOL. El examen realizado advirtió que el cheque fue firmando por Julio Valenzuela (Gerente General del Consorcio), que en la parte inferior izquierda existe la expresión 'Pagos de obra' y que el girador del cheque, no especificó la cuenta de destino. El beneficiario del cheque (Banco Industrial S.A.) ejecutó la operación de abono sin solicitar aclaración del concepto efectuando el abono en la cuenta corriente Nº 23062011 de COINBOL.*
>
> ***Cheque Nº 243601*** *Por $us 100.000. el 2 de julio de 1996, el Banco recibió mediante Boleta de Depósito Nº 274913 el cheque ajeno Nº 243601 por $us. 100.000, proveniente de la cuenta corriente Nº 33201010743 del Consorcio COINBOL JUVALGO en el ex Banco de La Paz S.A., para abono en su cuenta corriente en moneda extranjera Nº 0205952012 en el Banco Industrial S.A. Al efecto se estableció que esta Boleta de Depósito fue firmada por el señor Julio Valenzuela González, de acuerdo con el registro de firmas*

existente en la entidad, y que en la parte izquierda del documento existe la expresión 'Línea de Crédito'; concluyéndose que el girador del cheque, no especificó la cuenta de destino, y que el banco ejecutó la operación de abono sin haber solicitado aclaración respecto a la aplicación de fondos.

En el caso que se examina, existe una Boleta de Depósito firmada por el propio señor Julio Valenzuela, en la que se dispone que el abono del cheque sea efectuado en la cuenta de COINBOL- JUVALGO del Banco Industrial S.A., sin embargo el señor Julio Valenzuela ha manifestado que, en la misma fecha 2 de julio de 1996, habría presentado una carta en la que habría instruido al Banco BISA S.A. que este cheque sea abonado en la cuenta de JUVALGO Ltda., comunicación que según la entidad bancaria nunca fue recibida.

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante carta SB/IAJ/D-18739 de 30 de julio de 2001, emitió criterio sobre este cheque en sentido que existiendo aspectos controvertidos sobre la existencia y autenticidad de esa carta de instrucciones supuestamente presentada por el señor Julio Valenzuela correspondía a las instancias jurisdiccionales aclarar las circunstancias y los hechos relacionados a dicho documento. Al respecto debe tenerse en consideración que en la Resolución Jerárquica SG- SIREFI RJ/083/2006 de 19 de diciembre de 2006, la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera señala que por las características de esta operación el órgano regulador no puede adoptar decisión administrativa sin previa decisión judicial.

Cheque Nº 1195207 por $us 10.000.- *El 5 de noviembre de 1996 se emitió el cheque Nº 1195207 por $us 10.000, de la cuenta corriente Nº 0205952012 que el Consorcio COINBOL JUVALGO tenía en el Banco Bisa S.A., el cual fue cobrado por el Banco Económico S.A. mediante Cámara de Compensación el 15 de noviembre de 1996, y abonado en la cuenta Nº 3042005284 a favor de la 'Estación de Servicio Cochabamba' Este cheque estaba firmado solo por el señor Luis Oni Torrez, observándose que la entidad no aplicó los controles operativos previos al proceso del canje de cheques, al no verificar los registros de firmas autorizadas vigentes a esa fecha, conforme lo dispone la Circular Interna OYM Nº 665/96 de 09/04/1996 de la misma entidad, la que instruía el control de firmas en medio magnético.*

Que, mediante Resolución SB Nº 68/2002 de 14 de junio de 2002, se sancionó al Gerente Regional del Banco Bisa S.A. de la ciudad de Cochabamba por incumplimiento a su deber de supervisar el cumplimiento de controles internos en las operaciones efectuadas por los funcionarios bajo su dependencia y al Oficial de Créditos encargados de las operaciones del Consorcio COINBOL JUVALGO (SOCIEDAD ACCIDENTAL) por su responsabilidad en los errores operativos incurridos en el manejo de las cuentas del señalado consorcio.

Que posteriormente, como consecuencia del análisis complementario efectuado en cumplimiento a la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 83/2006 del 19 de diciembre de 2006, se estableció la responsabilidad administrativa del señor Freddy Palacios Campos, en su condición de Subgerente Adjunto División Operaciones del Banco BISA S.A., oficina Cochabamba, en las operaciones señaladas, por lo que fue sancionado mediante Resolución SB Nº 070/2007 de 13 de julio de 2007.

Que mediante carta SB/IAJ/D-15479/2009 de 23 de marzo de 2009, se requirió información al Banco BISA S.A. respecto a la situación de los procesos que sostiene con el señor Julio Valenzuela Gonzáles y la empresa constructora JUVALGO Ltda., la que fue respondida con carta Div. Legal Nº 043/2009 de 2 de abril de 2009, a la que adjunta fotocopias de los actuados procesales, en la que se informa lo siguiente:

- *La Sentencia Constitucional N° 0548/2007 denegó el Amparo solicitado por el Banco BISA S.A., ratificando el alcance del Auto de Vista de 6 de febrero de 2006, que dispuso la compensación de la obligación demandada por la existencia de deudas mutuas y la suspensión de la ejecución coactiva, hasta que se resuelva el proceso ordinario iniciado por JUVALGO Ltda., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela contra el Banco BISA S.A.*

- *Los coactivados habrían presentado un incidente de caducidad de los derechos del coactivante, encontrándose, a la fecha, pendiente de resolución por el Juez de la causa.*

- *La sentencia de primera instancia, dentro del proceso ordinario seguido por JUVALGO Ltda., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela contra el Banco BISA S.A., habría declarado probada en parte la demanda y probadas las excepciones perentorias de falsedad, ilegalidad, improcedencia, improbada la falta de acción opuestas por el Banco BISA S.A. y habría dispuesto el resarcimiento, única y exclusivamente, de los daños y perjuicios ocasionados al CONSORCIO COINBOL JUVALGO LTDA, por los desembolsos efectuados de $us.17.000 y Bs8.619 a favor de la Empresa COINBOL Ltda., representada por Mario López Prada y Zulema López de López, averiguables en ejecución de sentencia. A la fecha del informe, este proceso se encontraría en etapa de apelación por ambas partes.*

CONSIDERANDO:

Que el artículo 28 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en su párrafo cuarto, dispone que en caso de existir indicios de la comisión de delito, la Superintendencia deberá pasar obrados al Ministerio Público para la investigación del delito y para que promueva la acción penal en conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado. Una copia de los antecedentes e informes de la Superintendencia formara parte de las investigaciones a cargo del Ministerio Público.

Que la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras proviene de la ley, de conformidad al artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, cuando las entidades financieras sus directores, síndicos gerentes y empleados contravengan las disposiciones de la mencionada Ley o las normas reglamentarias se harán pasibles a sanciones administrativas, entre las que se encuentran multas personales a directores, síndicos, miembros del consejo de administración, gerentes y empleados; de acuerdo a la gravedad de la falta.

Que el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala que las multas, establecidas en los numerales 2 y 5 del artículo 99, serán aplicables a la institución financiera como persona jurídica, cuando las Infracciones u omisiones beneficien a la entidad financiera en cualesquiera forma; serán aplicadas a directores, síndicos, miembros de consejos de administración, apoderados, gerentes y empleados, según el grado de su responsabilidad. La sanción se aplicará por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse.

Que, el Titulo XIII - Multas y Sanciones, Capitulo II-Reglamentos de Sanciones Administrativas, Sección 2, Articulo 61 de la Recopilación de normas, determina que cualquier infracción o incumplimiento a disposiciones legales, reglamentarias, normativas u órdenes específicas impartidas por la Superintendencia y, en su caso, por el Banco Central de Bolivia, en que pudieran incurrir los bancos y entidades financieras y de servicios, serán analizadas, evaluadas y de ser el caso, sancionadas por el Superintendente, dentro del marco de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en cada oportunidad en que pudieran presentarse.

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo a los antecedentes, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha realizado las investigaciones pertinentes por cada operación denunciada y ha sancionado a los funcionarios responsables de las infracciones a la normativa administrativa, según el grado de su responsabilidad por actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia imputables al funcionario y que pudieron o debieron evitarse, utilizando para ello las reglas de la sana critica.

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, respecto al Principio de Proporcionalidad en la Aplicación de Sanciones señala que en materia sancionatoria implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. El juicio de proporcionalidad es necesariamente individual y la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, debe someterse a los siguientes criterios para su graduación: la existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración; la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia en la comisión.

Que de las evaluaciones técnica y legal de los hechos, se ha encontrado incumplimientos, en el pago de cheques y las transferencias, tanto a disposiciones contenidas en el Código de Comercio como a normas reglamentarias contenidas en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, advirtiendo negligencia e imprudencia en el accionar de los funcionarios del Banco BISA S.A.; sin embargo no se advirtió la existencia de dolo o la intencionalidad de causar daño al reclamante señor Julio Valenzuela o a la empresa constructora JUVALGO Ltda., por lo que los criterios para la aplicación proporcional de sanciones se cumplieron al evidenciar que se trata de inobservancias a procedimientos operativos y a la inexistencia de características dolosas, sin desconocer la posible responsabilidad civil de la Entidad Bancaria que será definida por las autoridades competentes, para lo cual se adoptaron los recaudos en una cuenta transitoria.

Que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras determinó la constitución de una cuenta transitoria por los montos reclamados hasta la resolución de los procesos ante la existencia de hechos controvertidos, emergentes de operaciones bajo juzgamiento de autoridades jurisdiccionales, sin desconocer la responsabilidad de la entidad bancaria frente al usuario del sistema financiero.

Que, si bien el reclamante ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras es el señor Julio Valenzuela González, por si y por la empresa constructora JUVALGO Ltda., los débitos observados fueron en las cuentas del Consorcio COINBOL - JUVALGO, por lo que se ratifica la necesidad de que exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que establezca el derecho de titularidad sobre los montos reclamados.

Que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, esta Superintendencia no ha aplicado sanciones administrativas al Banco BISA S.A. por cuanto los incumplimientos no le generaron ningún tipo de beneficio.

Que en lo referido al cheque 243601, sobre el cual el señor Julio Valenzuela afirma haber instruido, mediante carta, que sea abonado al saldo adeudado por la Línea de Crédito concedida a la empresa Constructora JUVALGO Ltda., el organismo regulador no puede emitir criterio por cuanto el reclamante ha presentado solamente una fotocopia simple de la carta, la cual ha sido acusada de falsedad por la entidad bancaria, no existiendo otros elementos que permitan establecer la verdad material al respecto.

Que, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no ha encontrado elementos dolosos que constituyan indicios de la comisión de delitos que sustenten una denuncia o la remisión de antecedentes al Ministerio Público, correspondiendo a las partes interesadas seguir las acciones que vean convenientes a fin de obtener el resarcimiento de los daños si los hubiere.

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 001/99 de 09 de febrero de 1999, señala que la función de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras es la de supervisar y fiscalizar a las entidades sujetas al ámbito de su competencia, por lo que tiene atribuciones para imponer sanciones administrativas dentro de los límites establecidos en los artículos 99 y siguientes de la Ley de Bancos y Entidades Financieras por infracciones a la misma y sus reglamentos, asimismo se determina que la Superintendencia de Bancos se encuentra imposibilitada legalmente para determinar responsabilidades civiles u otras que no sean específicamente administrativas.

CONSIDERANDO:

Que, la Intendencia de Asuntos Jurídicos mediante informe SB/IAJ/D-18134/2009 de 2 de abril de 2009 ha manifestado que los argumentos señalados en la Resolución SB N° 70/2007 del 13 de julio de 2007, respecto a las denuncias realizadas por el señor Julio Humberto Valenzuela Gonzáles se mantienen firmes y subsistentes, toda vez que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras se ha manifestado sobre los aspectos administrativos de acuerdo a las atribuciones que la Ley le confiere.

Que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha encontrado infracciones administrativas cometidas por los funcionarios del Banco BISAS.A., por las cuales fueron sancionados en proporcionalidad a la falta cometida y la eventual responsabilidad de la entidad bancaria frente a su cliente ha sido resguardada por la constitución de los montos litigados en una cuenta transitoria hasta la resolución de los procesos judiciales.

Que la demanda ordinaria interpuesta por JUVALGO Ltda., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela contra el Banco BISA S.A., pretende el pronunciamiento judicial sobre:

- *El pago de US$.25.000.- por el supuesto depósito indebido de un cheque, resarcimiento por las transferencias Irregulares por $us17.000.- y Bs8.619.- mas intereses ordinarios y penales.*

- *Se declare que los hechos irregulares cuyo resarcimiento es demandado han generado la imposibilidad sobreviniente para que JUVALGO Ltda. cumpla sus obligaciones con el Banco BISA S.A.*

- *La compensación parcial entre los montos cuyo resarcimiento es demandado, con el saldo deudor a capital de la línea de crédito adeudada por la empresa JUVALGO Ltda.*

- *En ejecución de sentencia se califique la falta de ganancia y el daño moral a la empresa constructora JUVALGO Ltda.'*

- *Que entre los daños causados, se consideren, además, los gastos ocasionados por el trámite ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras y en el proceso ordinario; así como honorarios de abogado en ambos casos.*

- *Y autorización judicial para entregar al Banco BISA S.A., en dación en pago, un inmueble ubicado en Av. Libertador Bolívar de la ciudad de Cochabamba.*

Peticiones ante la autoridad jurisdiccional idénticas a las pretensiones del señor Julio Valenzuela en la vía administrativa ante esta Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, lo que sustenta la decisión de la autoridad reguladora para supeditar cualquier determinación sobre los montos reclamados, a la decisión de los jueces dentro de los procesos que gestionan las partes Involucradas en el presente proceso administrativo...."

Confirmándose de esta manera la Resolución SB N° 70/2007 de 13 de julio de 2007 y disponiendo que el Banco BISA S.A., por tener interés directo en la investigación del presunto delito de falsedad en el documento de fecha 2 de julio de 1996, inicie las acciones que correspondan.

3. RECURSO JERÁRQUICO.-

Mediante memorial presentado el 28 abril de 2009, el Sr. **JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES,** por sí y como representante legal de la **Empresa Constructora "JUVALGO LTDA",** presenta Recurso de "Revocatoria", contra la Resolución Administrativa SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009 argumentado lo siguiente

***"I. IMPUGNACIÓN**.-'La Resolución pronunciada por esa SBEF, que una vez más nos vemos obligados a impugnar dentro este exageradamente prolongado procedimiento administrativo que ya está próximo a cumplir **UNA DÉCADA,** además de contener nuevas e **INADMISIBLES FALSEDADES** como más adelante lo demostrare,' otra vez más es imprecisa y no cumple con lo expresa y mandatoriamente dispuesto en la '**RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 62/2008'** de 29 de septiembre de 2008. De otra parte es ilegal puesto que delibera y francamente se PARCIALIZA en forma desembozada con el Banco denunciado BISA S.A., llegando al extremo de manipular y distorsionar los hechos para favorecer a dicho banco, como también se demostrará en el presente recurso de revocatoria.*

*Con carácter previo es imprescindible reproducir lo siguiente que en anterior oportunidad ya fue dicho: '**Nota indispensable**.- No podrá argumentarse por parte de esa SBEF que los conceptos, fundamentos y antecedentes aquí vertidos son repetitivos y/o que ya se los consideró, puesto que al haber sido **ANULADO** por el SIREFI **'el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 74/2006 de** 7 de junio de 2006..**',** 'se lo reputa como no existente'*

Señor Superintendente, las cosas están llegando a tales inaceptables extremos que de no ser definitiva e inmediatamente cesados y/o extirpados nos veremos en la ineludible obligación de recurrir por ante el Congreso de la República y plantear un Juicio de Responsabilidades . Lo anterior no significa y menos importa una atrevida amenaza o simple bravuconada, debe ser cabalmente interpretado como el lícito derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano que se siente agraviado en sus derechos.

1. *La parte resolutiva de la Resolución ahora impugnada, luego de REVISAR y RETROCEDER sobre una serie de aspectos que ya fueron plena y previamente DEFINIDOS por la SBEF mediante muchos documentos oficiales, visitas de inspección al Banco denunciado y resoluciones anteriores; incluso en la Resolución SB N° 070/2007 de 13 de julio de 2007 que al presente la volvemos a impugnar en forma paralela a la **RESOLUCION SB Nº 081/1009 de 2 de abril de 2009**, puesto que la SBEF la CONFIRMA'**en todas sus partes'**, incurre en flagrante desobediencia a las determinaciones adoptadas en la Resolución Jerárquica del SIREFI RJ 62/2008 puesto que no da estricto cumplimiento al espíritu de su '**Articulo***

Único'**. que para que en forma debida se lo tome en cuenta lo transcribo: **'Anular el procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa SB N° 101/2007 INCLUSIVE, DEBIENDO la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras dictar nueva Resolución de Instancia, en la cual SE CONSIDEREN EXPRESAMENTE TODAS LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN.'

*Puesto que esa SBEF **'RESUELVE: 1.- CONFIRMAR, en todas sus partes la Resolución SB N° 70/2007 de 13 de julio de 2007.**' a su vez y recíprocamente nosotros **CONFIRMAMOS Y REPRODUCIMOS** todos y cada uno de los términos contenidos en nuestro **'RECURSO DE REVOCATORIA' de 10 de Agosto del 2007,** recepcionado en esa Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras el 13 de Agosto del 2007.*

2. *La SBEF también ha hecho caso omiso al 'Artículo Tercero' de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 62/2008 de 29 de septiembre de 2008, puesto que ha ignorado totalmente la aplicación de los principios **de celeridad y economía,** procurando con esa su inexplicable actitud-al demorar casi seis (6) meses en pronunciarla- dilaciones innecesarias que lo que buscan y hacen es favorecer al denunciado Banco BISA S.A. que con el paso del tiempo nos sigue ocasionando daños y perjuicios y **beneficiándose institucionalmente con el indebido uso de nuestro dineros,** es decir, con los fondos que tienen que hacer con la línea de crédito que generaron pagos, intereses y fueron la fuente de todas y cada una de las mal llamadas 'deficiencias operativas 'y/o 'infracciones administrativas' cuando en verdad constituyen genuino HURTO AGRAVADO y es así como esa Superintendencia debía asimilarlo; ciertamente esta es otra prueba de la parcialidad de la SBEF.*

*¿Cómo puede explicarse que la impugnada Resolución SB Nº 081/2009 lleve fecha **2 de abril de 2009** cuando su supuesto basamento y fundamentación se ampara en el Informe SB/IAJ/D-18134 **del mismo día 2 de abril de 2009**?. Ello sencillamente es absurdo e imposible, raya en lo ridículo y ofensivo a la inteligencia humana, pero tiene la virtud de dejar probada la irresponsabilidad, indolencia y parcialidad con que se maneja el presente asunto en esa SBEF.*

3. *Que para 'reexaminar la denuncia', y 'realizar las investigaciones pertinentes' ordenadas por la Resolución Jerárquica del SIREFI, esa SBEF no ha tenido una mejor idea, obviamente que en actitud deliberada para favorecer al Banco BISA S.A. en base a información sesgada y hasta falsa: puesto que... **'mediante carta SB/IAJ/D-I5479/2009 de 23 de Marzo de 2009, SE REQUIRÍO INFORMACIÓN AL BANCO BISA S.A.** respecto a la situación de los procesos que sostiene con el señor Julio Valenzuela González y la empresa constructora JUVALGO Ltda., LA QUE FUE RESPONDIDA con carta Div. Legal N° 043/2009 de 2 de abril de 2009.'*

*Copia de esa carta y como es obligación de la SBEF en el presente procedimiento, debió hacernos llegar oportunamente para que estemos debidamente informados, al no haberlo hecho **como ya le es costumbre**- nos coloca en completa indefensión. La situación se torna aún más grave si como dice la Resolución SB N° 081/2009 dicha 'información' está acompañada de '**fotocopias de los actuados procésales'** puesto que ello significaría que las antojadizas interpretaciones, contenidas en la Resolución, las efectuó la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras en favor del BISA S.A., extremo que amerita cuando menos una debida y satisfactoria explicación puesto que los documentos oficiales cursantes en el proceso no aseveran tales despropósitos. Lo anterior puede compararse metafóricamente con la gracia de '**consultar con los ratones si les gusta y quieren queso y que informen al respecto.**'*

4. *La determinación de esa SBEF contenida en el punto 2.- del RESUELVE de la Resolución impugnada SB N° 081/2009 de 02.04.09 carece de total sindéresis y se constituye en otra prueba de las intenciones*

parcializadas que adornan la citada Resolución puesto que sin embargo de actuar ahora , se esmeran en que el Banco denunciado '...inicie las acciones que correspondan contra quienes resultaren autores del mismo, debiendo remitir copia de los actuados a esta Superintendencia de Bancos...'. La SBEF ha pasado por alto el hecho conocido en el expediente de que sin embargo de las amenazas del Banco denunciado para 'iniciar los juicios penales respectivos', pese a que fueron emplazamos de esta parte a que lo hagan, han transcurrido años, esperando que opere la prescripción y nunca se atrevieron a hacerlo. La Razón?... Que ellos saben perfectamente que quien cometió el error al colocar el sello con fecha equivocada fue la dama y funcionaria del Banco que ese particular día fungía como secretaria de gerencia en reemplazo de la titular y que al percibir la falla, de su puño y letra procedió la enmienda colocando además la 'mosca' rúbrica de su firma al lado de tal corrección.

Contrariamente nosotros, ante el ilegal e irresponsable incumplimiento a deberes formales ***por parte de esa SBEF que haciendo caso omiso a lo expresa e imperativamente dispuesto por el Art. 28.- de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*** *que en su parte in fine determina que: '****En caso de existir INDICIOS de la comisión de delito, la superintendencia DEBERÁ pasar obrados al Ministerio Público para la investigación del delito,' NORMA DE ÓRDEN PÚBLICO*** *que ha sido deliberadamente desobedecida e ignorada cuando nosotros clamorosamente y en forma reiterada hemos denunciado,* ***dentro el presente procedimiento administrativo,*** *que el Banco BISA S.A. mediante sus representantes legales, para dar vida al fraudulento juicio coactivo civil que nos inició* ***por operaciones bancarias bajo tuición de la SBEF,*** *ha hecho* ***USO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS FALSIFICADOS*** *como es el caso de la escritura pública Nº 1414/98 de fecha 8 de octubre de 1998 en ilícita y delictiva suplantación de la N° 1411/98 de la misma fecha, con la agravante de haber también* ***USADO A SABIENDAS COMO PRUEBA ante esa Superintendencia de Bancos otra escritura pública falsificada,*** *la Nº 669/99 de fecha 05/10/99 que fue remitida por el BISA S.A. a esa Superintendencia con nota VPE-C-049/2004 de 10/03/04 con la firma del subgerente general Tomás Barrios Santivañez.*

Ante la indolencia de la SBEF y violación al Art. 28.- de la Ley de Bancos, nosotros SI actuamos y los denunciamos, es más, está planteado un incidente por esa razón dentro del fraudulento juicio coactivo civil, ***sin que ello impida y/o implique que dentro el presente procedimiento administrativo la SBEF se haga 'la sueca' y soslaye su inexcusable obligación.***

5. *La 'RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 62/2008'de 29 de Septiembre de 2008, en forma expresa, categórica y terminante, a tiempo de* ***ANULAR*** *el procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 101/2007* ***inclusive, le ordenó a la Superintendencia de Bancos*** *que debe dictar nueva Resolución****, en la cual se consideren expresamente, 'TODAS LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS EN LA PRESENTE RESOLUCIÓN.'***

Esa SBEF haciendo caso omiso a tal instrucción se ha limitado tan solo a manipular a su regalado gusto y antojo con cinco (5) puntos de entre los más de ***VEINTIDOS (22)*** *ordenados en la Resolución del SIREFI RJ 62/2008.*

*Sólo para citarles un ejemplo les preguntamos: ¿ Por qué la SBEF se sigue resistiendo, entre otras muchas cosas, a absolver como corresponde el punto '4.- (Pagina 13 de 20 de la Resolución Jerárquica SIREFI RJ 62/2008.) '****Articulo 96 de la Ley de Bancos Nº 1468 particularmente en lo referido a que:*** *'...****tendrán la facultad para recabar cuanta información sea necesaria y exigir 'Nunca recabaron ni tampoco exigieron, pese a nuestros reiterados pedidos que el Banco denunciado BISA S.A. exhiba y remita a esa Superintendencia el documento idóneo que acredite que mi persona solicitó y gestionó COMO IMPONE LA LEY, la concesión de un 'sobregiro provisional' para el consorcio***

COINBOL-JUVALGO por la suma de $us 50.572,64 en el mes de junio de 1996 ' ??????.

Por favor digan algo al respecto, no puede esa SBEF mantener silencio en desmedro de los intereses de los usuarios del sistema financiero nacional. Lo contrario importaría confirmación de parcialidad y hasta complicidad con el denunciado Banco BISA S.A.

Lo hasta aquí señalado constituyen una serie de agravios que al afectarnos gravemente viabilizan perfectamente el presente Recurso de Revocatoria. a lo que se suma lo siguiente.

II FALSEDADES CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN SB Nº 081/2009.-

Sin embargo de haber sido muy CLARAMENTE demostrado en nuestros anteriores recursos de revocatoria que esa SBEF lamentable, increíble inaceptablemente ha llegado al extremo de recurrir a ***FALSEDADES*** *para justificar lo injustificable de las ilícitas acciones del Banco BISA .SA., ocurre que ahora en su Resolución SB N° 081/2009 de 2 de Abril del 2009 una vez más reincide y con agravantes, como pasamos a demostrar:*

1. *La impugnada Resolución SB N° 081/2009 sostiene que: '...en cumplimiento a lo determinado por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera,.' ' ... ''... la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras* ***procedió a reexaminar la denuncia efectuada por el Señor Julio Valenzuela, por si y en representación de la empresa constructora JUVALGO Ltda.,'.*** *La anterior es una afirmación carente de toda veracidad fácilmente demostrable, por lo tanto es una FALSEDAD. ¿ Ha olvidado la SBEF que no se trata de una denuncia sino de tres (3)?*

2. *Dice textualmente la Resolución impugnada SB N° 081/2009: 'Para la operación examinada no se consideró que la cuenta corriente N° 205950010 fue aperturada para manejo conjunto y* ***las firmas autorizadas a esa fecha****, según el informe de inspección, correspondían a los señores Zulema de López, Luis Oni Torrez Gómez Ortega e Ivett Sanjinez de Torrez.'. Esta afirmación de la SBEF,* ***al excluirme*** *como el verdadero titular de esa Cta. Cte. e ignorar el hecho fáctico de que* ***mi firma siempre debía estar en los cheques*** *incurre en otra FALSEDAD.*

3. *La impugnada Resolución SB N° 081/2009 al referirse a la Transferencia de los $us. 17.000., con la más absoluta mala fe mezcla- obviamente que para crear confusión-dos operaciones irregulares totalmente independientes una de la otra,. puesto que la de $us 17.000.- fue una transferencia de fondos del Consorcio (fondos provenientes de JUVALGO) a la Cta. exclusiva de Mario López y su empresa con recursos físicamente existentes y* ***sin intervención de ninguna clase de cheque,*** *Esta es otra FALSEDAD de la SBEF.*

4. *El cheque Nº 243602 del Banco de La Paz por la suma de $us. 25.000.- firmado única y exclusivamente por mi persona que lleva la INSTRUCCIÓN en el 'MEMO' del instrumento (autorizado por ley y no como se pretende restarle valor) dice textualmente* ***'PAGOS OBRA'*** *y no como* ***maliciosamente reincide la SBEF*** *'Pagos* ***de*** *obra', nada tiene que ver con los $us. 17.000.- Por lo tanto la Resolución SB N° 081/2009 incurre en otras dos (2) FALSEDADES, siendo lo más grave y preocupante que sin embargo de todas nuestras "aclaraciones" y pruebas documentales respaldatorias de tal instrucción, majaderamente insiste una y otra vez en la falacia de 'Pagos* ***DE*** *obras', es obvio que lo hace deliberadamente para quitarle fuerza a la* ***INSTRUCCIÓN*** *contenida en el MEMO 'PAGOS OBRA'. En este punto la SBEF desobedece al SIREFI puesto que no da explicación algún al respecto del* ***'DE'*** *de su cosecha.*

5. *La SBEF llevada por su desazón en su afán de 'ayudar' a como de lugar al denunciado Banco BISA sostiene ahora y **novedosamente** lo siguiente:.. el girador del cheque (mi persona), no especificó la cuenta de destino. ' '¿ Y por que tendría que haberlo hecho si se trataba de un cheque 'Girado A NOMBRE DE BANCO' y con cruzamiento especial?; 'Ya olvidó la SBEF que tal cheque esta girado a nombre del 'BANCO INDUSTRIAL S.A. '¿No sabe o no conoce la SBEF lo que dispone el Código de Comercio sobre esta clase de cheques? Por lo tanto con ese tipo de justificativo **'no especificó la cuenta de destino'** la SBEF comete otra FALSEDAD.*

6. *Al referirse al cheque N° 243601 del Banco de La Paz por la suma de, Sus. 100.000.- la SBEF nueva y peligrosamente reincide en la FALSEDAD de que en ese cheque. "... en la parte izquierda del documento existe la expresión 'Línea de Crédito', ...'. Es inexplicable el propósito de la SBEF al resistirse a reconocer que esa 'parte izquierda de documento' es el MEMO que forma parte integrante del documento (cheque) y es más grave aún que persista en su FALSEDAD puesto que lo que dice el MEMO del 'documento' (cheque) es : '**A LINEA DE CRÉDITO'**. Al igual que en el precedente punto 4.- y pese a estar expresamente ordenado por el SIREFI en la RESOLUCIÓN JERÁRQUICA SG SIREFI RJ62/2008 de 29 de Septiembre cuando dispone: **'...debiendo a Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras dictar nueva Resolución de Instancia, en la cual se consideren, EXPRESAMENTE TODAS las observaciones efectuadas en la presente resolución), la SBEF ignora irresponsablemente lo dispuesto por el SIREFI** a fin de mantener sus FALSEDADES.*

7. *Ahora se le ha ocurrido a la SBEF urdir una nueva FALSEDAD para favorecer al Banco denunciado BISA S.A. cuando en la impugnada Resolución SB Nº 081/2009 sostiene, **faltando terriblemente a la verdad,** que Julio Valenzuela (mi persona), mediante carta habría instruido **'... al Banco BISA S.A. que este cheque sea abonado en la cuenta de JUVALGO Ltda....**'. Esta aseveración, señor Superintendente de Bancos, carece de toda seriedad, raya en lo calumnioso y se torna peligroso, puesto que jamás sostuve tal cosa y menos instruí por carta, razón por la cual además de la presente impugnación **EXIJO UNA DEBIDA Y SATISFACTORIAEXPLICACION**.*

8. *La SBEF en su impugnada Resolución SB Nº 081/2009 miente estrepitosamente cuando FALSEANDO la verdad, temerariamente sostiene que la SC. N° 0548/2007 dispondría '... **La suspensión de la Ejecución coactiva,' HASTA QUE SE RESUELVA EL PROCESO ORDINARIO INICIADO POR JUVALGO Ltda., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela contra el Banco BISA.** ' ¿ En cuál de sus partes dicha Sentencia Constitucional dice tal cosa, señor Superintendente de Bancos? La única verdad es que ratifico con creces el alcance del Auto de Vista de 6 de Febrero de 2.006 que tampoco condiciona la suspensión **HASTA QUE SE RESUELVA EL PROCESO ORDINARIO INICIADO POR JUVALGO Ltda.,** Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela contra el Banco BISA S.A.'*

Es tiempo de reiterar, señor Superintendente de Bancos y Entidades Financieras, que de no cesar de inmediato esas inaceptables actitudes, impropias de la SBEF, se nos obligara a plantear un Juicio de Responsabilidades ante el H. Congreso de la República.

III- OTRAS CONSIDERACIONES

1. *La SBEF en la Resolución impugnada SB N° 081/2009 no da una EXPRESA explicación a la observación relativa al por qué en la famosa 'cuenta transitoria' no se le ha ordenado al Banco BISA que también deposite los $us. 10.000.-correspondientes a la irregular operación con el cheque N°*

*1195207 girado y pagado con la solo firma de Luis Torrez, cuando esa misma SBEF ha establecido que EN TODOS LOS CHEQUES **NECESARIAMENTE** DEBÍA ESTAR MI FIRMA.(sic)*

2. *La SBEF JAMÁS nos hizo conocer como corresponde ninguna Resolución de sanción a quien nosotros consideramos el principal responsable, es decir el actual Gerente General del Banco BISA S.A. TOMÁS BARRIOS SANTIVAÑEZ ¿Por que? ¿Cuáles las razones? Lo cierto es que con esa su parcializada actitud nos procura indefensión.*
La Resolución para nada se refiere a la cobarde actitud de Tomás Barrios que habría sostenido que el no es culpable puesto que los que vieron esa operaciones eran sus subalternos. (????)

3 *Tampoco esa SBEF menciona nada y menos se pronuncia sobre lo que contradictoriamente sostiene el funcionario Freddy Palacios Campos. que dice haber autorizado las operaciones que se le endilgan 'POR INSTRUCCIONES SUPERIORES'.*

4 *Resulta totalmente parcializado haberle 'REQUERIDO' al denunciado Banco BISA S.A. información relativa a los procesos, cuando **era OBLIGACIÓN de la SBEF** efectuar las investigaciones y averiguaciones en forma directa y por cuenta propia con la fuente para garantizar IDONEIDAD. Surge la necesaria interrogante: y por qué no se me hizo igual pedido? ¿ Es que los clientes de los Bancos somos ciudadanos de segunda o tercera categoría para esa SBEF?*

5 *Resulta inaceptable que de la supuesta 'INVESTIGACION' y 'reexamen de la denuncia' (debería decir 'denuncias') la SBEF al referirse en su impugnada Resolución al juicio ordinario que seguimos nosotros contra el Banco BISA S.A. utilice los tiempos condicionales del lenguaje como ser 'HABRIA'.¿ Acaso no afirma que investigó y reexamino? Es pues inadmisible que la SBEF actué con tan poca responsabilidad y le resta TOTAL SERIEDAD Y VALIDEZ a la impugnada Resolución SB N° 081/2009.*

6 *Todo apunta a demostrar que no es evidente que se haya dado cabal interpretación a los Arts. 99.- y 102.- de la Ley de Bancos y al Reglamento de Sanciones Administrativas. También es evidente que no se aplicó debidamente el principio y las reglas de la sana crítica . El daño los perjuicios que no ha inferido hasta la fecha el Banco BISA S.A excede los seis (6) dígitos y la SBEF se da por satisfecha con una 'amonestación' al líder de los actos delictivos y medio día de haber a un funcionario de segundo nivel. Ello, señor Superintendente, peca de RISIBLE por su concepto de 'proporcionalidad.'*

7 *Al parecer la correcta interpretación, desde el punto de vista jurídico, de lo que es el **DOLO** no lo comprende debidamente quien redactó la impugnada Resolución, por tanto no aceptamos la aseveración de la inexistencia de **DOLO**. La intencionalidad de causarnos daño por parte del Banco BISA S.A. fue evidente desde el momento en que JUVALGO Ltda., como empresa de primera categoría, aparecía en el escenario como muy seria competidora de una empresa constructora infimamente vinculada a tal Banco.*

8 *Pretender a estas alturas colocar en tela de juicio mi personería y la licitud de nuestros reclamos le resta seriedad a la SBEF. Muy útil resultaría que sus abogados den atenta lectura y comprendan e interpreten debidamente la Sentencia Constitucional N°0548/2007.*

9 *Entonces ¿Quien sino la entidad bancaria Banco BISAS.A. se ha beneficiado y continua haciéndolo con nuestros dineros? ¿Acaso nuestros fondos están en una caja fuerte? ,o es que los beneficiarios son Barrios, Camacho o Palacios?*

IV.-HECHOS DELICTIVOS SOCAPADOS POR LA SBEF.-

*En fecha 10 de Abril del año en curso, dentro de término hábil, les remitimos primero vía fax y luego mediante 'courier' nuestro memorial de: '**Pide Complementación',** el mismo que se explica perfectamente, es claro y preciso, incluso haciendo citas textuales de memoriales, denuncia y cartas cursadas desde hace años a esa Superintendencia; sin embargo la SBEF mediante 'RESOLUCIÓN SB Nº 0092/2009 de 21 de Abril de 2.009 (con la que nuevamente se notifica **sólo** a Julio Valenzuela y no a JUVALGO Ltda.), en forma nada ortodoxa, vulnerando flagrantemente lo dispuesto por los Arts. 28.-, 99.- y 108.- de la Ley de Bancos y Entidades Financieras **RESUELVE, al margen del verdadero contexto** de nuestro pedido de complementación: **'Declarar la improcedencia de la solicitud de complementación presentada por el señor Julio Valenzuela Gonzáles.**' y digo fuera de contexto puesto que mi pedido está **EXPRESA Y CLARAMENTE REFERIDO A LA FALSIFICACIÓN Y USO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS FALSIFICADOS POR PARTE DEL BANCO BISA S.A EN RELACIÓN AL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SUS CONSECUENCIAS, CONCRETAMENTE LA ESCRITURA PÚBLICA Nº 1414/98 DE 8 DE OCTUBRE DE 1998 Y EL TESTIMONIO DE LA ESCRITURA PÚBLICA Nº 669/99.***

*Decir: '... **que no corresponde la remisión de antecedentes al Ministerio Público toda vez que durante la sustanciación del presente proceso no ha encontrado elementos dolosos que constituyan indicios de la comisión de delitos, por lo que no existe cuestión esencial expresamente propuesta que hubiere sido omitida en la Resolución SB Nº 081/2009 de 02 de abril de 2009.**' constituye una genuina aberración que esa SBEF tendrá que aclarar en las instancias legales más temprano que tarde.*

***V.- PETITUM.-** Por lo expuesto a tiempo de impugnar las RESOLUCIONES SB Nº 081/2009 de 2 de abril de 2009 y SB Nº 0092/2009 de 21 de Abril de 2009, ambas pronunciadas por esa SBEF mediante el presente RECURSO DE REVOCATORIA, pido:*

1. *Que se **REVOQUE** la Resolución SB Nº 081/2009 de 2 de abril de 2009 por no sujetarse a lo expresamente dispuesto por la RESOLUCIÓN JERARQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ Nº 62/2008 de 29 de septiembre de 2008 y ser ambigua, incompleta y estar plagada de FALSEDADES tal como se tiene demostrado.*

2. *Que se proceda de inmediato al pronunciamiento de una nueva Resolución adecuada precisamente a lo ordenado por el SIREFI en la RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 62/2008 de 29 de Septiembre de 2008 y en consonancia con las disposiciones legales contenidas en la Ley de Bancos y otras normas concordantes, **explicando una a una el porqué de las FALSEDADES en que ha incurrido la Resolución SB Nº 081/2009 de 2 Abril de 2009***

3. *Atendiendo a lo extremadamente prolongado en la duración del presente procedimiento administrado (casi una década), que se aplique a cabalidad LA CELERIDAD Y ECONOMÍA a la que hace referencia al Artículo Tercero de la RESOLUCIÓN JERÁRQUICA DE REGULACIÓN FINANCIERA SG SIREFI RJ 62/2008 de 29 de septiembre de 2008. (...)"*

5. FORMULACIÓN CRITERIOS TERCEROS INTERESADOS.-

Mediante memorial presentado el 18 de agosto de 2009, el Banco Bisa S.A. representado por el Sr. Yuri Joel Morales Peñaranda, en mérito al Testimonio Poder Nº 0350/2008 de 2 de mayo de 2008 presenta alegatos, argumentando lo siguiente:

"***II ACTO ADMINISTRATIVO OBJETO DEL IMPROCEDENTE RECURSO DE REVOCATORIA QUE SE RESPONDE.***

La Resolución Administrativa SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la anterior Resolución SB Nº 70/2007 de 13 de julio de 2007 emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, constituye resolución contra la que de conformidad con lo dispuesto por el Art 66 parágrafo I de la Ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002 (Ley de Procedimiento Administrativo), única y exclusivamente admite o contra la que solo puede o debe interponerse un Recurso Jerárquico. Esta disposición legal no puede suplirse de oficio por la autoridad administrativa, por cuanto este recurso se equipara a una demanda nueva de pleno derecho en sede administrativa, que debe ser expresada de manera clara, manifiesta y sin equívoco alguno, no pudiendo fundarse en memoriales anteriores ni suplirse en memoriales posteriores. El principio de informalidad tiene como límite el principio de sometimiento pleno a la ley.

Sin embargo, en el caso presente se tiene que, JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES, Por sí y como representante legal de la Empresa Constructora 'JUVALGO Ltda.', por memorial de 28 de abril de 2009 ha interpuesto un segundo 'RECURSO DE REVOCATORIA ' (no jerárquico) dentro del trámite de un anterior recurso de revocatoria, es decir, contra la Resolución Administrativa SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009 que simplemente confirmó la Resolución SB Nº 70/2007 de 13 de julio de 2007 emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; por lo que queda claro que no ha interpuesto ningún 'recurso jerárquico' en buena y debida forma y en forma válida legalmente.

En este caso, lo que correspondía conforme a procedimiento era interponer el Recurso Jerárquico establecido por el Art. 66- I de la Ley Nº 2341, error de procedimiento que no puede ser subsanado ni siquiera con la aplicación del principio de informalismo que rige la actividad administrativa, como aparentemente su autoridad en el auto de 3 de agosto de 2009 ha dispuesto al considerar este recurso de revocatoria como recurso jerárquico y disponer nuestra notificación como tal, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el Art 61 de la señalada ley, su autoridad se servirá pronunciar resolución desestimando el recurso de revocatoria que se responde por no cumplir con las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables al efecto.

Al respecto la legislación administrativa procesal es absolutamente clara:

'ARTICULO 66 (Recurso Jerárquico).- I. Contra la resolución que resuelva el recurso de revocatoria, el interesado o afectado únicamente podrá interponer el Recurso Jerárquico'.

'ARTICULO 61 (Formas de Resolución).- Los recursos administrativos previstos en la presente Ley, serán resueltos confirmando o revocando total o parcialmente la resolución impugnada, o en su caso, desestimando el recurso si este estuviese interpuesto fuera del término, con cumpliese las formalidades señaladas expresamente en disposiciones aplicables o si no cumpliese el requisito de legitimación establecido en el Articulo 11 de la presente Ley.'

En atención a lo expuesto y solo por respeto a su autoridad y sin que ello implique admitir de nuestra parte la existencia de recurso jerárquico legalmente interpuesto contra la correcta resolución Administrativa SB No. 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución SB No. 70/2007 de 13 de julio de 2007 emitida por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, su autoridad además en su caso se servirá tener presente lo siguiente:

III. CON RELACIÓN A LAS SUPUESTAS FALSEDADES ACUSADAS A LA RESOLUCIÓN SB Nº 081/2009.-

*Resulta necesario poner en conocimiento de su autoridad que respecto a estas mismas operaciones, imputadas como irregulares por Julio Humberto Gonzáles por sí y en representación de su empresa JUVALGO LTDA., **se encuentran ya en el ámbito de la jurisdicción ordinaria,** los siguientes procesos judiciales seguidos por y contra Julio Humberto Valenzuela Gonzáles y JUVALGO LTDA., que se encuentran en plena sustanciación:*

1. *Demanda coactiva civil de garantías reales seguida por BANCO BISA S.A. contra la EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES S.R.L.- JUVALGO LTDA y a Julio Humberto Valenzuela Gonzales y MARTHA RUTH FIORILO GUZMÁN DE VALENZUELA, radicado en el juzgado Sexto de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba.*

2. *Demanda ordinaria interpuesta por la EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES S.R.L. JUVALGO LTDA.'sic Y JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES Y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA en contra del Banco BISA S.A., que radicó en el Juzgado Primero de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba.*

Cuyas partes o actuados esenciales cursan en el expediente de este proceso administrativo y que ponemos en su conocimiento a continuación:

1. DEMANDA COACTIVA CIVIL DE GARANTIAS REALES SEGUIDA POR BANCO BISA S.A.

1.1 DEMANDA.- *En fecha 13 de noviembre de 2000, el Banco BISA S.A. inicio demanda coactiva contra la EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES SRL. – JUVALGO Ltda.. y sus garantes personales solidarios mancomunados e indivisibles JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES y MARTHA RUTH FIORILO GUZMÁN DE VALENZUELA ante el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil de la ciudad de Cochabamba, solicitando se pronuncie sentencia ordenando el pago de la suma adeudada de US$ 164.595,27, más intereses convenidos , otorgados con cargo y garantía de una línea de crédito que se les otorgó por la suma de US$ 250.000.- mediante escritura pública Nº 1414/98 de 8 de octubre de 1998, con garantías hipotecarias y prendarias debida y oportunamente registradas en las Oficinas del Registro Derechos Reales y de Registro General de Comercio y Sociedades por acciones.*

1.2 SENTENCIA COACTIVA CIVIL Y CITACIÓN CON DEMANDA Y SENTENCIA *.- En fecha 16 de enero de 2001, el Juez Sexto de Partido en lo Civil pronunció sentencia declarando PROBADA la demanda del Banco BISA S.A., ordenando que los coactivados paguen la suma a capital perseguida de US$. 164.595,27, más intereses convenidos en tercero día, bajo conminatoria de llevarse a remate los bienes hipotecados y prendados.*

1.3 EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA, INADMISIBILIDAD Y FALTA DE FUERZA COACTIVA DEL TITULO BASE DE LA EJECUCIÓN Y PAGO DOCUMENTADO Y COMPENSACIÓN OPUESTAS POR LOS COACTIVADOS

Citados con la demanda coactiva y sentencia la EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES S.R.L. - JUVALGO LTDA. Y JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES Y MARTHA RUTH FIORILO GUZMAN DE VALENZUELA, sólo la coactivada Martha Fiorilo Guzmán de Valenzuela mediante memorial de 23 de febrero de 2001 y dentro el plazo que fija el Art.49-1I1 de la Ley 1760, opuso contra la demanda las excepciones de:

*- **Incompetencia,** con el argumento de que la EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES S.R.L. - JUVALGO LTDA. no habría renunciado a la vía ejecutiva;*
***-inadmisibilidad** y falta de fuerza coactiva del título base de la ejecución, por haber el Gerente de JUVALGO LTDA. renunciado a la vía ejecutiva sin estar expresamente facultado para ello por Asamblea General de Socios y.*
*- **pago documentado y compensación** , por haber el máximo organismo fiscalizador del sistema bancario ordenado al BISA en 27 de septiembre de 2000 que **pague y restituya las sumas de US$ 25.000.-US$.17.000.- y Bs 8.619.-.***

1.4 ***RESPONDE A EXCEPCIONES.-*** *En fecha 2 de abril de 2001, el Banco BISAS.A. respondió las excepciones opuestas solicitando su rechazo, fundamentando en lo que a la excepción de pago documentado y compensación opuesta, que la misma resulta impertinente y desconoce los requisitos jurídicos esenciales para que proceda esta forma de extinción de una obligación , por las siguientes razones legales:*

*1.4.1.Que, **el Banco BISA S.A. no adeuda suma de dinero alguna a la empresa JUVALGO LTDA**. y menos que sea líquida y exigible.*

*14.2.Que las instrucciones de la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de reposición de fondos por supuestas operaciones irregulares a las que hace referencia la coactivada, cuya devolución inicialmente se ordenó que fuera a favor de Julio Valenzuela Gonzáles, como persona natural y, luego reemplazada por la orden a la empresa JUVALGO Ltda.; por las operaciones de US$. 25.000.- US$ 17.000.- y Bs. 8619.-, de las cuentas de una tercera persona jurídica, en este caso el 'CONSORCIO COINBOL JUVALGO ' **fueron impugnadas y representadas por el Banco BISA S.A. ante la indicada Superintendencia y además no carecían de valor de cosa juzgada administrativa;** además que en su caso, dichos fondos en el supuesto no admitido , deberían ser repuestos a la persona jurídica CONSORCIO COINBOL JUVALGO y no a JUVALGO LTDA.*

*1.4.3. Que las relaciones jurídicas de reconocimiento de obligaciones que existieren entre **JUVALGO LTDA. y terceras personas** (es decir las empresas asociadas al CONSORCIO COINBOL JUVALGO) **no tiene ningún efecto jurídico ni vinculan de manera legal alguna al Banco BISA. S.A.** tales contratos en lo que cursan esas obligaciones son sustancialmente distintos a la operación bancaria de crédito cuyo pago se persigue dentro del presente proceso.*

1.4.4. *Que, una compensación de dos deudas se da cuando dos personas, **con capacidad de disposición son recíprocamente deudoras y acreedoras**, de acuerdo con lo que dispone el Art 363 del Código Civil; **por lo tanto, al no ser el Banco BISA***

S.A. deudor de JUVALGO LTDA. y tampoco acreedor del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y al carecer de capacidad de disposición la Empresa Constructora JUVALGO LTDA., sobre la supuesta y no admitida reposición de tales fondos, no corresponde ninguna compensación.

1.5 RESOLUCIÓN QUE RESUELVE EXCEPCIONES Y CONFIRMA LA SENTENCIA COACTIVA CIVIL.

Por auto de 10 de mayo de 2001, el Juez Sexto de Partido en lo Civil declaró IMPROBADAS las excepciones opuestas, estableciendo expresamente con relación a la excepción de pago documentado y compensación que para que esta tenga lugar, se debe aparejar documento con fuerza ejecutiva para valer como pago, lo que no existe en el presente caso.

1.6 RECURSO DE APELACIÓN PLANTEADO POR LOS COACTIVADOS: JUVALGO LTDA Y JULIO VALENZUELA GONZALES Y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA.-

En fecha 31 de mayo de 2001, los coactivados interpusieron recurso de apelación contra el auto de 10 de mayo de 2001, recurso que fue concedido por auto de 5 de julio de 2001, elevándose obrados ante la Corte Superior de Distrito cuya Sala Civil Segunda. (sic)

1.7. AUTO DE VISTA DE 03/11/2004 QUE CONFIRMA LA RESOLUCIÓN APELADA POR LOS COACTIVADOS.-

La Sala Civil II del Distrito Judicial de Cochabamba, resolvió la alzada mediante Auto de Vista de 3 de noviembre de 2004, ***CONFIRMANDO el auto apelado de 10 de mayo de 2001, determinando en cuanto a la falta de fuerza coactiva y pago documentado opuesta que: 'Conforme la previsión del Art.363 del Código Civil, la extinción de obligaciones por compensación procede solo cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras.*** *Que, en el presente caso, la pretendida compensación no lleg6 a operarse ni puede tener lugar por las siguientes razones:*

> ***a)*** *Porque la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras mediante cartas SBJ/IAB/28870 de 01-11-2000 y SB/IAJ/24232 de 12-10-2001, dispuso que el Banco BISA reponga a favor de la Asociación accidental COINBOL JUVALGO las sumas de dinero por el pago irregular del Cheque No. 243604 y por US$.25.000****.- y por las transferencias indebidas que efectuó, instruyendo que dicha reposición sea efectivizada en una cuenta transitoria en la que deberá permanecer hasta que el órgano jurisdiccional resuelva los litigios que actualmente se encuentran en trámite entre las partes involucradas;*
>
> ***b)*** *Por cuanto* ***entre el Banco BISA S.A. y la Empresa Constructora JUVALGO S.R.L. y la Asociación Accidental COINBOL - JUVALGO, no existe relación reciproca de acreedores y deudores, requisito que es esencial para la compensación de obligaciones; y***
>
> ***c)*** *El hecho de que Julio Humberto Valenzuela sea representante legal tanto de la Empresa Constructora JUVALGO S.R.L. como de la Asociación Accidental*

COINBOL JUVALGO no importa que el Banco BISA S.A. y la Empresa Constructora JUVALGO S.R.L. sean recíprocamente acreedores y deudores.'

1.8 EXEPCIÓN 'PERENTORIA' POR CAUSAL SOBREVINIENTE

En fecha 2 de agosto de 2001, MARTHA FIORILO DE VALENZUELA Y JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES, por si y en representación de la EMPRESA CONSTRUCTORA 'JUVALGO LTDA.', con total deslealtad procesal y con el único objeto de impedir que el Banco pueda rematar las garantías reales para recuperar el crédito en ejecución, oponen excepción perentoria (por causal sobreviniente) demandando se declare extinguida e inexistente la obligación perseguida, con el argumento de que: ***'según carta de 30 de julio de 2.001 la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras hace conocer que habiendo realizado una inspección al Banco BISA ha determinado que en las operaciones por $us.17.000.-, Bs8.619 y pago del cheque No. 1195207 por $us.10.000 ha incurrido en errores operativos,*** *que han posibilitado las transferencias de la cuenta COINBOL-JUVALGO a una cuenta de COINBOL en forma indebida y el pago a la Estación de Servicio Cochabamba; determinando de esa manera la responsabilidad del Banco BISA S.A. referente al cheque No. 243602 del Banco de La Paz S.A. por $us.25.000, antecedentes con los que piden se declare extinguida e inexistente la obligación y la suspensión de ejecución de cualquier saldo que pudiera deberse'.*

1.9. AUTO QUE RECHAZA EXCEPCION PERENTORIA SOBREVINIENTE DE COMPENSACION DE DEUDAS INTERPUESTA POR LOS COACTIVADOS.-

En fecha 25 de agosto de 2001, el Banco BISA S.A. respondió la excepción perentoria opuesta solicitando su rechazo, habiendo el Juez Sexto de Partido en lo Civil por auto de 25 de febrero de 2004 RECHAZADO la excepción perentoria opuesta con los fundamentos legales siguientes:

> ***1.9.1.*** *Que la empresa JUVALGO LTDA. y los coactivados Julio Valenzuela Gonzales y Martha Fiorilo de Valenzuela no han demostrado la existencia de pago por compensación de deudas, porque no existe documento alguno de 'naturaleza exigible' que demuestre que el Banco BISA S.A. sea deudor de estos. Esto* ***debido a que, por una parte, por la vía administrativa, el ente regulador se ha inhibido del conocimiento de la denuncia interpuesta por Julio Valenzuela Gonzales (como persona natural) por las supuestas operaciones irregulares antes indicadas, mediante nota Nro.SB/IAJ/DOCUMENTO 13303 de 28 de mayo de 2001*** *suscrita por la Intendente de Asuntos Jurídicos Dra. Ivonne Quintela, al determinar:*
>
> > *'(...) que* ***la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras no ha emitido ninguna resolución dentro el reclamo formulado por Julio Valenzuela Gonzales contra el Banco BISA S.A.,*** *por el pago de cheques y por la transferencia de recursos de las cuentas de la Asociación Accidental COINBOL JUVALGO a cuentas particulares.*
> >
> > *Esta* ***determinación fue tomada por este organismo fiscalizador, al haber tomado conocimiento de un proceso coactivo segui-***

do por el Banco BISA S.A. contra Julio Valenzuela Gonzales y otra y de un proceso ordinaria seguido por este ultimo contra la mencionada entidad bancaria, en los que las autoridades judiciales han asumido competencia para resolver los conflictos presentados.'

1.9.2** Esta correcta determinación del ente regulador obedece justamente al hecho de que por otra parte, sobre este mismo asunto, actualmente **se continua ventilando el juicio ordinaria iniciado por Julio Valenzuela Gonzales en contra del Banco BISA S.A. ante el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de este Distrito Judicial que actualmente se encuentra con sentencia de primera instancia dictada en fecha 14 de noviembre de 2006.

1.10. APELACION DE LOS COACTIVADOS Y AUTO DE VISTA DE 06/02/2006 QUE ORDENA LA 'SUSPENSION' DE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO COACTIVO CIVIL HASTA QUE EXISTA SENTENCIA EJECUTORIADA DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO SEGUIDO POR LOS COACTIVADOS CONTRA EL BANCO BISA. S.A.-

La resolución de 25 de febrero de 2004, fue objeto de apelación por los coactivados.

Habiendo la Sala Civil II de la Corte Superior de Distrito pronunciado Auto de Vista en fecha 6 de febrero de 2006, revocando el auto apelado de 25 de febrero de 2004 **disponiendo:**

*'**la SUSPENSION DE LA PRESENTE EJECUCION COACTIVA, hasta que el Órgano Jurisdiccional resuelva los litigios que actualmente se encuentran en trámite entre las partes involucradas en ausencia de la compensación voluntaria prevista por el art. 375 del Código Civil, y de existir una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados** -se entiende- dentro dichos 'Litigios', la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una previa liquidación que deberá hacer llegar la institución bancaria ante el Juez a-quo, litigio que precisamente constituye la Demanda Ordinaria de resarcimiento por hechos ilícitos, mas daños y perjuicios, autorización judicial para pago con prestación diversa a la debida, en su caso compensación parcial, previa conciliación y devolución de diferencia, interpuesta por 'EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES' SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ('JUVALGO' LTDA., JULIO HUMBERTO VALENZUELAGONZALES y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA)' en contra del Banco BISAS.A. ante el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la Capital, **de cuyo resultado y una vez el fallo dictado adquiera calidad de cosa juzgada, 'de existir una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados, la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una previa liquidación que deberá hacer llegar la** institución bancaria ante el Juez a-quo, siendo precisamente ese el motivo por el que queda en suspenso la continuidad de la presente ejecución o el inicio de una nueva contra los ahora coactivados.'*

1.11. DEMANDA DE AMPARO CONSTITUCIONAL EMERGENTE DEL PROCESO COACTIVO CIVIL INTERPUESTA POR EL BANCO BISA S.A .. –

***1.11.1. Demanda de amparo.-** El 9 de junio de 2006, el Banco BISA S.A. interpuso recurso de amparo contra el Juez Sexto de Partido en lo Civil y los Vocales de la Sala*

Civil que pronunciaron el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006, por haber esta resolución vulnerado su derecho a la seguridad jurídica y la garantía al debido proceso, ya que la excepción perentoria opuesta en forma posterior a la emisión de la sentencia de fecha 16 de enero de 2001 no debió ser siquiera admitida, ya que en el proceso coactivo solo pueden ser tramitadas las excepciones previstas por el Art. 49 de la LAPCAF, debiendo ser rechazada toda otra excepción, solicitándose Tribunal de Garantías Constitucionales se deje sin efecto el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006, la prosecución del proceso coactivo y la calificación de daños y perjuicios por existencia de responsabilidad civil.

1.11.2. Resolución de 03.08.09.- *La Sala Penal Primera de la Corte Superior de Distrito de Cochabamba mediante Resolución de 3 de agosto de 2006, declaró improcedente el recurso, con el fundamento de que el Banco BISA S.A. habría consentido libre y expresamente la tramitación de la excepción perentoria sobreviniente de compensación al no haberse opuesto a los actos de tramitación de la misma.*

1.11.3. Sentencia Constitucional No.0548/2007 de 03/07/2007.- *El Tribunal Constitucional en consulta de la resolución de 3 de agosto de 2009, aprobó la misma con el fundamento de que los Vocales corecurridos accedieron a la tramitación y conceder la excepción sobreviniente planteada, ante la posibilidad de una compensación entre las partes, por la existencia de deudas mutuas, según determinó la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; cumpliendo de esa manera, su deber de administrar justicia ordinaria formal y material.*

*En consecuencia, esta SC. No.0548/2007 de 03/07/2007, ratificó el alcance del Auto de Vista de 6 de febrero de 2006, que - como tenemos antes expuesto - dispuso '**la SUSPENSION DE LA PRESENTE EJECUCION COACTIVA,** hasta que el Órgano Jurisdiccional resuelva los Litigios que actualmente se encuentran en trámite entre las partes involucradas en ausencia de la compensación voluntaria prevista por el art. 375 del Código Civil, **y siempre que exista una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales.** Es decir, en relación al Banco BISA .S.A**., hasta cuando concluya el proceso ordinario iniciado en su contra por JUVALGO L TDA., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela**.*

1.10 ESTADO ACTUAL DE LA DEMANDA COACTIVA CIVIL

1.10.1. Memorial de solicitud de caducidad de derechos de los coactivantes.-

*Por memorial de 29 de diciembre de 2008, los coactivados solicitan se declare la caducidad de los derechos del coactivante Banco BISA S.A., -dicen- por resistir **el Auto de Vista de 6 de febrero de 2006 dictado por la Sala Civil II de la Corte Superior de Justicia**, que según estos supuestamente dispondrá que el BISA S.A. debe efectuar una nueva Liquidación y de existir saldo a favor, accionar el derecho de cobrar ese saldo, y al no haberlo hecho dentro el plazo de 10 días concedido al efecto por el Juez de la causa por auto de 21 de agosto de 2006 dictado dentro la demanda coactiva, argumentan infructuosamente que se habría operado la caducidad de ese derecho otorgado al Banco BISA. S.A.*

1.10.2. Respuesta al incidente de pretensión de caducidad de los derechos de cobro de la acreencia por la línea de crédito en ejecución del Banco BISA S.A.

Por memorial de 12 de enero de 2009, el Banco BISA S.A. respondió esta ilegal solicitud, pidiendo al Juez de la causa se rechace la pretensión de los coactivados por improcedente y contrario al espíritu que informa el auto de vista de 6 de febrero de 2006 y consecuentemente, ***acompañando la sentencia dictada dentro el proceso ordinario iniciado por estos coactivados contra el BISA.,*** *que declara probadas nuestras excepciones de: falsedad, ilegalidad e improcedencia de la demanda; se ha pedido se deje sin efecto las providencias de 16 de mayo de 2006, 16 de junio de 2006 y auto de 21 de agosto de 2006, con los fundamentos siguientes:*

> **-** *Que, el señalado Auto de Vista de 6 de febrero de 2006 ha dispuesto: 'sin embargo de existir una '****posible'*** *compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados, la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una previa liquidación que deberá hacer llegar la institución bancaria ante el Juez a-quo, por lo que queda en suspenso la continuidad de la presente ejecución o el inicio de una nueva que pueda hacer la institución bancaria contra los ahora coactivados, esto en virtud precisamente a las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras de fecha 12 de octubre de 2001 ratificada mediante carta de 20 de marzo de 2002 dirigida a la Vicepresidencia del Banco BISA, en cuya parte pertinente señala:* ***'precautelando los intereses de esa entidad y teniendo en consideración que la sustanciación de los procesos judiciales representa una contingencia legal para el banco, esa entidad debe constituir dentro de las 48 de recibida la presente carta, los montos de $US. 25.000, $US. 17.000, Bs. 8.619 en una cuenta transitoria en la que deberán permanecer hasta que el órgano Jurisdiccional resuelva los litigios que actualmente se encuentran en trámite entre las partes involucradas ... '*** *(textual).*
>
> **-** *Que, consecuentemente, el auto de vista de 6 de febrero de 2006 ha dispuesto la* ***SUSPENSION DE LA PRESENTE EJECUCION COACTIVA, hasta que el órgano Jurisdiccional resuelva los litigios que*** *actualmente* ***se encuentran en trámite entre las partes*** *involucradas en ausencia de la compensación voluntaria prevista por el art. 375 del Código Civil, y de* ***existir*** *una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados -se entiende dentro-dichos 'Litigios', la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una previa liquidación que deberá hacer llegar la institución bancaria ante el Juez a-quo,* ***litigio*** *que precisamente constituye la Demanda Ordinaria de resarcimiento por hechos ilícitos, mas daños y perjuicios,* ***autorización judicial*** *para pago con prestación diversa a la debida,* ***en su caso compensación parcial, previa conciliación y devolución de diferencia,*** *interpuesta por 'EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES' SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 'JUVALGO' LTDA., JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA' en contra del Banco BISA S.A. ante el Juzgado Primero de Partido en lo Civil de la Capital, de cuyo resultado y una vez el fallo dictado adquiera calidad de cosa juzgada, 'de existir una posible compensación de la obligación demandada entre los sujetos procesales mencionados, la extinción de la obligación que pueda ser parcial o total tendrá que depender de una previa liquidación que deberá hacer llegar la institución bancaria ante el Juez a-quo.*

- Por lo que, lamentablemente este proceso coactivo civil, por el motivo antes señalado queda en suspenso la continuidad de la presente ejecución o el inicio de una nueva contra los ahora coactivados, razón por la que mal se puede pretender que nuestra institución -sin el previo fallo ejecutoriado que debe emerger de dicha acción ordinaria- presente una nueva liquidación descontando ya $us. 25.000, US$.17.000 y Bs. 8.619 como se pretendió con las providencias de 16 de mayo de 2006, 16 de junio de 2006 y auto de 21 de agosto de 2006, en errónea interpretación del auto de vista de 6 de febrero de 2006 dictadas por el Juez Sexto de Partido en lo Civil de la Capital, inducido en error por los propios coactivados que obtuvieron indebidamente esa orden para que nuestra institución descuente de la deuda $us. 25.000, 17.000 y Bs. 8.619, ***cuando este aspecto esta aun pendiente de discusión en el referido proceso ordinario, en el que, además ya existe sentencia de primera instancia dictada en fecha 14 de noviembre de 2006*** *que ha determinado que simplemente el BISA S.A. debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados al CONSORCIO COINBOL JUVALGO LTDA, por los desembolsos efectuados de $us.17.000 y Bs. 8.619 a favor de la Empresa COINBOL LTDA, representada por MARIO LOPEZ PRADA Y ZULENA LOPEZ DE LOPEZ, averiguables en ejecución de sentencia y que a su vez ha sido apelada por ambas partes.*

1.10.3. <u>Incidentes pendientes de resolución.-</u> *A la fecha, ambos memoriales se encuentran pendientes de resolución, por el juez de la causa, en el Juzgado de Partido Sexto en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba.*

<u>2. DEMANDA ORDINARIA INTERPUESTA POR 'JUVALGO LTDA.', JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA"EN CONTRA DE BANCO BISA S.A."</u>

2.1 DEMANDA ORDINARIA.-En fecha 23 de agosto de 2000, la 'EMPRESA CONSTRUCTORA JULIO VALENZUELA GONZALES' SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ('JUVALGO' LTDA.), JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES Y MARTHA FIORILO DE VALENZUELA, en la vía ordinaria demandaron al Banco BISA S.A., lo siguiente:

- El pago de US$.25.000.- por el supuesto deposito indebido de un cheque, mas las transferencias irregulares por US$.17.000.- y Bs8619.- a título de resarcimiento, más intereses ordinarios y penales, a la misma tasa bancaria estipulada en la línea de crédito, otorgada a la empresa JUVALGO LTDA.

-Se declare que los hechos ilícitos cuyo resarcimiento es demandado han generado la imposibilidad sobreviniente de la empresa JUVALGO LTDA. para el pago de intereses corrientes, penales, comisiones y formularios.

- Se declare la compensación parcial entre los montos de capital e intereses, resultantes del resarcimiento por los hechos ilícitos, con un monto igual del saldo deudor a capital de la línea de crédito adeudada por la empresa JUVALGO LTDA.

- En ejecución de sentencia se califique la falta de ganancia y el daño moral a la empresa constructora JUVALGO L TDA.

- Que los daños causados, se encuentran los gastos ocasionados ante la Superintendencia de Bancos y en este proceso ordinario; así como honorarios de abogado en ambos casos.

- (Y contradictoriamente) Solicita autorización judicial, para dar en dación en pago el inmueble ubicado en Av. Libertador Bolívar (en garantía por la línea de crédito).

2.2 EXCEPCIONES OPUESTAS POR BANCO BISA S.A.

*Mediante memorial de 28 de septiembre de 2000, el Banco BISA S.A. responde a la demanda negándola en todas sus partes y oponiendo las excepciones perentorias de**: Falsedad, improcedencia, ilegalidad, falta de acción, derecho y personería de JUVALGO LTDA. y de Julio Valenzuela Gonzáles y Martha Fiorilo de para deducir acciones por el 'Consorcio Coinbol Juvalgo'***

2.3 PRUEBAS APORTADAS POR EL BANCO BISA S.A.-

***Dentro el plazo de ley, el Banco BISA.S.A** aportó las siguientes pruebas y probó los siguientes hechos:*

2.3.1. DE LAS PRUEBAS DE DESCARGO DE LAS OPERACIONES IMPUGNADAS.-

2.3.1.1. Plena validez legal del depósito del Nro. 243602 por US$.25.000.- girado contra el Banco La Paz S.A .. –

- ***a)*** *Como consta a FS.304 y 513, de la propia prueba aportada por los adversos, en fecha 4/07/1996 el cheque Nro. 24360222 por la suma de US$.25.000.- del Banco LA PAZ S.A. a la orden del BANCO INDUSTRIAL S.A., fue depositado por orden del tenedor del mismo, Sr. Mario López P., a la cuenta Nro. 23062011 de COINBOL S.R.L., empresa asociada al CONSORCIO COINBOL JUVALGO. Este cheque fue cobrado vía Cámara de Compensación.*
- ***b)*** *Como se acredita a fs.304, en este cheque no existe en su texto ninguna restricción, por lo que el depósito fue de absoluta responsabilidad del tenedor, el Sr. Mario López, respecto a su cobro y destino.*
- ***c)*** *El sello de 'Banco Industrial S.A. – CRUZADO' en el titulo valor fue colocado por personeros del BISA, en forma posterior al depósito y única y exclusivamente para efectos del cobro mediante Cámara de Compensación.*
- ***d)*** *Es inadmisible la aplicación del Art. 64 del Código de Comercio respecto al cheque de US$.25.000.-- girado contra el Banco de La Paz S.A., por las siguientes razones legales:*

d.1) *El tenedor del cheque no era el BISA, el tenedor del cheque era Mario López Prada, representante legal de la empresa asociada a dicho CONSORCIO.*

d.2) *El cheque fue girado con cargo al Banco La Paz S.A. no con cargo al Banco BISA S.A.*

d.3) *En el memo del cheque es falso que hubiere rezado una instrucción textual de 'para pago de obligaciones', el cheque señala expresamente en la parte inferior izquierda **'PAGO OBRAS'**, es decir, que fue utilizado como instrumento de cancelación el cheque y ese texto **no constituye limitación ni causa para oponerse al depósito efectuado por el tenedor MARIO LOPEZ PRADA.***

d.4) *El Banco no 'pagó' a un tercero el cheque, el BISA sólo cobro mediante Cámara de Compensación el cheque que se le depositó en cobranza y que era de la Cta. Cte. del CONSORCIO en el BANCO LA PAZ S.A.*

d.5) *Por lo tanto, siendo un cheque girado contra otro BANCO, si se quería restringir la negociabilidad de este, no se podría haber omitido por ningún motivo la* ***'expresión para abono en cuenta'*** *u otra equivalente o las 'rayas transversales de cruzado', para que en tal caso fuera cobrado únicamente por el BISA y a favor exclusivamente del CONSORCIO, de conformidad con lo ordenado por losArts. 626 o 623 y 624 del Cdgo. de Comercio.*

d.6) Queda demostrado que el Banco no ha 'negociado' ese cheque, solo se ha limitado exclusivamente a cobrarlo, por lo que no ha transgredido el Art. 604 del Cdgo. de Comercio.

d.7) *El texto de 'pago obras' se entiende como pago por el girador al tenedor del cheque por ese concepto, por lo que no entra dentro lo establecido en el Art. 626 del Cdgo. de Comercio.*

2.3.1.2 Sobre la transferencia de $us. 17.000.-

En cumplimiento de lo dispuesto en el auto de relación procesal de fecha 8 de marzo de 2001, como consta a fs.169 vlta., queda plenamente probado de la propia prueba aportada por el propio demandante y legalizada por nosotros, que en fecha 4.07.96 se procedió a la transferencia de $US. 17.000.- de la cuenta No. 2059252012 del Consorcio COINBOL - JUVALGO a la cuenta Nº.23062011 de la empresa COINBOL S.R.L. (fs. 577), ***de acuerdo con la solicitud por el Ing. Mario López Prada representante de COINBOL S.R.L., empresa asociada al indicado CONSORCIO. Operación que fue dada por bien hecha por Julio Valenzuela - como se tiene demostrado por carta ECJ/073/98 de 19/10/1998 de fs. 194 y que se ha probado que se encuentra registrada en los respectivos estados contables del CONSORCIO que cursan a fs. 181, 183 y 188 y ratificada a fs.620, 622 y 627 del expediente. Prueba que fue presentada por el mismo Julio Valenzuela Gonzales dentro del Juicio Ordinario que le han iniciado las empresas parte del Consorcio Coinbol Juvalgo, en decir la empresa COINBOL LTDA y CONTECO LTDA., que radica en el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba.***

2.3.1.3 Transferencia Bs 8.619.-

De igual manera, a fs.56 y 57 del expediente, se demuestra que en fecha 26.06.96 se procedió a la transferencia de Bs. 8.619.- de la cuenta Nro. 205650010 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la cuenta Nro. 21000019 del Sr. Mario López Prada (fs. 581), ***que fue instruida por la Sra. Zulema de López que tenia firma habilitada para el manejo de la cuenta del Consorcio COINBOL - JUVALGO,*** *como se desprende del registro de firmas de fecha 26/04/1996 de fs. 741. Operación que también fue dada expresamente por bien hecha por Julio Valenzuela Gonzales - como se tiene demostrado - por carta ECJ/073/98 de 19/10/1998 de fs. 194 y que de igual manera, se ha probado que fue registrada en los respectivos estados contables del CONSORCIO que cursan a fs. 180, 182, 184 y 187 y ratificadas a fs.619, 621, 623 y 626 del expediente.*

2.3.2 HECHOS NO PROBADOS POR LOS DEMANDANTES: JUVALGO LTDA., JULIO VALENZUELA Y ESPOSA.-

Además, de no haber enervado toda la prueba de descargo presentada de nuestra parte, los demandantes, por todo lo hasta aquí expuesto, tampoco han podido probar los otros hechos ordenados por el auto de 8 de marzo de 2001; que se señalan a continuación:

2.3.2.1. Inexistencia de prueba alguna, sobre que el Banco BISA S,A. por tales tres operaciones del CONSORCIO le habría ocasionado iliquidez u otro daño a JUVALGO LTDA. para pagar lo que adeuda al Banco BISA S.A.-

a) *Suficientemente demostrado como está, se tiene que las tres operaciones impugnadas están comprendidas y registradas en los balances y estados de cuenta del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y fueron importes traspasados y para ser cancelados a la empresa asociada COINBOL S.R.L.*
b) *No existe prueba alguna que demuestre que estas tres operaciones indebidamente demandadas como irregulares dentro el presente proceso, hayan tenido como destino el pago a favor de JUVALGO LTDA. y/o a favor de Julio Humberto Valenzuela Gonzales y/o de su esposa Martha Fiorilo de Valenzuela.*
c) *En consecuencia, si existe iliquidez de la empresa JUVALGO LTDA., esta no se debe a tales operaciones impugnadas o a la falta de colaboración del BISA, sino a su deficiente administración.*

2.4. ALEGATO EN CONCLUSIONES DEL BANCO BISA S.A. PARA QUE SE DICTE SENTENCIA

Por memorial de fecha 4 de noviembre de 2005, el Banco BISAS.A., presentó su alegato en conclusiones, en el que además de dejar expresamente establecida la relación de los hechos probados de nuestra parte y no probados por los demandantes JUVALGO LTDA. y Julio Valenzuela Gonzales y esposa, se expusieron los siguiente fundamento de orden legal.

2.4.1. Inaplicabilidad e impertinencia de autorización de dación en pago con prestación diversa a la debida.-

Como se tiene demostrado, no teniendo efecto jurídico alguno los acuerdos o contratos de financiamiento de la empresa JUVALGO LTDA. con los otros asociados y/o terceras personas y probada que esta, la improcedencia de cualquier imaginaria compensación, por no ser el Banco BISA S.A. deudor de los demandantes; tampoco estos han podido justificar la aplicabilidad del Art. 363 del Cdgo. Civil, para permitir la procedencia de autorización alguna de prestación diversa a la debida y menos, si jamás el BISA ha manifestado su conformidad con esta modalidad de oferta de pago, por lo que no reúne los requisitos legales para su procedencia.

2.4.2. Pruebas de cargo extemporáneas y en contravención de los Arts.1305-I y 1283 del Cdgo. Civil.-

Con relación a las pruebas de cargo presentadas por el demandante Julio Valenzuela, con memorial de fecha 10 de marzo de 2004, solicito se considere los argumentos contenidos en el 'otrosí' de nuestro memorial de fecha 18 de marzo de 2004.

2.5. SENTENCIA DICTADA DENTRO LA DEMANDA ORDINARIA, QUE DECLARA PROBADAS LAS EXCEPCIONES DEL BANCO BISA S,A. CON EXCEPCION DE LA DE FALTA DE ACCION.-

2.5.1. *La sentencia dictada dentro este proceso ordinario, en fecha 14 de noviembre de 2006, ha declarado:*

*'probada en parte la demanda y **probadas las excepciones perentorias de falsedad, ilegalidad e improcedencia e improbada la falta de acción opuestas por el Banco BISA S.A**.'(sic) (El subrayado y negrillas son nuestros)*

En consecuencia, ha dispuesto:

*- Que **el Banco BISA S.A**. **por intermedio de sus personeros legales debe resarcir única y exclusivamente los daños y perjuicios ocasionados al CONSORCIO COINBOL JUVALGO LTDA,, por los desembolsos efectuados de $us.17.000 y Bs8,619** a favor de la Empresa COINBOL LTDA, representada por MARIO LOPEZ PRADA Y ZULENA LOPEZ DE LOPEZ, averiguables en ejecución de sentencia.*

Resolución que esencialmente se funda en la motivación y fundamento sostenido por el juez de la causa en el numeral 20) del 'CONSIDERANDO I'(Hechos Probados y Hechos No Probados) de la sentencia, al determinar:

***"20).- Las excepciones perentorias de falsedad, improcedencia e ilegalidad opuestas a la demanda por el BANCO BISA S.A. están probadas y todo porque la pretensión de la parte demandante destinada a obtener en principio la restitución de $us.- 25.000, $us.17.000.- y Bs.- 8.619 a su favor, así como el reconocimiento de pago de los intereses ordinarios y penales con la misma tasa bancaria estipulada en la Línea de Crédito por el pago indebido; resulta siendo falsa e inconsistente legalmente, en el entendido de que el BANCO BISA S.A. no tiene porque restituir los referidos desembolsos y menos aún pagar intereses a favor de la empresa JUVALGO LTDA.** En todo caso y por deducción lógica se entiende que los obligados a devolver tendrán que ser MARIO LOPEZ PRADA Y ZULEMA LOPEZ DE LOPEZ quienes como solicitantes se han beneficiado con los desembolsos mencionados; consecuentemente y reiterando, son ellos los llamados a rembolsar a las cuentas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO los montos señalados precedentemente y en su caso pagar los intereses respectivos, si acaso corresponde; por lo demás resulta ser una pretensión ilegal y por supuesto improcedente conforme a las normas legales en vigencia. Similar situación ocurre con la solicitud de dación de pago con prestación diversa por orden judicial; todo ello simplemente porque los demandantes en su calidad de representantes de JUVALGO no han acreditado categóricamente que los ya nombrados desembolsos han sido la causa fundamental de la supuesta iliquidez de la nombrada empresa y por tanto del CONSORCIO COINBOL JUVALGO; por tanto corresponde declarar probadas las excepciones nombradas precedentemente.*

B.- HECHOS NO PROBADOS

***1.- Los demandantes no han demostrado con prueba fehaciente y pertinente que el BANCO BISA está en la obligación de restituir las sumas de $us.- 25.000, $us.- 17.000 y Bs.- 8.619, entregadas por el BANCO BISA S.A. a favor de MARIO LOPEZ PRADA Y ZULEMA LOPEZ DE LOPEZ en su condición de representante de COINBOL**, más aun si se considera que el primer desembolso de $us.- 25.000 realizado mediante cheque No. 243602 fue autorizado por el actor JULIO VALENZUELA GONZALES cuando fungía de Gerente General del Consorcio COINBOL JUVALGO y también de administrador de los recursos económicos del mencionado Consorcio y lo que precisamente resulta destacable, es que como emergencia de aquella apropiación ilícita cometida por Mario López y esposa quienes se beneficiaron con aquellos dineros en detrimento del consorcio, el actor Julio Valenzuela les ha instaurado querella criminal por el delito de abuso de confianza en virtud a que Mario López no tenía firma registrada en el banco para hacer movimientos bancarios y así desviar fondos a su cuenta personal y también por el delito*

de apropiación indebida; toda vez que se aprovecho de dineros que no eran de su propiedad; hechos que corrobora la sentencia cursante de fs. 877 a 892. Como podrá advertirse la referida sentencia condena a tres años de reclusión a Mario López Prada y Zulema López por los referidos delitos y por supuesto al resarcimiento de daños civiles en ejecución de sentencia, que obviamente se refiere a la devolución de los $us.25.000, 17.000 y Bs. 8.169; consecuentemente y entre tanto no se tenga una sentencia ejecutoriada en lo penal, bajo ningún concepto se puede activar la vía civil alternativamente para la recuperación de aquellos dineros, en el entendido de que la recuperación de los dineros reclamados, de confirmarse la sentencia en todas sus instancias, será indefectiblemente por la misma vía. A todo ello se suma que, por su lado, los procesados han iniciado una demanda de rendición de cuentas contra Julio Valenzuela Gonzales precisamente para justificar la inversión de esos dineros; de modo que mientras aquella no alcance el carácter de cosa juzgada, queda igualmente vedada la posibilidad de incoar paralelamente la presente demanda, maxime si se toma en cuenta que emergente de la solicitud de enmienda y complementación la Jueza Tercero de Instrucción en lo Penal por auto del 16 de febrero del 2005 (fs. 892) excluye de toda responsabilidad al BISA.'

2.- *Del mismo modo,* ***los actores no han acreditado su pretensión de que los desembolsos realizados a favor de Mario López Prada y Zulema López de López hubieren ocasionado la iliquidez de la empresa JUVALGO LTDA.*** *(sic) (Las negrillas y subrayados son nuestros).*

2.5.2. *Por lo tanto, en el 'CONSIDERANDO III 'de la referida sentencia, el Juez Primero de Partido en lo Civil, dejó expresamente establecido que JUVALGO LTDA. y Julio Valenzuela Gonzales y esposa, que no corresponde al Banco BISA S.A., la devolución del importe de US$.25.000.- correspondiente al cheque girado contra el Banco La Paz S.A., así como tampoco tiene la obligación de restituir los importes del capital por las transferencias por US$.17.000.- y Bs8.619.-; debido a los siguientes hechos demostrados de nuestra parte, reconocidos en esta parte considerativa y a los fundamentos legales fijados en criterio del Juez de la causa:*

2.5.2.1 Respecto a la validez legal del cheque por US$. 25000.-

Asimismo, la sentencia en el 'CONSIDERANDO III' determina expresamente respecto al cheque de US$.25.000.-, que esta operación respecto al banco BISA S.A. es plenamente válida y legal:

'Que, no obstante de la pretensión del actor, el Art.621 del Código de Comercio determina que 'El Banco responde de las consecuencias del pago de un cheque, en los siguientes casos: 1) Cuando la firma del girador fuese notoriamente falsificada; 2) Cuando estuviera visiblemente alterada, haciendo dudosa su autenticidad; 3) Cuando el cheque no reuniera los requisitos señalados en el Art.600; 4) Cuando el cheque no correspondiera a los talonarios o formularios proporcionados al girador de conformidad con lo dispuesto por el Art. 601 y 5) Cuando habiendo recibido aviso oportuno del titular y por escrito pagare cheques extraviados o robados. Asimismo, el Art.1352 del citado código dispone que: 'Las cuentas corrientes abiertas a nombre de dos o más personas podrán manejarse en forma indistinta o conjunta según lo convenido con el Banco...

En las cuentas indistintas cualquiera de los titulares por sí solo y sin necesidad de la intervención de los restantes titulares podrá disponer de los fondos de las cuentas, pero las responsabilidades serán solidarias. El carácter indistinto y la forma de disponer el saldo en caso de muerte de alguno de los titulares deben constar en el contrato. En su defecto, se presume que la cuenta es conjunta. En las cuentas conjuntas ninguno de los titulares, individualmente considerados, podrán ejercer tales derechos sino es con la intervención de los restantes titulares' Las orientadoras citas permiten entender que el

CONSORCIO COINBOL JUVALGO hizo la apertura de dos cuentas corrientes tanto en dólares americanos como en moneda nacional; tramite que fue de conocimiento del ente bancario demando y algo más, como ya se mencionó línea arriba, advirtió que para el pago de cualquier cheque debían existir tres firmas autorizadas, la de JULIO H. VALENZUELA GONZALES, ZULEMA NORAH LOPEZ DE LOPEZ Y LUIS O. TORREZ GOMEZ ORTEGA; sin embargo y por lo acreditado con la prueba documental ofrecida en el proceso, ***se ha verificado que el cheque signado con el No.243602 por la suma de US$.25.000.- del Banco de La Paz S.A. girado al Banco BISA S.A. contiene la inscripción 'PAGO OBRAS' sin ningún otro impedimento o restricción, título valor que por propia confesión del ahora demandante Julio Valenzuela Gonzales (que tenía firma autorizada), expresada mediante carta o nota de fecha 2 de agosto de 2005 (Fs.583) fue suscrito por el mismo, con el advertido de que por esa época fue designado encargado del manejo de los recursos económicos del consorcio; hechos que en definitiva permiten colegir que el desembolso de los US$.25.000.- contó con el aval del actor, por lo demás y en conocimiento de la inexistencia de restricción alguna, aquel cheque fue pagado por el Banco BISA S.A. a favor del tenedor Mario López Prada y luego depositado en la cuenta corriente No.23062011 de la empresa COINBOL S.R.L., en cumplimiento a lo determinado por el Art.623 del Código de Comercio.***

Resulta igualmente oportuno aclarar que en ausencia de las línea paralelas diagonales trazadas en el anverso del título valor (Cheque cruzado) se llegó al convencimiento de que el Banco de La Paz S.A. no era el único autorizado para cobrar; determinación contenida en el Art.624 del nombrado código y tampoco se verificó ninguna otra restricción como la fijada por el Art.626 traducida en la expresión 'PARA ABONO EN CUENTA' u otra equivalente que en muchos casos prevé el girador. ***En conclusión, por las anotaciones hechas se infiere que indefectiblemente resultó una operación correcta autorizar al Banco BISA S.A. abonar el importe del cheque a la cuenta corriente del tenedor, es decir, de MARIO LOPEZ representante de COINBOL, consiguientemente insistir en la devolución del monto de US$.25.000.- no surte efecto legal alguno, considerando que el demandante Julio Valenzuela Gonzales, tuvo pleno conocimiento del cuestionado giro, sin embargo como administrador de los recursos económicos de COINBOL JUVALGO****, es más, tiendo firma autorizada, no interpuso en su momento restricción alguna en el titulo valor para impedir que éste termine en cuentas ajenas al consorcio, sumándose a todo ello que el propio actor por nota ECJ 020/96 instruyo al Banco BISA S.A. a no dar curso a operación alguna sin su autorización escrita, lo que quiere decir que si en tales circunstancias no hizo nada pese a contar con esas facultades, simplemente que ha avalado la discutida transacción, de modo que pretender a la hora nona la devolución de la suma que el mismo autorizó con su propia firma, definitivamente hace intrascendente su restitución por parte del Banco BISA S.A.' (sic) (Las negrillas y subrayado son nuestros)*

2.5.2.2. En cuanto a la 'no restitución' de los importes por las transferencias de US$.17.000.- Bs8.619.-

En el mismo 'CONSIDERANDO III' de la sentencia dictada en primera instancia, se determina expresamente respecto a la devolución del importe de las transferencias por US$.17.000.- y 8.619.- que:

'En otro orden de cosas, referente a los traspasos de US$.17.000.- de la cuenta corriente No.020-595-201-2 del CONSORCIO COI NBOL JUVALGO a la cuenta No.23062011 de COINBOL y de Bs 8619.- de la cuenta No.020595-001-0 de COINBOL - JUVALGO a la cuenta No.0021000019 de MARIO LOPEZ y ZULEMADE LOPEZ, transacciones que conforme permite entender la prueba documental acompañada y en especial la nota cursante de fs.511 a 512 corroborada por la prueba de fs.54, 55 y 56; fueron realizadas sin cumplir los requisitos de ley, mucho menos cursan en obrados la autorización de dichos traspasos a

*cuentas ajenas del consorcio COINBOL - JUVALGO por las personas que contaban con firmas autorizadas para proceder con aquellas transacciones bancarias a otras cuentas; máxime si por propia confesión de la institución bancaria aquellos traspasos fueron solicitados primero por MARIO LÓPEZ PRADA (US$.17.000.-) sin que este tuviera una autorización expresa y por ZULEMA LOPEZ DE LOPEZ(Bs. 8.619-) traspasos que se hicieron irregularmente, ya que ninguno de los nombrados estuvo habilitado para realizar transacciones bancarias de esta naturaleza y más todavía a consentir por cuenta propia sin la intervención de los restantes socios autorizados, desembolsos a favor de terceras personas y peor aún en beneficio propio como ocurrió en el caso presente. Todas esas anomalías que lindaron precisamente en una conducta delictiva, están probadas documentalmente en las sentencia pronunciada por el Juzgado de Instrucción Penal Liquidador No.3 de fecha 3 de febrero de 2005(Fs. 877 a 892) en la que tanto MARIO LÓPEZ PRADA como ZULEMA LOPEZ DE LÓPEZ, han sido declarados autores de los delitos de abuso de confianza y apropiación indebida, quienes al margen de ser sancionados penalmente han sido condenados al pago de daños y perjuicios averiguables en ejecución de sentencia; en consecuencia se admite como verdad irrebatible que Mario López y Zulema López de López están conminados a restituir los $us. 25.000 y 17.000 y Bs. 8.619- montos con los que se han beneficiado o apropiado indebidamente en detrimento del consorcio, lo que permite colegir que, aun cuando el banco hubiera incurrido en irregularidades administrativas o negligencia, esta constatado que aquellos dineros no han ido a parar a las cuentas del banco o de alguno de sus ejecutivos**, por tanto el BANCO BISA S.A. no está obligada a restituir, por la simple y lógica conclusión de que penalmente se ha establecido a los verdaderos autores y beneficiados ilegalmente con aquellas sumas, de suerte que como ya se ha manifestado líneas arriba, entre tanto no esté ejecutoriada la citada sentencia cualquier posterior acción o demanda queda supeditada a los resultados finales de la querella., de otro modo resulta un contrasentido accionar dos vías probablemente en procura de ver cuál de ellas resulta siendo más eficaz y lo peor de todo pretender desplazar la responsabilidad a otros sujetos que no están Legitimados procesalmente para resarcir o devolver las cantidades reclamadas. (sic) ()***

2.6. RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR JUVALGO LTDA.- Y JULIO VALENZUELA GONZALES Y ESPOSA CONTRA LA SENTENCIA DE 14/11/2006 QUE DECLARA PROBADAS LAS EXCEPCIONES DEL BANCO BISA S.A. DE: FALSEDAD, ILEGALIDAD E IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA.-

Por memorial de 4 de diciembre de 2006, interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se dicte Auto de Vista, declarando probada la demanda e inexistentes, las excepciones perentorias opuestas por el Banco BISA S.A., que fueron declaradas probadas.

***2.7. EL BANCO BISA S.A. RESPONDIÓ LA APELACIÓN INTERPUESTA POR* JUVALGO LTDA. y OTROS y AL MISMO TIEMPO APELÓ (SOLO EN PARTE) INTERPUESTA POR EL BANCO BISA S.A. CONTRA LA SENTENCIA.-**

***2.7.1.** El Banco BISA S.A. mediante memorial de fecha 21 de diciembre de 2006, en su parte principal, respondió la apelación de la empresa JUVALGO LTDA. y Julio Valenzuela Gonzales y esposa, solicitando se confirme la misma en la parte que declara probadas las excepciones de falsedad, ilegalidad e improcedencia, en atención a los siguientes hechos y fundamentos legales:*

***2.7.1.1.** Que, la sentencia ha sido pronunciada cumpliendo estrictamente los requisitos establecidos por el Art. 192 del Cdgo. de Pdto. Civil en lo que respecta a las excepciones perentorias de falsedad, ilegalidad e improcedencia formuladas por el Banco BISA S.A..*

2.7.1.2. *En la sentencia se ha hecho una valoración correcta de la prueba y se ha aplicado con precisión el Art. 397 del Código Adjetivo, para declarar probadas las excepciones perentorias de falsedad, ilegalidad e improcedencia oportunamente opuestas por el Banco BISA S.A., no tendiendo ningún fundamento legal los latosos y forzados comentarios y cuestionamientos que hacen los apelantes en el recurso que respondo.*

2.7.1.3. *Que en cuanto a lo que arguyen los apelantes que el ofrecimiento de prueba no se ajusto a las normas del Código de Procedimiento Civil al haber firmado la proposición de prueba el abogado patrocinante. Respecto de esta alegación, se tienen los siguientes antecedentes:*

a) *Por auto de Fs. 169 - 170 de 8/03/01 se sujeto la causa a prueba, notificándose a las dos partes el 19/03/01.*

b) *El Banco BISA S.A. ofreció prueba mediante memorial de 24/03/01, Fs. 195 196, que fue providenciado admitiendo la proposición de prueba el 31/03/01 a Fs. 196 vta., notificándose a JUVALGO LTDA., el 5/04/01.*

Cualquier observación u objeción a ese proveído debía hacerse dentro de los tres días siguientes a la notificación.

c) *JUVALGO LTDA., mediante memorial de 7/04/01 que cursa a Fs. 254 255 se pronuncio sobre los documentos acompañados en calidad de prueba por el Banco BISA S.A. con su memorial de Fs. 195. JUVALGO no objetó la proposición de prueba u, por el contrario aceptándola, se pronuncio respecto de la prueba acompañada.*

d) *JUVALGO recién el 16/04/01 con memoria de Fs. 261 fechado el 11/04/01 pide revocatoria y mutación del proveído de Fs. 196 vta. De 31/03/01 mencionado en el inciso b).*

e) *Mediante auto de Fs. 336 de 7/05/01 se rechazó el incidente de revocatoria y mutación de JUVALGO referido en el inciso precedente. JUVALGO pidió explicación y complementación con memorial de FS. 487, que fue rechazado mediante auto de 14/05/01, Fs. 487 vta. Contra este auto y el auto de fs. 336 JUVALGO no planteó recurso alguno.*

2.7.1.4. *Al formular la apelación, los recurrentes han ignorado que la relación procesal está dividida en fases o etapas, debiendo los actos judiciales realizarse en la fase o etapa determinada por el Código Procesal y dentro de los plazos fijados al efecto. El paso de un estadio al siguiente, supone la clausura del anterior, de tal manera que los actos procesales cumplidos quedan firmes y no puede volverse sobre ellos. En esto la preclusión que es el efecto que tiene un estadio procesal de clausurar el anterior.*

Cualquier observación a la proposición de prueba de Fs. 195 debería hacerse dentro de los tres días siguientes a la notificación a JUVALGO. Al no haber formulado JUVALGO ninguna observación dentro ese plazo y, por el contrario, haber realizado actuaciones judiciales reconociendo legitimidad y valor legal de la proposición de la prueba (memorial de JUVALGO de 7/04/01, Fs. 254 - 255), se operó la preclusión de la fase y derecho de impugnar la prueba propuesta por el Banco BISA.

A esta preclusión legalmente incuestionable, se añade el hecho de que JUVALGO consistió en la ejecutoria de los autos fs. 336 y 487 vta. Que se encuentran ejecutoriados.

En consecuencia son impertinentes las alegaciones de JUVALGO respecto del ofrecimiento de prueba hecho por el Banco Bisa S.A.

***2.7.1.5.** El Banco Bisa S.A.**no tiene deuda ni obligación alguna para con JUVALGO LTDA., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela, por lo que su pedido de compensación es una pretensión que no tiene respaldo de ninguna índole**. Sobre este asunto debe tenerse en cuenta:*

***a)** El demandante Julio Valenzuela Gonzales inició ante la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) una denuncia administrativa, pidiendo se ordene la reposición de fondos por tres operaciones de las cuentas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO que son las mismas cuya compensación pretende en este proceso.*

b)** Las instrucciones del ex Intendente Fernando Paz Baldivieso de 27/09/2000, que cursa a fs.388 y 394 y la del Intendente General Efraín Camacho, carta 18738 de fecha 30/07/2001, que cursa a fs.603 **fueron dejadas sin efecto** **ante la representación e impugnación administrativa, efectuada por el Banco BISA S.A., conforme evidencian los actuados de fs.511 a 569, en los que consta que esas instrucciones contenían vicios legales.

***c)** La única orden vigente de la SBEF, respecto de las operaciones antes indicadas. se refiere a la previsión contable, que **por razones simplemente de prudencia administrativa**. se nos ha instruido realizar. tal cual se constata plenamente en la carta Nro.SB/ISB/D-13144/2002 de fecha 20 de marzo 2002, **que cursa a fs.646** del expediente, cuyo único motivo es la contingencia que improbablemente podría emerger de esta forzada demanda ordinaria, interpuesta únicamente por JUVALGO LTDA. y por Julio Valenzuela Gonzales y su esposa, contra el Banco BISA S.A.*

d)** La pretensión adversa de pago con prestación diversa a la debida o compensación de deudas, es impertinente y no ha sido probada. **La deuda de JUVALGO LTDA. para con el Banco BISA S.A. tiene que pagarla con su plata y dentro de los plazos y condiciones establecidas en el contrato de línea de crédito suscrito únicamente con JUVALGO LTDA. y los demandantes.

***e)** De conformidad al Art.363 del Código. Civil, la compensación de deudas procede cuando dos personas con capacidad de disposición, son **recíprocamente** **deudoras y acreedoras**. En este caso, ha quedado absolutamente demostrado lo siguiente:*

> *i. **El Banco BISA S.A. no adeuda suma alguna a la empresa constructora JUVALGO LTDA. y menos a Julio Valenzuela Gonzales ya su esposa Martha Fiorilo de Valenzuela, por lo tanto. estos no tienen calidad de acreedores del Banco BISA S.A**.*
>
> *ii. **En el hipotético no admitido, que el CONSORCIO COINBOL JUVALGO fuera acreedor del BISA S.A., los demandantes JUVALGO LTDA. y Julio Valenzuela Gonzales y su esposa Martha Fiorilo de Valenzuela, por si solos carecen de derecho para 'demandar' y 'disponer' de los fondos de tal consorcio**.*
>
> *iii Por lo tanto, **al no ser recíprocamente deudores y acreedores, el Banco BISA S.A. con los demandantes, queda claro que no procede compensación alguna, por lo que JUVALGO LTDA. Y JULIO VALENZUELA GONZALES y su esposa deberán pagar con su plata el crédito en ejecución otorgado por el Banco BISA S.A. a éstos.***

f) *Finalmente, dejo constancia de que ha quedado suficientemente demostrado que las tres operaciones con cuyos montos los demandantes pretenden la compensación están comprendidas y registradas en los balances y estados de cuenta del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y fueron traspasados y para ser cancelados a la empresa asociada COINBOL S.R.L.*

g) *No existe prueba alguna que demuestre que estas tres operaciones indebidamente demandadas dentro el presente proceso, hayan tenido como destino el pago a favor de JUVALGO LTDA. ylo a favor de Julio Humberto Valenzuela Gonzales y/ode su esposa Martha Fiorilo de Valenzuela.*

h) Respecto del depósito del cheque Nº 243602 por US$. 25.000.- girado contra el Banco La Paz S.A., debe tenerse presente:

i) Consta a Fs. 304 Y 513, de la propia prueba aportada por los adversos, en fecha 4/07/1996 el cheque Nro. 24360222 por la suma de US$ 25.000.- del Banco de LA PAZ S.A PAZ S.A. a la orden del BANCO INDUSTRIAL S.A., fue depositado por orden del tenedor del mismo, Sr. Mario López P., a la cuenta Nro. 23062011 de COINBOL S.R.L., empresa asociada al CONSORCIO COINBOL JUVALGO. Este cheque fue cobrado vía Cámara de Compensación.

ii) Como se acredita a fs.304, en este cheque no existe en su texto ninguna restricción, por lo que el depósito fue de absoluta responsabilidad del tenedor, el Sr. Mario L6pez, respecto a su cobro y destino.

iii) *El sello de 'Banco Industrial S.A. – CRUZADO' en el titulo valor fue colocado por personeros del BISA, en forma posterior al depósito y única y exclusivamente para efectos del cobro mediante Cámara de Compensación.*

iv. *Es inadmisible la aplicación del Art. 64 del Cdgo. Comercio respecto al cheque de US$.25.000.-- girado contra el Banco de La Paz S.A., por las siguientes razones legales:*

- *El tenedor del cheque no era el BISA, el tenedor del cheque era Mario López Prada, representante legal de la empresa asociada a dicho CONSORCIO.*

- *El cheque fue girado con cargo al Banco La Paz S.A. no con cargo al Banco BISA S.A.*

- *Como se desprende de la misma prueba aportada por el demandante Julio Valenzuela a fs.304, en el memo del cheque ('memo' que tiene por propósito recordar al girador solo el motivo del pago y no importa ninguna restricción de negociabilidad del cheque) es falso que hubiere rezado una instrucción textual de 'para pago de obligaciones', el cheque señala expresamente en la parte inferior izquierda* ***'PAGO OBRAS'****, es decir, que fue utilizado como instrumento de cancelación el cheque y ese texto* ***no constituye limitación ni causa para oponerse al depósito efectuado por el tenedor MARIO LÓPEZ PRADA.***

- *El Banco no 'pagó' a un tercero el cheque, el BISA sólo cobró mediante Cámara de Compensación el cheque que se le depositó en cobranza y que era de la Cta. Cte. del CONSORCIO en el BANCO LA PAZ S.A.*

- *Por lo tanto, siendo un cheque girado contra otro BANCO, si se quería restringir la negociabilidad de este, no se podría haber omitido por ningún motivo la '****expresión para***

abono en cuenta' *u otra equivalente o las '**rayas transversales de cruzado'**, para que en tal caso fuera cobrado únicamente por el BISA y a favor exclusivamente del CONSORCIO, de conformidad con lo ordenado por los Arts. 626 o 623 y 624 del Cdgo. de Comercio.*

-** Queda demostrado que el **Banco no ha 'negociado' ese cheque, sólo se ha limitado exclusivamente a cobrarlo, por lo que no ha transgredido el Art. 604 del Cdgo. de Comercio.

***-** El texto de 'Pago obras' se entiende como pago por el girador al tenedor del cheque por ese concepto, por lo que no entra dentro lo establecido en el Art. 626 del Cdgo. de Comercio.*

***2.7.2.** Al mismo tiempo de responder, el Banco BISA S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia, respecto sólo al agravio sufrido por la ilegal valoración de la excepción de 'falta de acción y derecho' de los demandantes y respecto a la imposición de daños y perjuicios por las transferencias por US$.17.000.- y Bs. 8619.-, argumentando esencialmente lo siguiente:*

a) Ausencia de legitimación activa 'procesal' o 'impersonería' de los demandantes para accionar.-

a.1.** Las dos operaciones impugnadas supuestamente como irregulares por los demandantes han sido efectuadas en las cuentas corrientes Nros. 2059252012 (moneda extranjera) y 205950010 (moneda nacional) del **CONSORCIO COINBOL JUVALGO**, asociación accidental que se encontraba formada -como los propios demandantes sostienen y reconocen - por las empresas: COINBOL S.R.L., representada por Mario López Prada, la constructora CONTECO S.R.L. por Luis Oni Torrez y la empresa JUVALGO LTDA., representada por JULIO VALENZUELA GONZALES. **Por lo que queda claro que, no fueron operaciones de las cuentas exclusivas de JUVALGO LTDA. y menos de Julio Valenzuela Gonzales y/o la señora Martha Fiorilo de Valenzuela.

***a.2.** El CONSORCIO COINBOL JUVALGO al ser una asociación accidental o de cuentas en participación, formada por las tres empresas señaladas, aunque éstas hubieran actuado individualmente, **obligaban a todos los asociados ilimitada y solidariamente**, conforme preceptúan los Arts.365 y 368 del Cdgo. de Comercio, éste último concordante con el Art.175 del mismo cuerpo legal.*

a.3.** Si bien inicialmente, la representación y personería del CONSORCIO COINBOL JUVALGO estuvo a cargo de Julio Valenzuela Gonzales, como representante de una de las empresas asociadas, JUVALGO LTDA.; éste, dentro el presente proceso**, no ha acompañado documento alguno, que acredite su personería con suficientes facultades judiciales para representar a las empresas del consorcio en su conjunto o a alguna de las demás empresas parte de la indicada asociación accidental, para iniciar la presente demanda ordinaria.

***a.4** Asimismo, tal cual consta en la cláusula 'tercera' de 'administración' de la escrituras de constitución de la asociación accidental CONSORCIO COINBOL JUVALGO Nros.470 y 471 de fecha 16/02/1996 otorgadas ante la Notaria de Fe Pública María Esther López, de fs.10 a fs..13 del expediente, presentadas como prueba de cargo de los demandantes, se establece que:*

i. *La personería de Julio Valenzuela Gonzales **estaba circunscrita únicamente al 'manejo financiero económico' del CONSORCIO, no habiéndosele otorgado ninguna facultad judicial expresa para accionar a nombre de esta asociación accidental y menos con alguna atribución especial, para el presente proceso ordinario**.*

ii. *Que las empresas asociadas le otorgaron la administración y representación del CONSORCIO en su condición de 'Gerente General' para que los represente;*

a.5. Julio Humberto Valenzuela Gonzales renuncio en forma irrevocable a su designación de Gerente General, en consecuencia, por tal renuncia, carece de legitimación activa, tanto 'procesal' (impersonería) como 'sustantiva' (para reclamar como titular de derechos) a nombre del CONSORCIO COINBOL JUVALGO. *Aquí, cabe aclarar que resulta una aberración jurídica, entender que este habría renunciado sólo a su calidad de gerente y no como representante del citado CONSORCIO.*

a.6. *Esta renuncia a su cargo de Gerente General del Consorcio y por lo tanto, a la representación de tipo únicamente 'administrativa y financiera' de Julio Valenzuela, se tiene plenamente demostrada, por parte nuestra, en el presente proceso, en los actuados y pruebas que se señalan a continuación:*

a) *Carta notariada de fecha 4 de abril de 1998 Nro.CCJ/017/98 suscrita por JULIO VALENZUELA y dirigida a los otros representantes y gerentes de las empresas asociadas CONTECO LTDA. y COINBOL S.R.L., señores Luis Torrez y Mario López, con la referencia: '**RENUNCIA IRREVOCABLE A LA GERENCIA GENERAL DEL CONSORCIO COINBOL JUVALGO',** de fs.172 y 173, reconocida en la misma audiencia de la confesión provocada de este, de fs.427.*

b) *En la propia confesión judicial prestada por Julio Valenzuela, cuya acta cursa a fs.427 del expediente, al absolver la primera pregunta, éste reconoció expresamente la carta arriba señalada y confesó que: '**mediante carta que se menciona en la indicada fecha renuncie al cargo de Gerente General del CONSORCIO COINBOL JUVALGO ... ',** (sic) Habiendo reconocido en la misma audiencia su firma, tanto en la carta de renuncia arriba indicada, así como en la otra misiva de fs.194, que en su parte inicial reitera tal renuncia. Reconocimiento que fue efectuado a petición expresa de nuestra parte y deferida por proveído de 31/03/2001.*

c) *En el acta notariada Nro.2/1998 de 8 de mayo de 1998, con la intervención del Notario de Fe Pública Jesús Molina Rivert, que cursa a fs.174 vlta. y 613 y vlta., consta que se reunieron los tres representantes de las empresas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y en cuyo primer punto de la agenda, Julio Valenzuela Gonzales **confirmó su renuncia irrevocable, la que fue aceptada expresamente por los otros dos representantes de las empresas asociadas, Mario López y Luis Oni Torrez en la misma reunión**.*

d) *En la carta de fecha 25/06/1998 con el Nro.ECJ/046/98, presentada por el propio demandante Julio Valenzuela Gonzales como prueba que cursa a fs.352, suscrita por éste y dirigida también a los representantes legales de las otras dos empresas asociadas COINBOL S.R.L. y CONTECO LTDA., en cuyo segundo párrafo, reconoce textualmente lo siguiente:*

> *'deseo mediante la presente (**sin embargo de mi total desvinculación de la Gerencia General del Consorcio**,'*

- *Carta Nro.057/00 de fecha 13 de julio de 2000, que cursa a fs.192 como prueba de descargo, que fue **dirigida al Banco BISA S.A., por el representante legal de la otra empresa asociada, COINBOL S.R.L.,** en la que se nos comunica la indicada renuncia irrevocable de Julio Valenzuela Gonzales a la Gerencia General del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y se nos informa que le fueron revocadas sus facultades para lo que, 'no puede hacer uso de facultades*

y prerrogativas que ejercía antes de su renuncia ***menos solicitar los reembolsos que ha pedido, tampoco efectuar ninguna operación respecto a las cuentas corrientes invocando representación alguna del Consorcio, ya que se ha constituido en un miembro más, requiriendo para cualquier decisión la autorización previa de los otros dos socios'. (sic)***

a.7. *Finalmente, porque los representantes de las empresas asociadas COINBOL S.R.L. y CONTECO LTDA. también le revocaron su poder para representar al indicado CONSORCIO, mediante escritura pública Nro.669 de fecha 5/10/1999 otorgada ante el Notario de Fe Pública Arturo Sainz Lanza, cuya copia legalizada cursa a fs.190 y vlta. del expediente y que si bien, es la base de un proceso penal, iniciado por Julio Valenzuela Gonzales contra los representantes de las otras empresas parte de tal asociación accidental, hasta la fecha resulta valida tal revocatoria, en tanto, no exista una sentencia ejecutoriada que declare expresamente su nulidad y por la vía que corresponda.*

b. Ausencia de legitimación activa 'sustantiva' o de 'titularidad de derecho' de los demandantes para accionar individualmente por el CONSORCIO COINBOL JUVALGO.-

b.1. *Las tres operaciones supuestamente irregulares base de la demanda, fueron efectuadas con dineros del patrimonio autónomo del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y no de cuenta individual alguna de los demandantes,* ***por lo que en el hipotético caso de que tales operaciones, no hubieran sido dispuestas por los representantes o personas autorizadas por las empresas asociadas, corresponde de acuerdo con lo prescrito por los Arts.367 y 368 del Cdgo. de Comercio, la acción conjunta por parte de todas las empresas asociadas y no en forma individual por sólo una de ellas*** *y más - si como se tiene demostrado -el ex representante del CONSORCIO COINBOL JUVALGO carece de personería para demandar a terceros y que, expresamente mediante carta 057/00 de fecha 13 de julio de 2000, que cursa a fs.192, la otra empresa asociada, COINBOL S.R.L., no le reconoce facultad judicial para reclamar los reembolsos que ha demandado, como tampoco para efectuar ninguna operación respecto a las cuentas corrientes, requiriendo para cualquier decisión la autorización previa de los otros dos socios.*

b.2. *El CONSORCIO COINBOL JUVALGO al ser una asociación accidental o de cuentas en participación, formada por las tres empresas señaladas, cuyos nombres además si se conocieron por los actos que realizaron; obligan para ejercer la titularidad de sus derechos y disponer de su patrimonio autónomo* ***a todos los asociados en forma ilimitada y solidariamente****, conforme preceptúan las siguientes disposiciones legales de orden público del Cdgo. de Comercio:*

> ***'Arts.367.- (DERECHOS Y OBLIGACIONES FRENTE A TERCEROS).-*** *El o los asociados encargados de las operaciones, actuaran en su propio nombre.*
>
> *Los terceros adquieren derechos y obligaciones solamente con respecto de dichos asociados, cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada.*
>
> *Los asociados no* ***encargados de las operaciones carecen de acción directa contra terceros'****.*

En consecuencia, queda claro que JUVALGO LTDA. por medio de su representante Julio Valenzuela Gonzales, a tiempo de interponer la demanda, ya no era encargado de las operaciones del CONSORCIO COINBOL JUVALGO; por lo tanto, el referido demandante, su esposa y su empresa carecen individualmente de acción directa, en este caso contra el Banco BISA S.A., en su calidad de tercero.

b.3. *En consecuencia, al haber quedado plenamente demostrado, que tanto el depósito del cheque por US$.25.000.- de la cuenta del CONSORCIO COINBOL_JUVALGO, girado contra el entonces Banco La Paz S.A. y depositado en el Banco BISA S.A., según instrucciones del tenedor en ese momento Sr. Mario López, representante de la otra empresa asociada COINBOL S.R.L., así como que las transferencias por Bs8.619.- y de US$.17.000.- fueron realizadas de las cuentas corrientes Nros. 2059252012 y 205950010 del CONSORCIO, como consta a fs.189, 578 y 581, la empresa demandante JUVALGO LTDA.,* ***por si sola****, al igual que Julio Valenzuela Gonzales, como persona natural y su esposa Martha Fiorilo de Valenzuela, al no ser titulares de esas cuentas,* ***carecen de acción,. derecho y personería para accionar contra el Banco BISA S.A. por las referidas operaciones del CONSORCIO COINBOL JUVALGO****.*

c. Alcance restringido de las relaciones jurídicas únicamente para las empresas asociadas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y carencia del derecho accionar contra terceros sobre la base de acuerdos de financiamiento entre éstos.-

En cuanto a que la empresa JUVALGO LTDA. hubiera asumido el compromiso de contratar el financiamiento de las obras, que debería realizar el CONSORCIO COINBOL JUVALGO Ysupuestamente pagar la línea de crédito que adeuda al BISA con los ingresos de las obras que se efectúen, además de no haber documento original alguno o copia legalizada que acredite tal extremo en forma expresa, tales supuestos acuerdos o contratos en su caso, fueron suscritos única y exclusivamente entre tales empresas asociadas, sin intervención alguna del Banco BISA S.A., por lo que carecen en relación a nosotros de cualquier efecto legal, así como también por las siguientes razones legales:

> ***c.1.*** *Las relaciones jurídicas de compromiso de financiamientos y reconocimiento de obligaciones, que pudieran haber existido entre las empresas asociadas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO con JUVALGO LTDA. Y de esta con terceras personas, no tienen ningún efecto jurídico, ni vinculan de manera alguna a un tercero, en este caso, al Banco BISA S.A y son de naturaleza jurídica sustancialmente distinta a la operación de crédito, que le fue otorgada a la empresa JUVALGO LTDA., cuyo pago se persigue dentro un proceso coactivo civil, que radica en el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil.*
>
> ***c.2.*** *Respecto a éstos compromisos o acuerdos que cursan a fs.12, 13, 14, 22 y 23, en simples fotocopias y de fs.307 a 309, queda claro que jamás el BISA intervino en ellos y menos manifestó consentimiento alguno al respecto; por lo que, como es* ***de su ilustrado conocimiento y maestría, de conformidad con lo dispuesto por el Art.523 del Cdgo. Civil, tales acuerdos no tienen efecto legal alguno respecto de terceros, en este caso, el Banco BISA S.A.***
>
> ***c.3.*** *En relación a tal inexistencia de efectos legales de contratos respecto a terceros, nuestra jurisprudencia es absolutamente uniforme y contundente:*
>
> > ***a.*** *'Según el Art.523 del C.C. los contratos no dañan ni aprovechan a un tercero'. (G.J. Nro.1600, p.133)*
> > ***b.*** *'Los contratos sólo tienen efecto entre las partes contratantes y no dañan ni aprovechan a los terceros y, en la especie, los pagos no autorizados, observados por carecer de formalidades legales no tienen porque perjudicar al ejecutante'. (G.J. Nro.1564, p.61)*

c. *'Conforme al Art.756 (523) del C.C. los contratos surten efectos sólo entre las partes contratantes,* ***sin dañar ni aprovechar a tercero****s.' (G.J. Nro.1591, p.129)*

c.4. *Consecuentemente, tales acuerdos no le otorgan a la empresa JUVALGO LTDA., para que por sí sola tenga derecho a accionar respecto a terceros y menos aún sobre inexistentes deudas del Banco BISA S.A. con el CONSORCIO COINBOL JUVALGO y mucho menos con los demandantes.*

d.- Inexistenciade responsabilidad civil del banco Bisa S.A. sobre las transferencias de US$.17.000.- y Bs. 8.619.- declaradas como irregulares en la sentencia por ausencia de 'daño' al titular de las cuentas 'CONSORCIO COINBOL JUVALGO'-

d.1. Falsedad e inadmisibilidad de que los fondos del CONSORCIO COINBOL JUVALGO de las operaciones demandadas hubieran sido dispuestos o desviados por el Banco BISA S.A.-

El juez a quo, si bien ha considerado en sentencia - de acuerdo con lo debidamente acreditado de fs.176 a fs.194 y ratificados de fs. 612 a 628 del expediente, el Banco BISA S.A. no ha dispuesto, ni desviado los fondos para beneficios de terceros o de si, pues todos los fondos de las operaciones observadas fueron para el propio giro del CONSORCIO COINBOL JUVALGO y sus asociados, como se demuestra por los siguientes hechos, contradictoriamente ha determinado que solo responda civilmente por las transferencias de US$. 17.000.- y Bs. 8.619.- y sin considerar que:

a) *Las dos transferencias declaradas por el Juez como irregulares por falta de firma autorizada de Julio Valenzuela han sido expresamente reconocidas, registradas y contabilizadas en los estados y balances que cursan de Fs.176 a 179 y 615 y 618 del expediente y que fueron presentados por el propio Julio Valenzuela G. dentro el juicio ordinario, de rendición de cuentas que le sigue la empresa COINBOL S.R.L., radicado en el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil de esta Capital, como acredita la certificación de fs.612 emitida par el Secretario de ese Juzgado y, las mismas operaciones fueron registradas especificamente en los estados de cuentas del CONSORCIO COINBOL JUVALGO, que cursan de fs.180 a 188 y ratificadas a fs.619 a 627 del proceso.*

b) *Así la transferencia por Bs. 8.619.- se registra en los siguientes asientos contables: según consta a fs.180 y 619, en la cuenta del haber del libro 'mayor general', como documento con el Nro.348 y la glosa 'por ingreso a caja ND (se entiende ND como Nota de Debito), a fs.182 y 621 en la cuenta del 'debe' bajo el mismo número 348, a fs.184 y 623 en la contabilización de 'comprobantes de traspaso', bajo el código Nro.110101001 en la cuenta de caja general con la glosa o detalle 'POLINGRESO A CAJA ND' anotado en el 'debe' y su consiguiente traspaso a la cuenta de COINBOL S.R.L. también en la cuenta del 'debe' a fs.187 y 626 y, la otra transferencia por US$.17.000.- consta a fs.181 y 620, en la cuenta del haber del libro 'mayor general', como documento con el Nro.375 y la glosa 'deposito $.17.000.- pago a COINBOL consignado en el equivalente de Bs86.530.- al 31/03/1998, a fs.183 y ratificada a fs.622, en la cuenta del debe bajo el mismo número 375 y a fs.188 y ratificada a fs. 627 en la contabilización de 'comprobantes de traspaso', bajo el código Nro.110101001 en la cuenta de caja general con la misma glosa o detalle anterior, anotado en el 'debe'*

c) *Cabe aclarar que los documentos contables antes señalados, mediante carta diligenciada por la Notaria Aida Eliana Yanpur Nro. ECJ/073/98 de fecha 19/10/1998, dirigida por Julio Valenzuela Gonzales a los representantes de las empresas asociadas del CONSORCIO, Sr. Mario López por COINBOL SRL*

y CONTECO Ltda., cuya copia legalizada cursa Fs. 194 y 628 del expediente, que fue presentada también como prueba de descargo por Valenzuela Gonzales en el juicio de rendición de cuentas, que sus ex asociados le siguen y que al referirse al Balance General (de fs.176 a 179 y de Fs. 615 a 618) y a los estados de cuenta- entre los que se hallan los descritos en el anterior inciso, declaró y confesó extrajudicial y voluntariamente en forma expresa lo siguiente:

> *'**Los doy por totalmente aceptados, bien hechos y ejecutoriados'***
>
> *Por lo que queda demostrado, que el demandante Julio Valenzuela Gonzales confesó voluntaria y expresamente que, las operaciones cuya irregularidad demanda en este proceso, se encuentran consignadas y reconocidas como válidas en el giro y el patrimonio autónomo del CONSORCIO COINBOL JUVALGO, por lo que mal puede este y su esposa imputar al Banco BISA S.A. desvío o daño alguno a esta sociedad accidental y menos a la empresa JUVALGO LTDA. por tales operaciones.*

*En consecuencia, de conformidad con el Art. 984 del Código Civil, teniendo en cuenta que **la responsabilidad civil se determina únicamente cuando una persona produce un 'daño' a otra. sin embargo en este caso. se deduce que el juez a quo. a tiempo de dictar la sentencia no ha considerado. que pese a irregular de las transferencias** de US$.17.000.- y **Bs.8619.-, que estando tales montos de dinero reconocidos por el propio Julio Valenzuela Gonzales en el balance y estados del propio CONSORCIO COINBOL JUVALGO, el Banco BISA S.A., no ha cometido daño alguno contra el indicado CONSORCIO; por lo que no emerge ninguna determinación ni calificación de responsabilidad civil para el banco que represento al no existir daño civil alguno que reparar el CONSORCIO COINBOL JUVALGO.***

3.- FALSA Y TEMERARIA ACUSACION DEL RECURRENTE SOBRE INCUMPLIMIENTO AL DESTINO DEL CHEQUE NO. 243601 POR LA SUMA DE US$.100.000. - GIRADO CONTRA LA CUENTA DEL CONSORCIO COINBOL JUVALGO DEL BANCO LA PAZ S.A.

*En cuanto, a la acusación del recurrente Julio Valenzuela Gonzales sobre el cheque Nro. 243601 de la Cta. Cte. Nro.32201010743 del Banco de la Paz S.A., girado por la suma de US$.100.000. -, con el que falsa y temerariamente éste sigue de mala fe insistiendo haber instruido el pago de la deuda de su empresa JUVALGO LTDA., cheque que era de la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo y no de JUVALGO LTDA. y estaba girado también al Consorcio; **ratificamos toda la prueba documental presentada en nuestra carta No. CONT. NAL. 078/01 de 09/03/2001** en 18 Anexos, en la que hemos elevado informe sobre esta ampliación* (sic) *denuncia dentro este mismo No. de tramite 113430 y, que fue en cartas - informe ante la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, actualmente ASFI, que cursan en el expediente:*

> ***3.1.** Julio* Valenzuela *González **nunca instruyo al Banco BISA S.A., que con el cheque Nro.243601 por la suma de US$.100.000.- girado contra la cuenta del CONSORCIO.COINBOL JUVALGO en el Banco La Paz S.A., se pague la deuda que su empresa; JUVALGO LTDA., mantiene con el Banco Bisa S.A.***
>
> *Lo afirmado se prueba plenamente en los siguientes hechos y documentos:*
>
> ***3.1.1.** Que en nuestro 'Libro de Ingreso de Correspondencia' (Ver anexo '16' de nuestra carta CONT.NAL 078/01 de fecha 09/03/2001) **no se tiene registrada ninguna carta enviada por Julio Valenzuela G. o por el CONSORCIO COINBOL, en fecha 02 de julio de 1996**, en la que se instruya alguna operación de pago de crédito de JUVALGO LTDA o alguna tercera persona*

3.1.2. *De la simple revisión de la mera fotocopia de la supuesta carta de instrucción presentada por Julio Valenzuela a la SBEF, con su memorial de ampliación de reclamo (adjunta como anexo a nuestra nota VPE-C-049/2004 V10/03/2004), se deduce fácilmente que la misma nunca existió y que esta es falsa y fraguada, ya que en la parte del sello de recepción* ***se nota claramente alterado y sobre escrito a mano el 'mes'*** *y a* (sic) *lado una rúbrica de firma, que no corresponde a ningún empleado ni funcionario del Banco BISA S.A.. Por lo que en su caso, reiteramos que nos reservamos el derecho de iniciar las acciones que corresponden por el continuo uso de este instrumento falsificado, por la vía que corresponde.*

3.1.3. *El Cheque en cuestión No. 243601 girado contra el Banco de la Paz S.A. por US$.100.000.-, que era de la cuenta del Consorcio Coinbol Juvalgo y no de JUVALGO LTDA. y estaba girado también al Consorcio,* ***fue dispuesto única y exclusivamente por el propio Julio Valenzuela González, al realizar este mismo el depósito en la Cta.Cte. Nro. 205952012 del CONSORCIO COINBOL JUVALGO en el Banco BISA S.A, tal cual se acredita en la papeleta de depósito firmada por el mismísimo Julio Valenzuela*** *y que ya fue acompañada como anexo '1', a nuestro informe mediante carta CONT.NAL. 078/01 de 09/03/2001.*

3.1.4. *El Banco BISA S.A., de acuerdo con lo que faculta y dispone el Art. 1353 del Código de Comercio,* ***a título de excepción****, procedió a conceder en forma unilateral un '****sobregiro' eventual*** *por 24 horas, en fecha 02/07/1996 para el pago de varios cheques por importes superiores al saldo disponible de la Cta. No.205952012 del CONSORCIO COINBOI JUVAIGO a ese momento; reducidos montos que llegaron a sumar un saldo negativo (sobregiro) de US$.50.572,64 (ver anexo '2' del informe mediante nota CONT. NAI 078/01 de fecha 09/03/2001); por el pago de los cheques Nos.1118366; 1118358; 1118362; 1118363 y 1118364, por los importes que se detallan en el anexo '3' adjunto a la misma nota CONT.NAI 078/01 de fecha 09/03/2001;* ***habiendo sido todos ellos girados y firmados por el mismísimo Julio Valenzuela González****, como se ha acreditado en los Anexos '5, 6, 7, 8 Y 9" del señalado informe CONT.NAI 078/01 de fecha 09/03/2001. Obviamente este sobregiro fue cubierto en forma automática con el depósito del mencionado cheque* ***realizado ese día 02/07/1996 por el propio Valenzuela González****. Aquí, cabe dejar expresamente aclarado que, el Banco BISA S.A. habiendo efectuado tal operación como un simple 'sobregiro eventual' por 24 horas y no un contrato de 'avance en cuenta corriente', de acuerdo con el citado Art.1353 del Cdgo. de Comercio,* ***no tenia porque requerir carta de solicitud al titular de la cuenta****, bastando a tal efecto la relación jurídica contractual basada en la cuenta corriente entre el girador de los cheques y el Banco.*

3.1.5. *En su caso, por los hechos y razones legales antes detallados, solicitamos a su autoridad, que de ser necesario respecto a la denuncia del citado cheque por US$.100.000.-, de acuerdo con el Art.68 - I de la ley Nº .2341 de Procedimiento Administrativo, falle en el fondo rechazando y declarando expresamente y de oficio la inexistencia de algún error o infracción del Banco BISA S.A. al respecto.*

Por lo tanto, reiteramos a su autoridad que queda absolutamente claro, que ***el único que dispuso de ese cheque por US$.100.000.- fue Julio Valenzuela González y no funcionario alguno del Banco BISA S.A****. Al respecto, reiteramos y ratificamos toda la prueba de descargo presentada de nuestra parte mediante nuestra nota* ***CONT.NAI 078/01 de fecha 09/03/2001 (con 16 anexos adjuntos), VPE-C-049/2004 de 10 de marzo de 2004 (con 6 anexos) y reiteradas en nuestra carta VPE-C-051/2006*** *dirigidas al ente regulador de nuestro sector, dentro el presente tramite Nro.113430 y reiteramos una vez más los argumentos legales y técnico contables contenidos en dichos informes, que desvirtúan plenamente el temerario y falso reclamo de Julio Valenzuela Gonzales.*

Finalmente Sr. Viceministro, es necesario advertir que la verdadera intención de JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZALES , simplemente resulta sorprender a usted con un ardid más carente de fun-

damentos legales para hacer aparecer una acreencia en su favor, a objeto de dañar patrimonialmente el Banco BISA S.A., impidiendo que así este no recupere lo que le adeudan él y su empresa JUVALGO LTDA. cuyo pago deberían haber honrado hace muchísimo tiempo atrás

De igual modo y mediante memorial presentado el 24 de agosto de 2009, Freddy Andrés Palacios Campos presenta alegatos como tercero interesado, argumentando lo siguiente:

"1. La Transferencia de fondos por US$. 17.000.- de las cuentas del Consorcio COINBOL JUVALGO a cuentas de terceros efectuadas el 4 de julio de 1996 y que ha sido extemporáneamente acusada de irregular, fue reclamada por el ahora recurrente, como ya se dijo fuera de todo término, es decir recién mediante memorial presentado a la Superintendencia de Bancos en fecha 8 de junio de 2000, por lo que queda claramente demostrado que Julio Valenzuela, como represente legal y responsable de la administración del Consorcio COINBOL JUVALGO, no efectuó su reclamo oportunamente, es decir, dentro el plazo de 10 días a partir de la notificación con los extractos de los movimientos de sus cuentas corrientes y en los meses correspondientes, de conformidad con lo ordenado por el Art. 1354 del Cdgo. de Comercio; así como tampoco dentro del plazo de tres años, establecido para estos casos, de conformidad con el parágrafo I del Art. Nº. 1508 del Cdgo Civil, aplicable al ámbito administrativo en base al principio de supletoriedad, por lo que su derecho a reclamar o a iniciar cualquier acción en sede administrativa caducó legalmente.

2. También cabe aclarar, que tal operación supuestamente irregular que se me imputa, no fue oportunamente reclamada, a pesar de que era de conocimiento de Valenzuela Gonzales mucho antes, debido a que la misma si fue reconocida por propio Julio Valenzuela dentro el movimiento contable entre las empresas del indicado Consorcio. Ahora resulta que el recurrente intenta extemporáneamente denunciarlas, con el único fin de evitar el cumplimiento de otras obligaciones que, como empresa JUVALGO LTDA.-tiene por separado con el Banco donde presto mis servicios.

3. Por otra parte, tales actos prescritos que resultan simples 'errores operativos' por las transferencias efectuadas; han sido y están siendo reclamadas por el mismo recurrente Julio Valenzuela Gonzáles por sí y por su empresa JUVALGO LTDA. por vía jurisdiccional ordinaria contra el Banco Bisa.; proceso que a la fecha se encuentra en conocimiento del Juzgado de Partido Primero en lo Civil del Distrito Judicial de Cochabamba con sentencia dictada y en apelación por ambas partes; por lo que queda absolutamente claro que cualquier procedimiento que se pretenda en esta sede administrativa se encuentra concluido y por lo tanto la competencia y proceso administrativo extinguidos, por lo que la determinación de inhibitoria de la entidad reguladora, actualmente ASFI , para conocer cualquier procedimiento en la vía administrativa correcta.

4. Finalmente, hacer notar que no se está respetando mi derecho a la defensa y al justo y debido proceso, al tratar de imponérseme un sanción, por una denuncia o acción administrativa iniciada hace más de 8 años, lo que además viola el principio de seguridad jurídica."

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por el Sr. Julio Valenzuela Gonzáles corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Que, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se constituye en contralor administrativo de la legitimidad y legalidad con la que han sido emitidos los actos administrativos de la ex Superintendencia Sectorial, hoy Autoridades

de Supervisión del Sistema Financiero, lo que supone que debe verificar la conformidad o disconformidad de dichos actos con el sistema normativo, cual se procede a continuación.

1. ANTECEDENTES.-

1.1 Denuncia presentada.- Las Empresas Constructoras COINBOL SRL. y JUVALGO LTDA., constituyeron una Sociedad Accidental o de Cuentas en Participación denominada Consorcio COINBOL- JUVALGO, cuyo manejo administrativo estuvo a cargo de Julio Humberto Valenzuela Gonzáles quien actuaba como Gerente General de acuerdo al Testimonio Poder 471/96 de 16 de febrero de 1996 del distrito de Cochabamba otorgado ante Notaria de fe pública 6 a cargo de la Dra. María Esther López.

El Sr. Julio Valenzuela Gonzales presenta una serie de denuncias y reclamos contra el Banco Bisa S.A., por supuestos incumplimientos y errores operativos referidos al manejo de las cuentas corrientes del CONSORCIO que posibilitaron varias transferencias de las cuentas corrientes de COINBOL en forma indebida, mismos que hubieran sido cometidas por los funcionarios del Banco Bisa S.A., por lo que solicitó a la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras que se los sancione por el irregular manejo y disposición de sus cuentas.

1.2 Primer acto administrativo.-

El 30 de julio de 2001, luego de una visita de inspección al Banco BISA S.A., a objeto de verificar el reclamo formulado por el Sr. Julio Valenzuela Gonzáles la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, emitió la carta SB/IAJ/18738, donde concluyó que el Banco Bisa S.A. es responsable del pago irregular de los cheques por $us25.000.- y $us10.000.- y por las transferencias por $us17.000.- y Bs8.619.-, por contravención a las condiciones convenidas a tiempo de la apertura de la cuenta, señalando que se habría demostrado que las transferencias irregulares se dieron por errores operativos de los funcionarios de Banco Bisa S.A., ordenando a su vez, la reposición de fondos indebidamente dispuestos.

No obstante en atención a lo que informo el Banco Bisa S.A. de que existirían procesos judiciales y que correspondería a estas vías decidir sobre la reposición, la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a través de la carta SB/IAJ/24232 de 12 de octubre determinó dejar sin efecto la misma determinación de reposición de fondos y ordenó que los montos de dinero sean puestos en una cuenta transitoria hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio, así se dejó sin efecto la amonestación al no haberse seguido el debido proceso.

1.3 Primer proceso sancionatorio.-

Posteriormente la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, inicia un proceso sancionador contra dos funcionarios del Banco Bisa S.A. mediante notas de cargos SB/IAJ/24233 y 24234 de 12 de octubre de 2001, proceso por el que se emitió la Resolución Administrativa **Nº SB 068/2002,** determinando en su parte considerativa que el Banco Bisa S.A., incurrió en irregularidades y deficiencias operativas en el pago de cheques y transferencias, de las cuentas corrientes del Consorcio COINBOL SRL y JUVALGO LTDA, observando de manera específica los siguiente:

a. El **depósito del cheque Nº 243602 del Banco La Paz S.A por $us. 25.000** en fecha 4 de julio de 1996, mismo que fue girado a nombre del Banco Industrial S.A. de la cuenta Nº 3320101073 de COINBOL - JUVALGO **y firmado por el** señor Julio Valenzuela. Este cheque es depositado por el funcionario del Banco BISA: Marco Camacho en la cuenta Nº 0023062011 de COINBOL SRL. La infracción detectada correspondía que el cheque no llevaba la instrucción específica sobre su destino solamente indicaba (PAGO OBRAS).
b. La **Transferencia por $us 17.000 de fecha 4 de julio de 1996,** donde se transfiere $us 17.000 de la cuenta Nº 205952012 del Consorcio COINBOL JUVALGO a la cuenta 23062011 de la Empresa COINBOL

SRL., operación ordenada por el oficial de negocios Marco Camacho. La SBEF determina la existencia de un error operativo en el Banco, ya que permite una transferencia de la cuenta corriente de COINBOL- JUVALGO a una cuenta de COINBOL SRL en forma indebida ya que no ha observado que el Sr Mario López no tenía formalmente registrada su firma en el banco y que en todo caso el manejo de la cuenta corriente en moneda extranjera, era conjunta. Se advierte además que para el registro de firmas autorizadas para el manejo de las cuentas del consorcio, el Banco Bisa. S.A. no cuenta con un respaldo, ya sea a través de poderes o instrucciones de los socios.

c. **Transferencia de Bs 8619,** la SBEF observa que para el manejo de la cuenta corriente en MN 205950010 del Consorcio COINBOL-JUVALGO, el Banco tenía registradas como firmas autorizadas las del Sr. Julio Valenzuela, Luis Oni Torrez Gómez Zulema de López, Yvette Sanjinez de Torrez. El manejo de esta cuenta también era conjunta, por lo que el Banco incurrió en un error operativo al haber permitido esta transferencia de la cuenta corriente de COINBOL- JUVALGO a una cuenta de COINBOL SRL en forma indebida, ya que no ha observado que la Sra. Zulema de López por si sola no podía autorizar esta operación, obedeciendo además a solo una instrucción verbal.

d. **Cheque Nº 01195207 por $us. 10.000,** este Cheque girado el 5 de noviembre a la orden de Estación de Servicio Cochabamba con cargo a la cuenta corriente 205952012 del Consorcio COINBOL- JUVALGO, por el Sr Luis Oni Tórrez Gomez Ortega, , incurriendo el Banco en un error operativo, ya que no observó que los cheques emitidos por el Consorcio COINBOL –JUVALGO, debían contener por lo menos tres firmas.

La citada Resolución Administrativa **Nº SB 068/2002**, resuelve amonestar al Señor Tomas Barrios, Gerente Regional del Banco Bisa S.A en la ciudad de Cochabamba, por incumplimiento a su deber de supervisar el cumplimiento de controles internos adecuados en las operaciones efectuadas por los funcionarios que se encuentran bajo su dependencia. De igual modo decide sancionar al Señor Marco Camacho, en su condición de funcionario del Banco Bisa S.A. con una multa equivalente a medio día de haber, por su responsabilidad en los errores operativos incurridos en el manejo de las cuentas del Consorcio COINBOL -JUVALGO de conformidad a lo previsto por el artículo 102 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

La Superintendencia de Bancos notifica al Sr. Tomas Nelson Barrios Santivañez con la Resolución SB Nº 068/2002 de 14 de junio de 2002, el 23 de febrero de 2003 **(8 meses después de haberse emitido la Resolución SB Nº 068/2002)**

Tomas Nelson Barrios Santivañez presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB Nº 068/2002 de 14 de junio de 2002, en fecha 31 de marzo de 2003, solicitando la anulación de ésta, ya que nunca se determinó que tipo de proceso se había iniciado y si este era a denuncia o de oficio, de igual modo este alega que no hubiera sido notificado con la notificación de cargos, por lo que no ha tenido oportunidad de defenderse, violando así el debido proceso que le asiste, finalmente argumenta que se le ha impuesto una sanción sin que se hubiera señalado que disposición o artículo se habría trasgredido.

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, resolvió el Recurso de Revocatoria presentado por el señor Tomas Nelson Barrios Santivañez a través de la **Resolución Administrativa SB 40/2003 de 29 de abril de 2003,** la cual confirma la Resolución SB Nº 068/2002 de 19 de septiembre de 2001, impugnada.

1.4 Segundo proceso y el que corresponde al caso de Autos.-

1.4.1 Primera anulación de obrados.-

El 20 de marzo de 2006, el Sr. Julio Valenzuela Gonzales, presenta nueva documentación para que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, se pronuncie sobre el Auto de Vista dictado por la Corte Superior de Cochabamba

de 6 de febrero de 2006, dentro del proceso coactivo iniciado por el Banco Bisa S.A. a la Empresa Constructora JUVALGO. Este Auto de Vista resuelve suspender la ejecución coactiva iniciada por el Banco Bisa. S.A contra Julio Valenzuela Gonzalez, en atención a una posible compensación que operaría entre partes, disponiendo dicha Corte Superior que la institución bancaria realice una previa liquidación ante el Juez a quo para determinar los montos efectivamente adeudados.

Asimismo el Sr Julio Humberto Valenzuela Gonzales solicita que la SBEF se pronuncie sobre cheque 243601 por $us. 100.000.-, que no sería parte de ningún litigio en la vía jurisdiccional.

Teniendo como respuesta por parte de la SBEF a través de **carta SB /ISR-I/D-15898/2006 de 15 de mayo de 2006** la negativa de pronunciarse sobre la nueva documentación ya que la misma se encontraría pendiente de una decisión judicial y al existir aspectos contradictorios, entre lo reclamado y lo informado por el Banco Bisa que ameritan un pronunciamiento judicial, esta no tendría competencia para pronunciarse sobre nuevos aspectos, debiendo esperar que los mismos sean dilucidados por vía judicial.

El Sr. Julio Valenzuela presenta la carta ECJ/13/2006 manifestando su disconformidad con el **contenido de la carta SB /ISR-I/D-15898/2006 de 15 de mayo de 2006 por lo que solicita que la misma sea elevada a rango de Resolución Administrativa.**

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, emite la **Resolución SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006,** donde resuelve lo siguiente:

> *"Reitera que la competencia administrativa de dicha Institución, prevista en el artículo 154 de la Ley Nº 1488 de 14 de abril de 1993, modificada por la Ley Nº 2297 de 20 de diciembre de 2001, no alcanza a resolver situaciones controversiales entre las entidades reguladas y sus clientes o usuarios, emergentes de contratos o acuerdos suscritos en el uso privativo de facultades civiles y comerciales establecidas en la legislación boliviana, ratificando el contenido de las cartas emitidas en respuesta a los reclamos presentados por el Sr Julio Valenzuela Gonzáles."*

El Sr. Julio Valenzuela Gonzáles, en fecha 3 de julio de 2006 presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006, argumentando que en ningún caso la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, puede excusarse de conocer sus denuncias y que esta si tenía competencia para pronunciarse sobre todos los hechos denunciados.

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, resuelve el Recurso de Revocatoria a través de la **Resolución Administrativa SB Nº 097/2006 de 1 de agosto de 2006** que confirma la Resolución SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006.

El Sr. Julio Humberto Valenzuela Gonzáles, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA., asociada a la Asociación Accidental COINBOL – JUVALGO, presenta Recurso Jerárquico en fecha 23 de agosto de 2006, el mismo que fue resuelto por la **Superintendencia General del SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ Nº 83/2006** de 19 de diciembre de 2006, que resuelve:

> "***Primero.-*** *Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006, debiendo la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, emitir una nueva Resolución Administrativa en base a los fundamentos de las partes y a los antecedentes que cursan en el expediente administrativo, estableciendo si existieron o no infracciones administrativas en los aspectos*

operativos llevados a cabo por el Banco BISAS.Ay denunciados por Julio Valenzuela Gonzales aplicando las sanciones administrativas, si corresponde.

***Segundo.-** Con referencia a los montos que Julio Valenzuela Gonzáles solicita le sean restituidos y que se encuentran en una Cuenta Transitoria en el Banco Bisa S.A., la Superintendencia de Bancos y Entidades no puede emitir pronunciamiento alguno mientras continúe sustanciándose los procesos judiciales sobre esos montos, tal como se estableció en la parte considerativa de la presente Resolución Jerárquica. Una vez que exista una decisión definitiva con valor de cosa juzgada y que cause estado, la SBEF podrá adoptar las medidas respectivas a solicitud de las partes.*

***Tercero.-** Con relación al Cheque Nº 243601, por la controversia sobre la validez del documento de instrucción, se debe remitir obrados al Ministerio Público para su dilucidación correspondiente, de conformidad al Artículo 99 de la Ley Nº 1488 de Bancos y Entidades Financieras, de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la presente Resolución Jerárquica"*

1.4.1 Segunda anulación de obrados.-

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, volvió a dictar nueva Resolución Administrativa signada con el número **SB Nº 070/2007** de 13 de julio de 2007, en la que resuelve sancionar al Señor Freddy Palacios Campos, en su condición de funcionario del Banco Bisa, con una multa equivalente a medio día de haber, por la inobservancia de las normas que regulan el funcionamiento de las cuentas correspondientes y el incumplimiento de la aplicación de controles internos en las siguientes operaciones:

a) Transferencia por Bs 8.169, de la cuenta Nº 205950010 del Consorcio COINBOL- JUVALGO a la cuenta Nº 21000019 sin la existencia de una instrucción escrita por parte de los titulares, operación realizada en fecha 26 de junio de 1996.
b) Transferencia de $us 17.000 de la cuenta Nº 205952012 del Consorcio COINBOL – JUVALGO a la cuenta Nº 23062011 de COINBOL, sin la autorización de los titulares de la cuenta operación realizada el 4 de julio de 1996.

El Sr. Julio Valenzuela Gonzáles, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA asociada a la Asociación Accidental COINBOL- JUVALGO, presenta Recurso de Revocatoria en fecha 13 de agosto de 2007 solicitando se revoque la misma y se emita una nueva Resolución sancionando con la severidad que corresponde y la magnitud del daño causado al Banco Bisa S.A.; de igual modo solicita que el Banco Bisa S.A. ejecute todas las acciones necesarias para reponer las pérdidas sufridas por el mal manejo de sus cuentas.

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, mediante **Resolución Administrativa SB 101/2007** de 10 de septiembre de 2007, confirmó la Resolución SB Nº 070/2007 de 13 de julio de 2007.

El Sr. Julio Humberto Valenzuela Gonzáles, por sí y como representante legal de la Empresa Constructora JUVALGO LTDA asociada a la Asociación Accidental COINBOL- JUVALGO, presenta Recurso Jerárquico en fecha 16 de octubre de 2007, el mismo que fue resuelto por la Superintendencia General del SIREFI a través de la **Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 06/2008 de 10 de enero de 2008** por la cual se anula el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 101/2007 de 10 de septiembre inclusive, debiendo la SBEF notificar de manera personal a Freddy Palacios Campos,(funcionario del BANCO BISA. S.A.) con el Recurso de Revocatoria formulado por Julio Humberto Valenzuela Gonzales, así como con todos y cada uno de los actos y actuaciones administrativas emitidas en el procedimiento.

1.4.1 Tercera anulación de obrados.-

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras , **emite la Resolución SB Nº 078/2008 de 23 de mayo de 2008** mediante la cual confirma la Resolución SB Nº 101/2007 de 10 de septiembre de 2007.

El Sr. Julio Humberto Valenzuela González presenta Recurso Jerárquico el 10 de junio de 2008 contra la Resolución SB Nº 078/2008, solicitando que se anule el proceso hasta la Resolución Nº 078/2008 de 23 de mayo de 2008 y se pronuncie sobre el Auto de Vista de 06 de febrero del año 2006, así como la Sentencia Constitucional 0548/2007-R de 03 de julio de 2007 solicitando además que el Banco Bisa S.A. reponga las sumas de $us 25.000.- $us 17.000.- $us 10.000 y Bs 8619, de igual modo solicita imponer una sanción al funcionario Tomas Barrios y Marco Camacho y modificar la mínima sanción impuesta al funcionario Freddy Palacios y sancionar al Banco Bisa S.A.

La Superintendencia General del SIREFI emite la **Resolución Jerárquica RJ 62/2008 de 29 de septiembre de 2008** anulando el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 101/2007 inclusive, determinando que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras entre otros se pronuncie sobre la documentación aportada por el Sr. Julio Humberto Valenzuela como ser Auto de Vista de 6 de febrero del 2006 y Sentencia Constitucional 0548/2007-R de 3 de julio de 2007, que las sanciones administrativas sean dadas de acuerdo a la gravedad a los hechos y que se pronuncien respecto al cheque Nº 243601 por $us. 100.000.

1.4.1 Proceso en revisión.-

La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, emite la **Resolución Administrativa SB Nº 081/2009 de 2 de abril de 2009** y confirma en todas sus partes la Resolución SB Nº 70/2007 de 13 de julio de 2007, por lo que el Sr. Julio Valenzuela Gonzáles presenta Recurso de Revocatoria (Jerárquico) contra la Resolución SB Nº 081/2009 de fecha 2 de abril de 2009 y la Resolución SB Nº 092/2009 de 21 de abril la cual niega la complementación a la primera.

2.- ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

De la revisión del expediente administrativo cursante, y en sujeción al procedimiento administrativo se tiene que:

2.1 Consideraciones previas.-

A efectos de ingresar en el caso en compulsa, previamente se debe revisar sin han existido o no vicios procedimentales dentro de la tramitación de los procesos administrativos que se han seguido por la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

2.1.2 De los procesos administrativos.-

Como se ha podido evidenciar del numeral 1 del presente Considerando, han existido dos procesos administrativos sancionatorios, donde el último generó tres anulaciones por parte de la entonces Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera.

2.1.3 Del pronunciamiento pendiente de emisión.-

La Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a lo largo de los procesos administrativos que se desarrollaron en todo el tiempo de duración, no ha emitido pronunciamiento sobre la solicitud del recurrente, como se puede apreciar de la transcripción de los siguientes actos:

Mediante nota SB/ISB/D-9892/2002 enviada al Banco Bisa S.A. el 4 de marzo de 2002, determinó en su numeral 6 que: *"La instrucción de depósitos en una cuenta transitoria de los fondos reclamados por julio Valenzuela responden a la contingencia, que representa a la entidad la sustanciación de procesos judiciales. Sin embargo, se ha dejado pendiente de resolución la determinación del derecho sobre los montos depositados que se encontraría sujeta a los resultados de los procesos judiciales..."*

De igual manera la propia Resolución SB Nº 68/2002 de fecha 14 de julio de 2002, establece una condición para pronunciarse sobre la reposición de los dineros que fueron transferidos por inobservancia de las normas. En este caso la condición quedó supeditada a un pronunciamiento previo de la vía Judicial en cuanto a la reposición de los dineros. Estableciendo la Resolución Nº 68/2002 que: "*habiendo tomado conocimiento que algunos de los hechos controvertidos emergentes de estas operaciones se encontraban en consideración de autoridades jurisdiccionales, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ordenó la constitución de los montos litigados en una cuenta transitoria, hasta la resolución judicial"*

2.2 Del caso de Autos.-

Ahora bien, a continuación ingresamos al control de legalidad del proceso administrativo, que ha sido objeto del Recurso Jerárquico interpuesto por el Sr. Julio Valenzuela Gonzales es decir el segundo proceso que se inicia ante la solicitud presentada por el Sr. Julio Valenzuela a la SBEF para que esta se pronuncie sobre el Auto de Vista así como el cheque 243601 por Su$ 100.000.- cheque

2.2.1 Sobre las argumentaciones de forma.-

El recurrente señala que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 62/2008 de 29 de septiembre de 2008 hubiera anulado el procedimiento Administrativo inclusive hasta la Resolución Administrativa SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006.

Compulsado el expediente se tiene que en la parte resolutiva de la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 62/2008, determina que:

> ***"Artículo primero.-*** *Anular el procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 101/2007 inclusive, debiendo la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras dictar nueva Resolución de Instancia, en el cual se consideren, expresamente, todas las observaciones efectuadas en la presente resolución.'*

Por lo que, el recurrente confunde la Resolución Administrativa SB Nº 101/2007 con la Resolución Administrativa SB Nº 74/2006 de 7 de junio de 2006, siendo que esta última se encuentra en vigencia ya que no fue objeto de anulación por parte de la Ex Superintendencia General del SIREFI.

Asimismo, la Resolución Administrativa que resolvió el Recurso de Revocatoria es justamente la SB Nº 081/2009, contra la cual el recurrente, presenta impugnación.

De igual forma y bajo el principio de informalismo entendido como el de inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, así como la obligación de calificación y determinación del procedimiento que se debe seguir, conforme dicta la Ley de Procedimiento Administrativo, se entiende que el "Recurso de Revocatoria" presentado ante el Ex Superintendente de Bancos y Entidades Financieras y remitido al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas corresponde a Recurso Jerárquico.

2.2.2.- De la legalidad del último proceso sancionatorio.-

Como se ha podido observar, y de lo referido líneas arriba se tiene que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, resuelve sancionar en la Resolución Administrativa Nº 68/2002 a los Sres. Tomas Barrios Gerente Regional del Banco BISA y al Señor Marco Camacho como funcionario del Banco Bisa determinando amonestar al primero por incumplimiento a su deber de supervisar el cumplimiento de controles internos adecuados en las operaciones efectuadas por los funcionarios que se encuentran bajo su dependencia y al último con una multa equivalente a medio día de haber, por su responsabilidad en los errores operativos incurridos en el manejo de las cuentas del Consorcio COINBOL JUVALGO.

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

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

Al respecto el doctrinario Juan Carlos Cassagne, refiere que la sentencia en el proceso administrativo produce los mismos efectos de la cosa juzgada como ocurre en los demás procesos, implicando que en el presente caso el hecho de que la Resolución Administrativa SB Nº 68/2002 ya haya determinado las sanciones administrativas *intuito personae* de los funcionarios del Banco Bisa S.A., posteriormente no se podía iniciar otro proceso sancionador (al funcionario del Banco Bisa S.A Sr. Freddy Palacios), determinándose las mismas responsabilidades por los mismos errores operativos que fueron objeto de sanción por la Resolución SBEF Nº 68/2002 a otros funcionarios.

Ahora bien, debe dejarse en claro, el hecho de que los funcionarios responsables de los pagos denunciados hayan sido sancionados, no exime de la responsabilidad que tendría la entidad financiera (Banco BISA S.A), responsabilidad que deriva de los contratos de cuenta corriente, ahorro y otros suscritos con sus clientes, ya que el Banco por los servicios financieros que presta y las obligaciones contraídas, debe responder por todas las deficiencias que generen responsabilidad, cometidas por fallas en procesos internos, o por sus funcionarios en incumplimiento a la normativa. Esta responsabilidad que quedo supeditada a un pronunciamiento judicial.

Por lo que, la no aplicación de la normativa administrativa, genera el incumplimiento al debido proceso por el que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas vela, en estricta sujeción a la competencia conferida por norma, no pudiendo bajo ningún concepto pasar por alto ninguna irregularidad, y más aún si afecta el debido proceso.

De lo anteriormente referido, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, en uso de sus atribuciones y en el marco de los actuados administrativos cursantes, debió regirse al procedimiento administrativo, y haber emitido pronunciamiento respecto a cada uno de los puntos solicitados por el recurrente, mediante nota ECJ/03/06 de 20 de marzo de 2006.

2.2.3.- Solicitud de reposición de daños y perjuicios por el recurrente.

Referente a la solicitud del recurrente tanto en su Recurso Jerárquico, así como en su memorial presentado en fecha 27 de octubre de 2009, sobre la reposición de daños y perjuicios, así como las tasas de interés que fueron motivo de las operaciones de las irregulares, corresponde hacer conocer al recurrente que este Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, solo tiene competencia para dirimir asuntos de puro derecho, verificando que el procedimiento administrativo se haya llevado de acuerdo a Ley, por lo que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no tiene competencia para dirimir ni establecer daños y perjuicios, y menos determinar las tasas de interés, los que deberán ser resueltos por la vía llamada por Ley.
Por lo que este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas no se pronuncia, en estricta aplicación de los Art. 5 y 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo y por analogía el Artículo 7, parágrafo I del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de junio de 2003.

2.3. Fundamentos de los terceros interesados.-

El Banco Bisa S.A., mediante memorial presentado el 18 de agosto de 2009, ha presentado alegatos, mismos que corresponde sean revisados y fundamentados, en cuanto se refiere al punto en análisis conforme se procede a continuación:

2.3.1.- En cuanto al argumento que el Recurso de Revocatoria debe ser desestimado por haberse presentado en vez del Recurso Jerárquico (error insubsanable) se tiene lo siguiente:

La Ley de Procedimiento Administrativo artículo 4 inc I) señala que uno de los principios fundamentales de la administración, es el principio de informalismo entendido como la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado (…) y pudiendo ser excusadas, y no interrumpe el procedimiento administrativo.

La Ley de Procedimiento Administrativo en su Artículo 42, determina que: *"El órgano administrativo calificará y determinará el procedimiento que corresponda a la naturaleza de la cuestión planteada, si las partes incurrieran en error en su aplicación o designación*"

El Tribunal Constitucional en un caso con supuesto factico similar ha determinado en su Sentencia Constitucional 0512/2003-R que: "*En el caso de autos, en virtud de "informalismo" del Derecho Administrativo (junto con los de oficialidad y eficacia) - que excusa al administrado de la observancia de las exigencias formales no esenciales ambos recurridos, buscando favorecer al recurrente para que ejerza su derecho de impugnación, corrigieron las evidentes equivocaciones formales del recurrente, admitiendo un recurso denominado apelación (...) de esta manera, suplieron la confusión en que incurrió el recurrente a tiempo de utilizar los recursos de impugnación ...."*

Por lo que, queda claro que el Recurso presentado por Julio Valenzuela Gonzales, no puede ser desestimado aplicándose a favor del recurrente el principio de informalismo y de favorabilidad, y habiéndose calificado correctamente como Recurso Jerárquico a tiempo de su admisión.

2.3.2 Referente a que el recurrente (Julio Valenzuela Gonzales), no tendría legitimación activa procesal o impersonería de los demandantes para hacer el reclamo por los errores operativos cometidos en el CONSORCIO COINBOL JUVALGO.

En cuanto a este punto es necesario hacer referencia a lo que ya dijo la Sentencia Constitucional Nº 0548/2007-R de 3 de julio de 2007, respecto a este tema determinando en el punto III.4 '*Respecto al último de los argumentos de los recurrentes* (Banco BISA) *referido a que serían personas diferentes, de un lado los coactivados* (JUVALGO)*, y de otra la sociedad accidental COINBOL-JUVALGO, por lo que no sería posible una compensación; dicha observación* ***no***

es atendible para modificar la decisión asumida en el presente recurso, *pues aunque lo aseverado fuera evidente sin afirmar que lo sea,* ***prima un factor determinante, cual es que JUVALGO Ltda. es la empresa coactivada, y al mismo tiempo es parte de la sociedad accidental****(...),* ***por tanto, cualquier prestación a favor de dicho consorcio tiene necesaria repercusión en JUVALGO****,(...)* ***y en el presente caso, la sociedad accidental COINBOL JUVALGO es titular de la cuenta corriente favorecida con la restitución ordenada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; por tanto, dicha restitución favorece a JUVALGO Ltda.****, resultando de ello que como coactivada es también acreedora del Banco BISA S.A****(...). En mérito a lo expuesto,* ***no es aceptable el argumento de inexistencia de derechos de JUVALGO LTDA,*** *por lo que la concesión de la excepción sobreviniente por parte de los recurridos a favor de ésta, no fue indebida".*

De lo referido anteriormente permite confirmar entonces que el recurrente Julio Valenzuela Gonzáles, si tiene legitimación activa para reclamar y accionar contra el Banco Bisa. S.A.

2.3.3.- El Banco Bisa S.A.no tiene deuda ni obligación alguna para con JUVALGO LTDA., Julio Valenzuela y Martha Fiorilo de Valenzuela, por lo que su pedido de compensación es una pretensión que no tiene respaldo de ninguna índole.

En cuanto a este punto se debe remitir a la ya referido en el anterior punto es decir que la Sentencia Constitucional Nº 0548/2007-R de 3 de julio de 2007, respecto a este tema determinando en el punto III.4 '*Respecto al último de los argumentos de los recurrentes* (Banco BISA) *referido a que serían personas diferentes, de un lado los coactivados* (JUVALGO)*, y de otra la sociedad accidental COINBOL-JUVALGO, por lo que no sería posible una compensación; dicha observación* ***no es atendible para modificar la decisión asumida en el presente recurso,*** *pues aunque lo aseverado fuera evidente sin afirmar que lo sea,* ***prima un factor determinante, cual es que JUVALGO Ltda. es la empresa coactivada, y al mismo tiempo es parte de la sociedad accidental****(...),* ***por tanto, cualquier prestación a favor de dicho consorcio tiene necesaria repercusión en JUVALGO****,(...)* ***y en el presente caso, la sociedad accidental COINBOL JUVALGO es titular de la cuenta corriente favorecida con la restitución ordenada por la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras; por tanto, dicha restitución favorece a JUVALGO Ltda.****, resultando de ello que como coactivada es también acreedora del Banco BISA S.A****(...). En mérito a lo expuesto,* ***no es aceptable el argumento de inexistencia de derechos de JUVALGO LTDA,*** *por lo que la concesión de la excepción sobreviniente por parte de los recurridos a favor de ésta, no fue indebida".*

2.4 De la anulabilidad de los actos.-

La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

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

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

> *"Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

CONSIDERANDO:

Que, en base a lo ampliamente expuesto en el Considerando anterior, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, no hace mayor análisis y entra a los demás temas de fondo, toda vez que se ha podido evidenciar que el presente proceso no se ha seguido el debido proceso, afectando la seguridad jurídica.

Que, dicha situación conlleva a la anulación de los actos administrativos, para que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, en sujeción a la normativa administrativa y en regularización del trámite de Autos, debiendo emitir pronunciamiento sobre cada uno de los puntos solicitados por el recurrente, mediante nota ECJ/03/06 de 20 de marzo de 2006.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el artículo 43, literal a), con relación al Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- Anular el procedimiento administrativo hasta la Resolución Administrativa SB No. 70/2007 de 13 de julio de 2007 **inclusive**, debiendo en consecuencia dictarse nueva Resolución Administrativa ajustándola a derecho, conforme los fundamentos establecidos en la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTES

BANCO BISA S.A.
SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

ASFI Nº 014/2009 DE 26 DE MAYO DE 2009

ASFI Nº 009/2009 DE 19 DE MAYO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 016/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

ANULA

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 016/2009

La Paz, 30 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico presentado por los señores Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio, Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela en su calidad de Directores y Ejecutivos del **BANCO BISA S.A.,** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de fecha 26 de mayo de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión Financiera, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 0048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009; el Recurso Jerárquico presentado por **SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL**. representada por Ing. Ricardo Javier Arellano Albornoz, Gerente General contra la Resolución Administrativa ASFI Nº09/2009 de 19 de mayo de 2009 que confirma, el numeral 2) de la Resolución Administrativa SBNº 0048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°043/2009 de 19 de noviembre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado por los Sres. Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio, Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela en su calidad de Directores y Ejecutivos del **BANCO BISA S.A**., interpusieron Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de fecha 26 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 0048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009 emitida por la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras.

Que de igual manera **SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL**..representada legalmente por el Ing. Ricardo Javier Arellano Albornoz, Gerente General, de acuerdo al Poder Notarial Nº 873/2008, otorgado en fecha 19 de mayo de 2008 por el Dr. Juan Carlos Merco Vilca del Distrito Judicial de la Paz presentó Recurso Jerárquico contra

la Resolución Administrativa ASFI Nº09/2009 de fecha 19 de mayo de 2009 que confirma, el numeral 2) de la Resolución Nº 048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009.

Que, mediante carta ASFI/R-11189/2009 de 19 de junio de 2009, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió en fecha 22 de junio de 2009, al Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, el Recurso Jerárquico interpuesto por los señores Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio, Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela en calidad de Directores y Ejecutivos del **Banco BISA. S.A.** contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de fecha 26 de mayo de 2009, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SB Nº 0048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009.

Que, de igual manera mediante carta ASFI/R-7796/2009de 8 de junio de 2009 la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió en fecha 9 de junio de 2009, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Recurso Jerárquico interpuesto **SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL**. representada legalmente por el Ing. Ricardo Javier Arellano Albornoz contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 009/2009 que resuelve confirmar el numeral 2) de la Resolución SB Nº 048/2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 019/2009, publicada en el Matutino la Razón el 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la Superintendencia General del SIREFI, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera,

Que, el 29 de julio de 2009, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas emitió Auto de Admisión a los recursos jerárquicos planteados, estableciendo a su vez la Acumulación de ambos procesos recursivos ya que existía identidad de objeto y causa.

Que, admitido el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y cumpliendo el procedimiento establecido por el artículo 41 parágrafo II) del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003 mediante auto de 7 de agosto se de 2009, se hizo un llamamiento al tercer interesado notificándose a Rafael Bernardo De La Fuente Muszynki el 11 de agosto de 2009.

Que, el 1ro de septiembre de 2009, a horas 15 :00 am se recibió la exposición oral de fundamentos de **SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL.**

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SB Nº 0048/2009 DE FECHA 26 DE FEBRERO DE 2009

"**RESUELVE:**

1. Sancionar a los directores del Banco BISA S.A.: Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio y Wolfang Leander, y a los ejecutivos de la mencionada entidad Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela con suspensión temporal de sus funciones par el lapso de 90 días, por inobservancia

o incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4, inciso b) Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, por haber otorgado un crédito vinculado al señor Rafael Bernardo De La Fuente Muszynski.

2 Los directores y ejecutivos mencionados en el punto anterior no podrán autorizar la otorgación de nuevas operaciones crediticias al Grupo Económico Sudamericana conformado par la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L. y el señor Rafael Bernardo De La Fuente Muszynki, no pudiendo las operaciones del mismo ser objeto de reprogramaciones.

3 Se desestima la aplicación de sanciones por incumplimiento del numeral 4 inciso b) del Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, relación a la operación crediticia a favor de Roduga de Inversiones S.A.

4 En cumplimiento con el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, la presente Resolución deberá ser puesta en conocimiento de la Junta General Ordinaria de Accionistas, debiendo remitirse a este Organismo Fiscalizador, copia de las Actas respectivas con las determinaciones adoptadas."

2. RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO POR LOS EJECUTIVOS DEL BANCO BISA S.A..-

Mediante memorial presentado el 26 de marzo de 2009, los señores Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio, Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela en su calidad de Directores y Ejecutivos del **BANCO BISA S.A.** presentan Recurso de Revocatoria parcial contra los numerales 1, 2 y 4 de la Resolución SB Nº 048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009 bajo los siguientes fundamentos:

"*La Resolución impugnada es incompatible con el derecho a la notificación de cargos y en consecuencia con el derecho a la defensa, en atención a que se emplea en la motivación o fundamentación de la Resolución, argumentos que no son consustanciales con la notificación de cargos que se basa en el presunto incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

La Autoridad de Supervisión Financiera, al imponer la sanción prescinde de los principios de verdad material y sana critica, pues no solo resta valor a pruebas presentadas en el proceso en base a razones meramente formales, sino omite del todo analizar y siquiera pronunciarse sobre el material probatorio fundamental presentado después de los hechos o que llegó a conocimiento del Banco luego del otorgamiento del crédito, sin considerar que la averiguación de la verdad material consiste en determinar si había o no vinculación, tomando en cuenta todos los elementos que puedan inducir a su esclarecimiento independientemente del tiempo de la obtención, debiendo la determinación adoptada sustentarse en su apreciación a favor o en contra de toda prueba aportada.

La Resolución resulta violatoria de los principios de legalidad, tipicidad y especificidad, al imponer además de la sanción de suspensión de actividades a directores establecida en el Reglamento de Sanciones para este tipo de infracción, una sanción adicional no establecida en el mismo, como es la de prohibir temporalmente la otorgación de nuevas operaciones crediticias, ni reprogramar las existentes para un grupo prestatario, tipo de sanción establecida en el numeral 3) del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, texto ordenado, imponiendo dos sanciones por el mismo hecho y de manera indeterminada al no detallar el plazo por el cual dicha prohibición sería aplicable. Adicionalmente, en lugar de conminar al Banco para regularizar la situación, ha dispuesto la aplicación de medidas para suspender temporalmente la otorgación de dichos créditos, siendo la resolución contraria a una norma expresa en mayor jerarquía.

La Resolución viola el principio de proporcionalidad en relación con las circunstancias objetivas del hecho, en atención a que no ha existido perjuicio alguno derivado de la otorgación de créditos a los prestatarios legadamente vinculados al Banco Bisa S.A. y no ha existido beneficio alguno para los recurrentes, por lo cual las sanciones aplicadas son completamente desproporcionadas a los fines perseguidos por la norma y aun admitiendo en la Resolución impugnada que no existe vinculación entre el Banco Bisa S.A. y la empresa Sudamericana de Construcción SRL, se impone la sanción de prohibir la otorgación de nuevas operaciones crediticias y la realización de reprogramaciones a dicha empresa.

La Resolución impugnada es nula de pleno derecho, conforme establece el artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al no haberse pronunciado de manera expresa sobre todas las pruebas presentadas, no observa las garantías constitucionales de notificación de cargos, defensa, debido proceso, principio de legalidad, tipicidad,. Procedimiento punitivo y proporcionalidad, ni las exigencias de averiguación de la verdad material y sana crítica, tampoco observa la Ley de Bancos y Entidades Financieras, y el Reglamentó de Sanciones Administrativas ni las Sentencias del Tribunal Constitucional.

La Resolución al imponer la sanción de suspensión de las funciones de los recurrentes, afecta sus derechos subjetivos e intereses legítimos como la reputación buen nombre y patrimonio (...)

3. RECURSO DE REVOCATORIA PRESENTADO POR SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL.

Por memorial de fecha 24 de marzo de 2009, por el señor Ricardo Javier Arellano Albornoz, Gerente General, representante legal y apoderado de Sudamericana de Construcción SRL, presenta Recurso de Revocatoria parcial contra el numeral 2 de la Resolución SB Nº 0048/2009 de 26 de febrero de 2009 en mérito a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

"Sudamericana de Construcción SRL. y el Servicio Nacional de Caminos habrían suscrito dos contratos, el primero con el objeto de ejecutar todos los trabajos necesarios para el Mantenimiento Periódico del Tramo Potosí Sijllani de la carretera Potosí-Sucre y el segundo con el objeto de ejecutar todos los trabajos necesarios para el mantenimiento Periódico del Tramo Sijllani- Puente Méndez de la misma carretera.

El cumplimiento de ambos contratos habría sido garantizado con Boletas de Garantía de Correcta Inversión de Anticipo, emitidas por el Banco Bisa S.A. siendo la última renovación de las mismas en fecha 12 de diciembre de 2008.

Sudamericana de Construcción SRL. no habría sido parte en este proceso administrativo, por ello la Resolución final no podría afectarle ni beneficiarle ya que la misma debería comprender, única y exclusivamente a las partes esenciales intervinientes en el proceso administrativo, ocasionándole la violación de Garantías y derechos constitucionales, violación de normas de orden público e inseguridad jurídica que se establecerían en la Resolución impugnada al imponer sanciones a una empresa que nunca tuvo conocimiento del proceso administrativo.

La afirmación realizada en el numeral 2 de la parte Resolutiva de la Resolución SB Nº 0048/2009, sobre la existencia de un Grupo Económico Sudamericana, conformando por la Empresa Sudamericana de Construcción SRL. y el señor Rafael Bernardo de la Fuente Muszynsky, no respondería a la realidad de los hechos ya que no existe grupo económico, hecho que se hubiere probado con esa empresa de haber tenido oportunidad para ello.

El numeral 2 de la Resolución SB Nº 0048/2009 ocasionaría graves e irreparables consecuencias así como gravísimos daños y perjuicios, tales como la imposibilidad de renovar las Boletas de Garantía incumpliendo así los contratos suscritos con el ex Servicio Nacional de Caminos además la pérdida de imagen y de solvencia de la Empresa, debido a que no se considera parte integrante del presunto Grupo Económico Sudamericana.

Un acto administrativo como la Resolución SB Nº 0048/2009 que afecta a derechos de terceros, sin haberlos citado legalmente y haberles dado la oportunidad de defenderse, es claramente nulo de pleno derecho por carecer de objeto licito y posible, haber sido dictado prescindiendo absolutamente del proceso legalmente establecido, y ser contrario a la Constitución Política del Estado."

4.-RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ASFI Nº 014/2009 DE 26 DE MAYO DE 2009.-

La Resolución Administrativa ASFI No. 014 de 26 de mayo de 2009, que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por los Directores y Ejecutivos del Banco Bisa. S.A., y mediante la cual se confirma, en todas sus partes la Resolución SB Nº 0048/2009 de 26 de febrero de 2009, bajo los siguientes fundamentos

*"**CONSIDERANDO***

Que, el numeral 3 del artículo 154 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras señala entre las atribuciones de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, el vigilar el cumplimiento de las normas de intermediación financiera, ejercer y supervisar el control interno y externo, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales, normas técnicas y reglamentarias, a todas las entidades públicas, privadas y mixtas que realicen en el territorio de la República intermediación de recursos financieros.

Que, el artículo 50 de la misma Ley establece que las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos de prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo, conforme el numeral 4 de inciso b) del señalado artículo.

Que, el artículo 9, Sección 2, Capitulo I: Directrices Generales para la Gestión del Riesgo de Crédito, Titulo V, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, referido a los principios mínimos para la evaluación de deudores, cada entidad de intermediación financiera deberá contar con políticas de evaluación, las que deben contener al menos criterios de evaluación de la capacidad de pago, constituida como el principio fundamental de la evaluación de deudores. Asimismo, se determina que cada Entidad de Intermediación Financiera debe definir criterios que le permitan tomar decisiones sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja positivos, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo.

Que, de acuerdo al Anexo I, Titulo V Sección I Articulo 1 numeral 7 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, se establece que 'Los fines de los créditos deben estar consignados en los contratos respectivos, así como la estipulación de que si la EIF comprobare que los fondos hubieren sido destinados a fines distintos de los especificados, sin que hubiere mediado previa acuerdo de la EIF, ésta podrá dar por vencido el plazo del préstamo y su monto insoluto podría ser inmediatamente exigible, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que el deudor pueda haber incurrido'.

Que, numeral 1 del artículo antes señalado dispone que 'Capacidad de pago: La capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujo de caja provenientes de las actividades propias del giro del negocio, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor ajustados al ciclo productivo del negocio y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo.'

Que, adicionalmente, la Sección 2 Artículo 5 del Anexo mencionado, establece los criterios de calificación de cartera comercial que hacen referencia principalmente a la existencia de flujos de caja excedentes, suficientes, insuficientes e incluso de aquellos que no provienen del giro propio del negocio, para cubrir las obligaciones financieras en los términos pactados.

Que, el artículo 99 de la Ley N° 1488 de Bancos y Entidades Financieras modificada por Ley N° 2297 de 20 de diciembre de 2001, faculta al Superintendente de Bancos y Entidades Financieras a imponer sanciones administrativas a las entidades financieras, sus directores, síndicos, gerentes y empleados, cuando contravengan las disposiciones de esta Ley o las normas reglamentarias.

Que, el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que las entidades financieras bancarias que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas serán sancionados con una multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo. Los directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación que aprueben autoricen u otorguen créditos a que se refiere el señalado artículo, serán pasibles de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días. Las sanciones señaladas serán aplicadas independientemente de la conminatoria a la entidad de regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente bajo la directa responsabilidad del Directorio.

Que, la omisión de proceder a adecuarse a la Ley, acarreará para los directores responsables sanciones con multas personales no menores a cuatro ni mayores a diez veces el importe de las dietas que perciban, pudiendo disponerse la suspensión temporal de sus actividades en atención a la gravedad o consecuencias de dicha omisión.

Que, en la Carta Circular/SB/736/2007 de 29 de marzo de 2007, se define como 'grupo económico' a aquel conjunto de personas naturales y/o jurídicas que se encuentran relacionadas entre sí por vínculos de propiedad de un bien o participación en una sociedad en común, aquellas que participan en la dirección, administración o gestión de alguna sociedad en común y aquellas que mantienen una actividad, en común contratan operaciones de crédito con un mismo fin o mantienen una garantía en común, representando un solo riesgo crediticio para la entidad de intermediación financiera.

CONSIDERANDO:

Que, los principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo el marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación en el artículo 4 de la Ley 2341 del Procedimiento Administrativo.

Que, el parágrafo II del artículo 115 de la Constitución Política del Estado determina que el Estado garantizará el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Que, el debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

Que, el Principio de Verdad Material previsto por el inciso d) del artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que la Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil, en virtud del cual la decisión de la Administración debe ajustarse a los hechos y no limitarse únicamente al contenido del expediente, incluso más allá de lo estrictamente aportado por las partes, siendo obligación de la administración averiguar la verdad de los hechos, no limitando los hechos a simplemente algunas actuaciones que no son determinantes para la toma de las decisiones de la administración pública.

Que, el artículo 71 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece que las sanciones administrativas que las autoridades competentes deban imponer a las personas, estarán inspiradas en los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad.

Que, el principio de legalidad contemplado en el artículo 72 de la citada Ley establece que las sanciones administrativas podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas en norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la Ley y disposiciones reglamentarias aplicables.

Que, la Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 73 consagra el Principio de Tipicidad, estableciendo que son infracciones administrativas las acciones u omisiones expresamente definidas en las leyes y disposiciones reglamentarias y que solo podrán imponerse aquellas sanciones expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias.

Que, el artículo 75 de la Ley de Procedimiento Administrativo, consagra el principio de proporcionalidad, estableciendo que las sanciones pecuniarias deban prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulten más beneficiosas para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Que, el parágrafo I del artículo 35 de la Ley Nº 2341 del Procedimiento Administrativo determina que son nulos de pleno derecho los actos administrativos en los casos siguientes a) los que hubieran sido dictados por autoridad administrativa sin competencia por razón de la materia o del territorio; b) los que carezcan de objeto o el mismo sea ilícito o imposible ; c) los que hubiesen sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido; d) los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado; y e) cualquier otro establecido por ley.

CONSIDERANDO:

Que, la solicitud de declarar nula la Resolución impugnada, no puede ser considerada ni aceptada, debido a que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero no incurrió en ninguno de los casos establecidos en el artículo 35 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo que determinan que un acto administrativo es nulo, al haber emitido la Resolución SB/0048/2009, el Ex Superintendente de Bancos y Entidades Financieras que tenía competencia para emitir la misma, con objeto determinado licito

y posible, cumpliendo con el procedimiento administrativo establecido en la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo de 23 de abril de 2002 y el Decreto Supremo N° 27175 que aprueba el Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera y cumpliendo y considerando lo preceptuado por la Constitución Política del Estado, la Ley de Bancos y Entidades Financieras y demás normas conexas. En ese entendido, el Banco BISA S.A. utiliza la nulidad sin fundamentar la misma y sin considerar que esta categoría jurídica constituye una especie de sanción únicamente para aquellos casos viciados de conformidad a las causales o situaciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Que, en virtud a la solicitud de suspensión parcial y temporal de la Resolución SB N° 048/2009, se ha emitido el Auto Fundamentado de fecha 06 de abril de 2009, y toda vez que no se ha demostrado cual sería el daño irreparable o grave perjuicio ocasionado, se ha declarado la improcedencia de la solicitud de suspensión de la ejecución de la sanción impuesta, ni la suspensión de la limitación al otorgamiento de nuevas operaciones crediticias al grupo económico vinculado o la suspensión de la obligación de informar a la junta de accionistas respecto a la sanción impuesta, conforme a los fundamentos contenidos en el señalado auto fundamentado.

CONSIDERANDO:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha fundamentado la Resolución sancionatoria impugnada, con criterios técnicos y legales, y hechos que demuestran que el Banco no hizo un análisis previo respecto a la capacidad de pago del deudor a través de información suficiente y confiable, lo que lo llevó a otorgar el mismo con características vinculatorias, incumpliendo con el numeral 4) del Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que fue objeto de la notificación de cargos efectuada, por lo que el argumento referente a que no se considere el derecho a la notificación de cargos y en consecuencia al derecho de defensa, no pueden ser tomado (sic) en cuenta, más aún si el informe de inspección especial, que dio origen a la notificación de cargos, fue de conocimiento de la entidad a través de carta SB/ISRI/D- 64433/21008 de 18 de diciembre de 2008.

Que, el argumento referido a que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al imponer la sanción prescinde del principio de verdad material y sana crítica, no puede ser considerado en atención a que el Articulo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras prohíbe otorgar créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a las entidades financieras, en ese entendido, la norma establece el momento en el cual las entidades deben efectuar los análisis y evitar incurrir en la correspondiente prohibición, es decir, 'al momento de otorgar un crédito', debiendo existir evidencia de que el crédito aprobado contaba con objeto productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido y un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo.

Que, conforme al principio de tipicidad, el precepto legal (norma) es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción, en ese entendido, la descripción que efectúa el legislador, en el Articulo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, es clara, permitiendo que sus destinatarios (entidades financieras) conozcan exactamente la conducta reprochable y en qué momento deben dar cumplimiento a la misma.

Que, los Directores y funcionarios del Banco BISA S.A. reconocen que al momento de la otorgación del crédito, se limitaron a cumplir con el Manual de Procedimientos de Gestión de Créditos de 8 de junio de 2008 para otorgar créditos denominados 'operaciones urgentes,' documento que define la instancia de aprobación, plazo de la operación (menor a un año), además de consultar la calificación del prestatario en la Central de Información de Riesgo de Crédito (Calificación A o B) que podría darle alguna referencia,

pero de ninguna manera requería que se efectué un análisis previo de la capacidad de pago del deudor, situación que dio lugar a que se otorgue un crédito que no cuenta con un objeto comercial o productivo ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo, con el agravante de que dicho Manual en dicha fecha ya no se encontraba vigente.

Que, en ese entendido, este organismo de control estableció la verdad material al momento en que la norma regulatoria debía ser cumplida, considerando la prueba que acredite que en el otorgamiento del crédito se dio cumplimiento a la Ley, y no las pruebas obtenidas por el Banco después de los hechos o que llegó a conocimiento del Banco luego del otorgamiento del crédito, situación que ocasionaría ampliar el alcance de la norma por una interpretación errónea y erogando una facultad establecida para el legislador.

Que, respecto al alegato presentado, referido a que no correspondía sancionar por un crédito que fue cancelado con anterioridad a la emisión del informe de inspección y de la notificación de cargos efectuada, corresponde precisar que la Ley de Bancos y Entidades Financieras faculta al órgano regulador sancionar cuando la conducta de una Entidad Financiera no cumple con un determinado precepto legal, como sucedió en el presente caso con relación al Artículo 50 numeral 4), resultando irrelevante el hecho de que posteriormente a la determinación de la infracción, se haya cancelado dicho crédito. Por lo que dicho argumento no puede ser considerado.

Que, en cuanto a la vulneración al debido proceso a la que hacen referencia los recurrentes, corresponde señalar que el citado principio no puede considerarse como garantía de aceptación de sus argumentos, sino como derecho y oportunidad a ser oído y hacer valer sus pretensiones, aspectos que fueron cumplidos dentro del presente proceso administrativo, al haberse respetado todas las instancias y procedimientos previstos en la norma.

Que, al haberse determinado que la entidad otorgó un crédito con características vinculatorias al señor Rafael Bernardo de La Fuente Muszynki, prohibido por el Articulo 50 numeral 4), en cumplimiento del Artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo que consagra el Principio de Tipicidad de las sanciones administrativas, impuso la sanción expresamente establecida en el numeral 5) del Articulo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras y reglamentada en forma específica por el Artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

Que, en uso de la facultad que le da la norma para determinar la forma de conminar a la entidad a proceder a la regularización de la infracción , se ha prohibido la otorgación de nuevas operaciones crediticias y reprogramación de operaciones al señor Rafael De La Fuente Muszynski y la empresa Sudamericana de Construcción SRL, al haber sido reportados ambos como grupo prestatario por el mismo Banco BISA S.A., en atención a que el señor Rafael De La Fuente Muszynski solicitó en varias oportunidades la emisión de Boletas de Crédito por cuenta de Sudamericana de Construcción S.R.L., verificándose además, la relación por garantías debido a que Rafael Bernardo De La Fuente Muszynski y la empresa Sudamericana de Construcción S.R.L mantienen garantías hipotecarias de la empresa Arboleda del Sur S.A. ubicadas en Mallasilla (garantías comunes), por lo que el Grupo Prestatario (grupo económico) Sudamericana representa un mismo riesgo crediticio, por tener una misma fuente de repago.

Que, la conminatoria está dirigida a la regularización de las operaciones observadas y a que no vuelvan otorgar créditos con características vinculatorias prohibidos por el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras. En este entendido, es incorrecta la apreciación del Banco respecto a que dicha

conminatoria constituye la sanción que se encuentra establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, en atención a que no se está prohibiendo temporalmente al Banco Bisa S.A a operar con determinadas secciones ni a realizar las operaciones activas, pasivas , contingentes o de servicios establecidos por la Ley para los Bancos, No habiéndose impuesto dos sanciones sobre el mismo hecho, por lo que no se han vulnerado los principios de legalidad, tipicidad y especificidad.

Que, el argumento referido a que se ha violado el principio de proporcionalidad, en atención a que la sanción aplicada seria desproporcionada a los fines perseguidos, por no haber existido perjuicio alguno derivado de la otorgación de créditos al señor Rafael De La Fuente Muszynski y tampoco beneficio alguno para los recurrentes, no puede ser considerado, en atención a que el numeral 4 del Artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras no prevé que la existencia de un beneficio para los recurrentes o el perjuicio a la entidad o terceros sean elementos que deban ser considerados para determinar si un crédito es vinculado o no, o para tenerlos en cuenta al momento de aplicar la sanción establecida.

Que, el órgano de fiscalización al no existir agravantes y sobre la base de la razonabilidad de los descargos presentados, aplicados a la sanción menor prevista en el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas, de suspensión de funciones por 90 días, por lo que existió relación de proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta.

CONSIDERANDO:

Que, pese a que esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, analiza todos los hechos y pruebas presentadas existentes al momento del incumplimiento por parte de los recurrentes, la Dirección de Supervisión de Riesgos I ,mediante informe Técnico ASFI/DSRI/R-1027/ 2009 de 12 de mayo de 2009, ha efectuado el análisis de los hechos posteriores al otorgamiento del crédito expresados en el recurso de Revocatoria, con los siguientes resultados:

En relación al objeto o productivo suficiente= destino del Crédito

- *El financiamiento fue otorgado para que el deudor realice un anticipo a la compra de un terreno, y no la compra del mismo, por lo tanto el banco en ningún momento en el proceso de otorgación del crédito consideró como fuente de repago la realización del terreno y/o la importante valorización del mismo, en atención a el* (sic) *prestatario no adquirió la propiedad del inmueble y por tanto no podía realizarlo. El no contar con una fuente alternativa de pago fue reconocido por el Banco en el formulario de evaluación del proceso crediticio, suscrito al momento de efectuarse la inspección de riesgo crediticio por parte de la Autoridad de Supervisión Financiero. En este sentido un simple anticipo para la compra de un terreno no constituye un objeto comercial o productivo y no puede por sí mismo justificar el financiamiento recibido, conforme exige el Art 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

- *El objeto comercial y productivo en la concesión de un crédito no solo se demuestra con incluirlo en la solicitud o contrato de préstamo, sino además se debe verificar la correcta aplicación de los recursos, más aun cuando la fuente de repago tiene relación directa con el destino del crédito, como lo señalan los Informe de Presentación de Créditos (IPC's) de fechas 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2007 y la normativa interna de la entidad como la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. Por otra parte, el Banco BISA S.A. en el momento de la otorgación del crédito no contaba con ninguna documentación sustentatoria que evidencie el objeto comercial o productivo incluido en la solicitud.*

- *Se encuentra claramente definido, lo que debe considerarse como objeto comercial y/o destino de las operaciones tanto en el Manual de Gestión de Créditos, Manual de Procedimientos de Gestión de Créditos del Banco BISA S.A., como en el Anexo I del Titulo V. Sección I, articulo 1, numeral 7 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.*

- *La presentación de la Resolución Técnica Administrativa del Gobierno Municipal de ElAlto, Informe Técnico de levantamiento topográfico, plano del trazo vial de la Av. del Arquitecto, carta del Banco Los Andes Pro Credit S.A., recibo de US$ 500.000 y documento privado de la compra de maquinaria y equipo por US$ 305.500). efectuadas por los recurrentes en forma posterior a la otorgación del crédito no constituyen evidencia de que el desembolso del crédito haya sido aplicado a la finalidad del crédito u objeto comercial o productivo, sino simplemente respalda la existencia del terreno'. Asimismo, la inexistencia de esta documentación en el proceso crediticio previo y/o con las debilidades y deficiencias reconocidas por el banco, indican más bien que los recursos de este préstamo al cliente, pudieron haber sido utilizados en cualquier otro destino y no así al anticipo de la compra de un terreno en el cual se habría de implementar una galería comercial.*

- *Los recurrentes incorrectamente señalan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero observa que el perfil del proyecto no constituye evidencia del objeto comercial o productivo suficiente, cuando la observación se refiere a que la evaluación y determinación de la capacidad de pago no puede basarse en un perfil de proyecto, sino en un estudio de factibilidad, tal como lo expresa la entidad en los IPC's de fechas 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2007.*

  El otorgar créditos para financiar proyectos, por las entidades financieras representa un mayor riesgo respecto a otro tipo de créditos del deudor por aspectos tales como: el plazo (largo plazo) y/o porque muchas veces representa una actividad nueva, por lo tanto su evaluación debe ser más especializada y profunda. Por lo tanto el Banco no debe basar su decisión solo en lo que es el perfil de proyecto (identificación de la idea), sino en un estudio de factibilidad que contenga, entre otras, las principales siguientes etapas: Estudio de Mercado, características técnicas y operativas, análisis de costos, proyecciones, evaluaci6n económica, etc.

  Cabe remarcar que de acuerdo con los IPC de otorgamiento del crédito y de reprogramación (Operación N° 442767-01 de 12 de mayo de 2008), el análisis financiero se encontraba condicionado a la presentación del proyecto que proporcionaría evidencia de la viabilidad técnica y financiera del mismo, puntualizando además que incluso el perfil, no fue analizado por el Banco.

  - *La aclaración de los recurrentes sobre la diferencia entre un perfil de proyecto y un proyecto de factibilidad es cierta, la última con la información mínima, respaldada y suficiente como para tomar una decisión crediticia y sin la cual el banco decidió conceder la operación de crédito observada. Adicionalmente, queda en evidencia que el perfil de proyecto no fue analizado por el banco por su falta de sustento, lo que motivó la exigibilidad de requerimiento del proyecto completo en los dos desembolsos efectuados, así como su no presentación fue uno de los sustentos para proceder a la reprogramación de fecha 12 de mayo de 2008.*

Flujo neto de recursos = Capacidad de Pago

- *El Artículo 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras requiere en forma específica que el financiamiento recibido debe tener un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo, adicionalmente, el Anexo I del Título V, Sección 1 Articulo 1, numeral*

3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que 'antes de conceder un crédito, las Entidades de Intermediación Financiera deben cerciorarse de que el solicitante está en capacidad de cumplir sus obligaciones', como por su Artículo 3°, numeral 1 que indica que la 'La capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de las ***actividades propias del giro del negocio,*** *su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo'; aspectos que no fueron tomados en cuenta por el banco aun cuando la fuente de repago se encontraba directamente relacionado con el financiamiento otorgado y/o el destino del crédito el cual no fue evaluado debido a que no se presentó un proyecto completo que concluya en determinar su viabilidad.*

Es en ese sentido, que como lo manifiesta el IPC de fecha 30 de noviembre de 2007, el análisis financiero para determinar el flujo de caja y/o la capacidad de pago del deudor se encontraba condicionado a la presentación del proyecto socioeconómico y financiero de la Galería Comercial El Alto, puntualizando además que la unidad de riesgos establece que para tomar una decisión final es necesario conocer con mayor detalle la viabilidad técnica financiera del proyecto que se pretende desarrollar, lo que evidencia que no se evaluó ningún estudio de factibilidad que garantice el pago de la deuda, ni tampoco se evaluó alguna fuente alternativa de pago. Aspectos reconocidos por la entidad en el formulario de evaluación del proceso crediticio de esta Superintendencia de fecha 11 de agosto de 2008 firmada por los ejecutivos de la entidad.

- *No es evidente que no exista una norma o reglamento que defina lo que se debe entender por capacidad de pago, definición que se encuentra en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras como en el Manual de Gestión de Créditos del Banco BISA S.A. En dichas definiciones se establece que la capacidad de pago se mide por el flujo de fondos generado por el giro del negocio, es decir por actividades recurrentes, encontrándose por lo tanto la interpretación de los recurrentes sobre que no tiene ninguna incidencia el origen de los recursos con que se cancela la operación, se encuentra fuera de la normativa. Finalmente, se desconoce el origen de los recursos con los que se canceló el crédito, debido a que el deudor no cuenta con el respaldo de activos que en caso de insuficiencia de su flujo de caja, los haya realizado para pagar la deuda.*

PATRIMONIO

- *El comportamiento evolutivo del patrimonio del prestatario en el periodo 2006 2008 demuestra comportamiento irregular y carente de respaldo como se demuestra a continuación:*

    - *La declaración patrimonial de 20 de marzo de 2006 que reporta un patrimonio de $us.98.000 referido a dos departamentos ubicados en la calle 21 de Calacoto y avenida 6 de agosto, no adjunta documentación que respalde su verificación, que indican habría sido verificada por la División Legal del Banco.*

    - *La declaración patrimonial del deudor de 20 de abril de 2007 que reporta un patrimonio equivalente a $us.70.000, solo hace referencia al departamento ubicado en la avenida 6 de agosto, con el agravante de que el acápite destinado a*

la verificación de la documentación respaldatoria por (sic) *el División Legal, no incluye ningún comentario que certifique su verificación*.

- *La declaración patrimonial de 10 de abril de 2008 registra correctamente un patrimonio negativo del deudor, reflejando la verdadera situación patrimonial en ese momento, puesto que no le correspondía declarar la propiedad de un activo que nunca llegó a poseer y no se debe a una omisión por parte del deudor como lo manifiesta el banco, demostrándose una vez más que el Banco desconocía el destino de los recursos desembolsados. Situación que además pone de manifiesto que el banco no verificó la correcta aplicación de los recursos desembolsados por que no conocía el destino final del financiamiento, ya que el prestatario podría haber destinado dichos recursos como gasto.*

- *En la cronología descrita, no se hace mención a la reprogramación realizada en fecha 12 de mayo de 2008 originada por que el cliente no había enviado el proyecto socioeconómico y financiero de la Galería El Alto y el Banco cambio de políticas de financiamiento (de acuerdo al IPC de 12 de mayo de 2008), operación que mantenía saldo al momento de la inspección e incluía dentro de su documentación actualizada la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008 que refleja un patrimonio negativo y la cual debió ser validada y evaluada por el banco previo a proceder con la reprogramación.*

  En cuanto al patrimonio negativo registrado en la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008, la apreciación de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es correcta y refleja la verdadera situación patrimonial del deudor en ese momento, puesto que no le correspondía declarar la propiedad de un activo que nunca llegó a poseer y no se debe a una omisión por parte del deudor, demostrándose una vez más que el Banco desconocía el destino de los recursos desembolsados.

  La declaración patrimonial de 20 de de abril 2007, vigente al momento de conceder la operación que origina la notificación además de no encontrarse en las carpeta de créditos (ya que fue remplazada por la declaración jurada que muestra un patrimonio negativo del deudor); una vez proporcionada en el periodo de descargos a la notificación, reporta un patrimonio equivalente a $US 70.000 haciendo referencia a un departamento ubicado en la Av. 6 de agosto, con el agravante de que el acápite destinado a la verificación de la documentación respaldatoria por la División Legal, no incluye ningún comentario que certifique su verificación.

- *La manifestación de los recurrentes sobre que se ignoro la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008, pasa a ser más bien evidencia de que al momento de la reprogramación, el Banco no tomó la decisión en base a la documentación existente del deudor, a la que además debería habérsela sometido a un proceso de validación y/o control interno por las instancias de aprobación, lo que podría haber detectado el supuesto desconocimiento del deudor de la partida doble.*

- *La declaración patrimonial de 20 de abril de 2007 no se encontraba en la carpeta de créditos, recién fue remitida por el banco en el periodo de descargos de la notificación sin adjuntar ninguna documentación que respalde la existencia de bienes patrimoniales. Asimismo corresponde aclarar que la frase 'respalda declaración de inmueble' que indican los recurrentes es responsabilidad del departamento legal del banco, no se encuentra en esta declaración patrimonial por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debía verificar la*

existencia de documentación respaldatoria, labor que no se pudo efectuar por la carencia de la documentación, en el momento de efectuarse la inspección.

- *La observación referida a que los inmuebles constituidos como garantía son de propiedad de terceros y no del señor De La Fuente, es muy relevante respecto al patrimonio del deudor ya que es una evidencia más de que el deudor al momento de la aprobación de la operación observada, no contaba con activos propios para respaldar sus operaciones de crédito.*

- *Asimismo, respecto a la escritura pública N°1390/2007 anteriormente mencionada, no se cuenta con respaldo documentario que certifique la propiedad del Sr. De La Fuente de los inmuebles descritos en el documento, debido a que según folios reales, estos bienes continúan siendo de propiedad de la empresa Ingenieros y Arquitectos Asociados lo que evidencia que hasta la fecha no se ha efectuado la transferencia de los bienes que, según los recurrentes, son de propiedad del prestatario por efecto de la disolución de la sociedad.*

Que la Dirección de Supervisión de Riesgo I, concluye que, también en la etapa posterior a la aprobación y desembolso de crédito a favor del señor De La Fuente el proceso crediticio aplicado por el banco tiene observaciones relacionadas tanto al objeto el crédito como al flujo de caja o patrimonio suficientes para afrontar la deuda contraída confirmándose que se trata de un crédito otorgado con las características del numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.(...)"

5.- RESOLUCIÓN ASFI 009/2009 DE 19 DE MAYO DE 2009.-

La Resolución Administrativa ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009, que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por Sudamericana de Construcción SRL. bajo los siguientes fundamentos.:

" CONSIDERANDO:

Que el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras establece que las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, considerando como vinculado el crédito que no demuestre el objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio o flujo neto de recursos suficientes para respaldarlo, conforme el numeral 4 del inciso b) del señalado artículo.

Que el artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas contenido en la Sección 2, Capitulo II de Titulo XIII, de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, dispone que las entidades financieras que otorguen créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas, serán sancionadas con multa equivalente al tres por ciento (3%) del capital mínimo, determinando además que los directores, síndicos, gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación, que aprueben, autoricen u otorguen los créditos a que se refiere el presente artículo serán pasibles de sanción de suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días.

Que la norma mencionada, señala que las sanciones serán aplicadas independientemente de la conminatoria a la entidad para regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente, bajo la directa responsabilidad del directorio.

Que el articulo 39 numeral 3) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, faculta a las entidades de intermediación financiera a otorgar avales, fianzas y otras garantías a primer requerimiento a las personas naturales o jurídicas que lo soliciten.

Que en la Carta Circular SB Nº 1736/2007 de 29 de marzo de 2007. se define como 'grupo económico' a aquel conjunto de personas naturales y/o jurídicas, que se encuentran relacionadas entre sí por vínculos de propiedad de un bien o participación en una sociedad en común. aquellas que participan en la dirección, administración o gestión de alguna sociedad en común y aquellas que mantienen una actividad en común, contratan operaciones de crédito con un mismo fin o mantienen una garantía en común, representando un solo riesgo crediticio para la entidad de intermediación financiera.

CONSIDERANDO:

Que, los principios Fundamentales de cada ordenamiento jurídico constituyen la base en la que se asienta todo marco legal, es así que la actividad administrativa se rige por principios de Derecho Administrativo que integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, estableciendo las bases. para el desarrollo del procedimiento orientados a la protección del bien de la colectividad, consagrados en nuestra legislación, en el artículo 4 de la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo.

Que el parágrafo II del artículo 36 de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, determina que el defecto de forma solamente determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados.

Que la Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ N° 14/2005 de 8 de abril de 2005, señala que la anulabilidad de las notificaciones no realizadas en el plazo previsto por el Artículo 33, Parágrafo III, de la Ley Adjetiva Administrativa solo puede ser procedente en la medida que haya operado el principio de trascendencia. Este principio señala que para que sea procedente la declaración de anulabilidad, es necesaria la existencia de un perjuicio al administrado y un interés jurídico legítimo para su declaración.

CONSIDERANDO:

Que mediante carta NEGLP/279/2009 enviada por el Banco BISA S.A. al Gerente General de la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L., comunica que mediante Resolución SB N° 048/2009 la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ha prohibido al Banco BISA S.A. realizar nuevas operaciones crediticias con el Grupo Prestatario Sudamericana, conformado por la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L. y el señor Rafael Bernardo De La Fuente Muszynsky, no pudiendo ser sus actuales operaciones objeto de reprogramación.

Que en aplicación del Principio de Trascendencia se determina que la falta de notificación con la Resolución SB N° 048/2009 de 26 de febrero de 2009 a la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L. no acarrea efectos legales que puedan dar lugar a la nulidad o anulabilidad del proceso administrativo, toda vez ,que la carta citada, ha puesto en conocimiento de los recurrentes los extremos contenidos en la Resolución SB N° 48/2009, dando lugar a que puedan interponer los recursos correspondientes ejerciendo su derecho a la defensa de forma irrestricta, por lo que en ningún momento se ha producido un estado de indefensión para el recurrente, ni se han violado principios constitucionales ni procedimentales.

Que el proceso sancionatorio objeto del presente proceso administrativo, ha sido llevado en contra del Banco BISA S.A. sus directores y ejecutivos, por lo que en su tramitación no correspondía la que se notifique a la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L.

Que, el grupo Sudamericana es reportado de esa manera por el propio Banco Bisa S.A vinculado al Señor Rafael De La Fuente Muszynki por destino económico (operaciones de Crédito con el mismo fin) en aten-

ción a que la señalada persona ha solicitado en varias oportunidades la emisión de Boletas de Crédito por cuenta de Sudamericana de Construcción SRL., verificándose además, la relación por garantías debido a que Rafael De La Fuente Muszynsky y la empresa Sudamericana de Construcción SRL. mantienen garantías hipotecarias de la empresa Arboleda del Sur S.A. ubicada en Mallasilla (garantías comunes) por lo que el Grupo Prestatario (grupo económico) Sudamericana representa un mismo riesgo crediticio, por tener una misma fuente de repago.

Que de la revisión del contrato de fianza suscrito por el Banco Bisa S.A y la Empresa Sudamericana de Construcción SRL. de fecha 12 de diciembre de 2008, se establece que no se acordó la posibilidad de renovación de las boletas de garantía, en atención a que la cláusula novena dispone que vencido el plazo de validez las boletas dejaran de tener vigencia y caducaran de hecho, sin lugar a extensión, ni ampliación de plazo, quedando, por lo tanto nula y sin efecto para su cobro.

Que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 39 numeral III) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras todas las entidades de Intermediación financiera están autorizadas para otorgar avales, fianzas y otras garantías a primer requerimiento por lo que la Empresa Sudamericana de Construcción SRL. puede suscribir contratos de fianza con cualquiera de las demás entidades del sistema financiero y obtener las boletas de garantía correspondientes, no evidenciándose posibilidad de irrogar al recurrente daños graves con la ejecución de la Resolución SB Nº 048/2009 de 26 de febrero de 2009.(...)"

6.- RECURSO JERÁRQUICO PRESENTADO POR LOS EJECUTIVOS DEL BANCO BISA S.A.-

Que de igual forma mediante memorial presentado el 17 de junio de 2009, Julio León Prado, Julio Jaime Urquidi Gumucio, Tomas Barrios Santivañez, Fernando Pardo Borth y Jorge Velasco Tudela en su calidad de Directores y Ejecutivos del BANCO BISA S.A. presentan Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de fecha 26 de mayo de 2009, emitida por la Autoridad de Supervisión Financiera argumentado lo siguiente:

"IV. DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

IV.I. VIOLACIÓN DEL ART. 50, NUMERAL 4), DE LA LEY DE BANCOS., DEL ART. 16 DE LA ANTERIOR CONSTITUCIÓN POLITICA DEL ESTADO Y DEL ART. 119 PARÁGRAFO II DE LA NUEVA CARTA MAGNA.

El cuarto considerando de la resolución que impugnamos a la letra dice:

Que, la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ha fundamentado la Resolución sancionatoria impugnada, con criterio técnicos y legales, y hechos que demuestran que el Banco no hizo un análisis previo respecto a la capacidad de pago del deudor a través de información suficiente y confiable, lo que llevó a otorgar el mismo con características vinculatorias, incumpliendo con el numeral 4) del Articulo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición que fue objeto de la notificación de cargos efectuada, ***por lo que el argumento referente a que*** **no se** ***considero el derecho a la notificación de cargos*** **y en** ***consecuencia al derecho de defensa,*** **no** ***puede ser tomado*** **en** ***cuenta, mas aun si el informe de inspección especial, que dio origen a la notificación de cargos, fue de conocimiento de la entidad a través de carta SB/ISRI/D- 64433/21008 de*** **18** ***de diciembre de 2008****.'*

Cuando fundamentamos que no se consideró nuestro derecho a la notificación de cargos y en consecuencia se vulnero nuestro derecho de defensa, no nos hemos referido propiamente al acto procesal de comunicación o actividad material de entrega de la notificación de cargos. El argumento arriba indicado

es tangencial, puesto que no ha considerado en su verdadera cabalidad el derecho a la Notificación de Cargos que tiene por objeto que la persona sometida a proceso sancionatorio debe conocer a ciencia cierta exactamente de qué se le acusa, a fin de que pueda preparar las pruebas que refuten dicha acusación y de esa manera pueda ejercer adecuadamente su derecho de Defensa. Siguiendo con ese criterio el derecho a la Notificación de Cargos (y por consiguiente el Derecho de Defensa) es burlado cuando se impone una sanción que se basa en hechos diferentes a los alegados en la notificación de cargos o se emplea en la motivación o fundamentación de la decisión final del proceso, argumentos que no son consustanciales con la notificación de cargos realizada.

Una vez más, se ha pasado por alto el hecho de que la Notificación de Cargos se basa en ***un presunto;*** *violando lo dispuesto en el numeral 4 inciso b) del Articulo 50 de la Ley* de Bancos y Entidades Financieras. Esta disposición con relación a las operaciones de crédito establece que debe cumplirse con lo siguiente:

a. *Las entidades financieras no podrán otorgar créditos a prestatarios o grupos prestatarios vinculados a ellas.*

b. *Será considerado vinculado a una entidad financiera todo prestatario o grupo prestatario que reúna una o más de las siguientes características:*

4. No *demuestre un objeto comercial* o *productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, ni un patrimonio* o *f1ujo neto de recursos suficiente para respaldarlo'.*

Por lo tanto, queda claro que el proceso debió versar únicamente sobre la existencia o inexistencia de vinculación entre el Banco BISA S.A. (en adelante 'Banco BISA' o 'Banco') y un prestatario (o grupo de prestatarios conforme indica la Notificación de Cargos) a quien se ha otorgado créditos. A efectos de determinar la existencia o no de vinculación, el proceso debió centrarse en la demostración de un objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido, y de un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo.

En consecuencia, el proceso (así limitado por la Notificación de Cargos) ***no podía versar sobre otros hechos diferentes a los comprendidos en el artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras*** *(P. Ej. el incumplimiento de las normas sobre encaje legal, CAP menor al permitido por Ley, etc.), pues para ello, debería previamente notificarse a los presuntos culpables con dicho cargo a fin de garantizar el derecho a la Notificación de Cargos reconocido no solo en el articulo 82 (Etapa de Iniciación) de la LPA y en el articulo 66 (Notificación de Cargos) del Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003 (en adelante 'Reglamento a la LPA para el SIREFI');*

Cabe reiterar que el derecho a la notificación de Cargos es parte consustancial del derecho a la defensa, reconocido por el Art. 16 de la anterior Constitución Política del Estado y ahora previsto por el parágrafo II del artículo 119 de la Nueva Carta Magna, pues es imposible para una persona ejercer una adecuada defensa si desconoce los cargos de los cuales se le acusa. La violación del Derecho de Defensa asimismo causa la inmediata vulneración del Derecho al Debido Proceso reconocido por el parágrafo I del artículo 117 de la Nueva CPE, pues no puede existir un debido proceso legal si no se ha dado posibilidad al acusado de defenderse plenamente. Es importante apuntar al respecto que la violación de una garantía procesal generalmente resulta en la vulneración de otras garantías pues todas ellas constituyen un 'sistema' o conjunto de elementos interdependientes entre sí para una finalidad común.

Por otra parte, no existe pronunciamiento en la resolución que impugnamos con relación a la imposición de sanciones que no se encuentran basadas únicamente en la existencia de dicha vinculación sino mas bien basadas en alegados incumplimientos de deberes de diligencia (observaciones jamás formuladas y que no corresponden a un procedimiento administrativo sancionador), impidiéndose de esa manera el ejercicio del Derecho a la Imputación y consecuentemente violándose los Derechos a la Defensa y Debido Proceso, conforme se ha detallado precedentemente.

IVJI VIOLACION AL INC) D DEL ART. 4 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En análisis del quinto considerando párrafo segundo, su autoridad manifiesta que:

' *...el argumento referido* a *que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero al imponer la sanción prescinde del principio de verdad material* y sana *critica, no puede ser considerado en atención* a *que el Articulo 50 de la Ley de Bancos* y *Entidades Financieras prohíbe otorgar créditos* a *prestatarios* o *grupos prestatarios vinculados a las entidades financieras, en* ese *entendido, la norma establece el momento en el cual las entidades deben efectuar los análisis* y *evitar incurrir en la correspondiente prohibición,* es *decir, 'al momento de otorgar un crédito', debiendo existir evidencia de que el crédito aprobado contaba con objeto productivo suficiente para justificar el financiamiento recibido* y *un patrimonio* o *flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo.'*

Esta consideración es un acto por demás ligero que viola el inciso d) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Principios Generales de la Actividad Administrativa) *referente a la investigación de la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil. En efecto, en el procedimiento administrativo el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa entonces, no solo debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes sino a la investigación de la 'verdad material' respecto a la verdad formal.*

Si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales verdaderos, su acto estaría viciado, ello se refleja particularmente en uno de los requisitos fundamentales del acto administrativo detallado en el inciso f) del parágrafo 11 del artículo 28 (Objeto del Acto Administrativo) del Decreto Supremo No. 27113 de 23 de julio de 2003 (en adelante 'Reglamento a la LPA') que dispone expresamente que el acto administrativo debe contener disposición que 'No se encuentre en contradicción con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas'.

La resolución que impugnamos no se pronuncia en relación al hecho de que el art. 47 (Prueba) de la LPA, a fin de averiguar la verdad material y los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento establece la permisibilidad de que las partes podrán acreditar por cualquier medio de prueba admisible en derecho (parágrafo I) y dichas pruebas serán valoradas de acuerdo al principio de la sana critica (parágrafo IV)

De igual manera el parágrafo 111 del artículo 29 (Prueba) del Reglamento a la LPA para el SIREFI dispone que: ***'Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana critica'.***

Una vez más reproducimos que la Sentencia Constitucional No. 577/2002-R, de 20 de mayo de 2002, ha establecido que la valoración de la prueba aportada no se puede " ... apartar del principio de la legalidad, así como el de razonabilidad y equidad'. Así las Sentencias Constitucionales Nos. 075/2004-R,

*0301/2004-R, y otras de igual manera establecen que **existe violación al principio del debido proceso y al derecho de defensa... cuando en dicha valoración exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad** (SC 0873/2004-R y 106/2005-R, entre otras), o cuando la resolución que determine una sanción haya omitido arbitrariamente valorar la prueba y su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales'.*

*Por otra parte, no emite criterio en relación al inc.) e del Art. 28 de la Ley del Procedimiento Administrativo (Elementos Esenciales del Acto Administrativo) pues es importante resaltar que el medio por el cual la ley asegura que prevalezca el principio de verdad material y que se haya empleado la sana critica, para la emisión del fallo, su adecuada motivación o fundamentación, estableciendo como parte imprescindible del acto administrativo el 'Fundamento' indicando que **el acto administrativo: "Deberá ser fundamentado**, expresándose en forma concreta,' las razones que inducen* a *emitir el acto, consignando, además, los recaudas indicados en el inciso b) del presente artículo'.* El mencionado inciso b) a su vez expresa como elemento esencial la Causa estableciendo que el acto administrativo: *'Deberá sustentarse en los hechos* y *antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable.'*

Sólo con una adecuada y completa motivación (es decir que no se limite a la mera enunciación de argumentos sino que asegure que los mismos se refieran a la cuestión bajo examen y que además conduzcan lógicamente a las conclusiones a las que se arribe), se podrá controlar que el acto administrativo haya cumplido con la adecuada e Integra valoración de la prueba, de acuerdo a las reglas de la sana critica y que, de esa manera, se haya procurado de la mejor manera posible la averiguación de la verdad material.'

Asimismo, la fundamentación del acto administrativo permite la identificación de los errores de hecho o de derecho que pudieron haber ocurrido y, de esa manera asegura el derecho de defensa pues el administrado, en conocimiento de las razones que motivan un determinado acto, tiene la mayor facilidad para plantear sus objeciones al mismo.

*No obstante lo anteriormente expuesto, la resolución sancionatoria impone sanciones prescindiendo absolutamente del Principio de Verdad Material pues no solo resta valor a pruebas presentadas en el proceso en base a razones meramente formales, sino **omite del todo analizar y siquiera pronunciarse** sobre material probatorio fundamental que demuestra inexistencia de vinculación entre el Banco BISA y el prestatario a quien se han otorgado créditos y errores que lamentablemente no fueron subsanados por su autoridad.*

IV.III VIOLACION AL ART. 72, PARAGRAFO 11 DEL ART. 73 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Continuando con la revisión de la resolución impugnada en el quinto considerando párrafo tercero trascrito dice:

> *'Que, conforme al principio de tipicidad, el precepto legal (norma)* es *la orden de observar un determinado comportamiento,* es *decir, de no realizar algo* o *de cumplir determinada acción, en ese entendido, la descripción que efectúa el legislador, en el Articulo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras,* es *clara, permitiendo que sus destinatarios (entidades financieras) conozcan exactamente la conducta reprochable y en que momento deben dar cumplimiento* a *la misma.'*

El parágrafo 11 del artículo 117 de la Nueva CPE reconoce el principio non bis indem al disponer: 'Nadie será procesado ni condenado más de una vez por mismo hecho'

Por otra parte, de acuerdo al artículo 72 (Principio de Legalidad) de la LPA: 'Las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando estas hayan sido previstas por norma expresa, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley y disposiciones reglamentarias aplicables'

De manera complementaria, el parágrafo 11 del artículo 73° (Principio de Tipicidad) de la LPA establece que: 'Sólo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias'

Como resultado de lo anterior, no sólo la infracción y la sanción deben estar establecidas legalmente sino, en los casos en los cuales se asigna una sanción especifica a una infracción, solo ella es aplicable pues lo contrario serla una violación a los Principios de Legalidad y Tipicidad. Adicionalmente, en caso que se aplique no solo la sanción establecida para la infracción sino también otras sanciones no previstas expresamente para ella, a mas de violarse ambos principios también se vulnerará el principio non bis in idem que, como vimos prohíbe la aplicación de dos condenas por un mismo hecho.

En el caso de autos, el artículo 13 de la Sección 2 del Reglamento de Sanciones Administrativas establece que la sanción aplicable a directores, síndicos. gerentes, administradores, apoderados generales o funcionarios con distinta denominación por el incumplimiento de la prohibición de conceder créditos a prestatarios vinculados es la suspensión temporal de sus actividades por plazo no menor a 90 días. El mencionado artículo además aclara que: 'Las sanciones señaladas serán aplicadas independientemente de la conminatoria a la entidad para regularizar la situación en la forma y plazo que determine el Superintendente, bajo la directa responsabilidad del directorio'

Como resultado de lo anterior, de determinarse la existencia de la infracción consistente en la vinculación entre el Banco BISA y un prestatario al cual se le han concedido créditos vinculados (extremo no admitido), correspondía aplicar a los Recurrentes específica y únicamente la suspensión temporal de sus actividades por un plazo no menor a 90 días y, en su caso, conminar a la entidad para regulariza ésta situación en la forma y plazo a ser determinados por el señor Superintendente.

Contrariamente, como se evidencia del numeral 2 de la parte resolutiva de la Resolución Sancionatoria y del análisis del párrafo mencionado al haber dispuesto que los Recurrentes no puedan autorizar la otorgación de nuevas operaciones crediticias a un prestatario, decidiendo además que operaciones del mismo no sean objeto de reprogramaciones, se ha aplicado sanción que no corresponde de ninguna manera a la alegada infracción por la que se han notificado cargos.

Sobre el carácter sancionatorio de la mencionada prohibición recuérdese que el numeral 3 del artículo 99 del Texto Ordenado de la Ley No. 1488 (en adelante 'Ley de Bancos') establece expresamente como sanción la: 'Prohibición temporal para realizar determinadas operaciones u operar determinadas secciones.'

En consecuencia, ***la resolución sancionatoria y la resolución que ahora se impugna resultan violatorias del Principio de Legalidad al imponer una segunda sanción no establecida por ley para la infracción que se acusa; y del principio non bis in idem al imponer dos sanciones por el mismo hecho.*** *Todo con el agravante que la sanción doblemente impuesta, además de ser inaplicable al caso es indeterminada pues, de manera contraria a lo establecido en la norma, no se detalla el plazo para el cual dicha prohibición sería aplicable.*

Pero los vicios de la Resolución van aún más lejos, pues la misma no solo ha aplicado una sanción que no corresponde a la alegada infracción por la cual se han notificado cargos, sino que incluso ha ido en contra de la sanción expresamente establecida pues, en lugar de conminar al Banco BISA para que 'regularice la situación' alegadamente detectada, ha dispuesto, mediante el punta 2 de su parte resolutiva, directamente la aplicación de medidas que tendrían dicho objeto siendo de esa manera abiertamente contraria a una norma expresa de mayor jerarquía.

VIV VIOLACION AL INC. P) DEL ART. 4, ART. 75 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Al considerar el principio de proporcionalidad en el sexto considerando párrafo doceavo concluyen que:

> *'Que, el argumento referido a que se ha violado el principio de proporcionalidad, en atención a que la sanción aplicada seria desproporcionada a los fines perseguidos, por no haber existido perjuicio alguno derivado de la otorgación de créditos al señor Rafael De La Fuente Muszynski y tampoco beneficio alguno para los recurrentes, no puede ser considerado, en atención a que el numeral 4 del Artículo 50 de la Ley de Saneas y Entidades Financieras no prevé que la existencia de un beneficio para los recurrentes o el perjuicio a la entidad o terceros sean elementos que deban ser considerados para determinar si un crédito es vinculado o no, o para tenerlos en cuenta al momento de aplicar la sanción establecida.'*

El Art. 75 de la Ley de Procedimiento establece que 'toda sanción pecuniaria deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas'.

El contenido del referido principio no se agota con el matiz regulado en el procedimiento administrativo sancionador pues el Principio de Proporcionalidad tiene una dimensión mucho más amplia y consiste un presupuesto necesario de todo acto administrativo según el Principio de Proporcionalidad establecido por el inciso p) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo que menciona: 'La Administración Pública actuara con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizara los medios adecuados para su cumplimiento.'

Aún más, ampliamente el artículo 29 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: 'Los actos administrativos se emitirán por el órgano administrativo competente y su contenido se ajustara a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Los actos serán proporcionales y adecuados a los fines previstos por el ordenamiento jurídico.'

En consecuencia, todo acto administrativo (y con mayor razón aquellos como la resolución sancionadora, que al poner fin a un procedimiento administrativo sancionador, deciden sobre la afectación a derechos subjetivos e intereses legítimos) debe ser proporcional a los fines que persigue.

En el caso concreto la resolución sancionadora, así como la resolución que impugnamos. de manera alguna es proporcional a los fines perseguidos por la norma pues, si el objeto de la Ley de Bancos es evitar que se concedan créditos a partes vinculadas, con la finalidad de evitar perjuicios al sistema financiero, no solo se debió ineludiblemente comprobar la existencia de una real vinculación (verdad material) sino también verificar la existencia de perjuicios al sistema financiero. La mencionada proporcionalidad se traduce en la evaluación de criterios universales tales como el daño producido por la infracción y el beneficia obtenido por el infractor.

*Al respecto, sin admitir de ninguna manera la existencia de una infracción administrativa, debemos manifestar que**, no ha existido perjuicio alguno derivado de la otorgación de créditos a los prestatarios allegadamente vinculados al Banco BISA y no ha existido beneficio alguno para los Recurrentes, por lo cual las sanciones aplicadas son completamente desproporcionadas a los fines perseguidos por la norma y a la realidad de los hechos irrefutablemente demostrada en el expediente administrativo**, situación que lamentablemente no ha considerado su autoridad limitándose a aplicar la letra muerta del art. 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras originándonos un perjuicio.*

IV.VI VIOLACION AL PROPIO ART. 50 NUMERAL 4) DE LA LEY DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS.

En el considerando séptimo (Relación al objeto comercial o productivo suficiente = destino del crédito) su autoridad incurre en una flagrante violación al art. 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras con el argumento siguiente:

> *'El financiamiento fue otorgado para que el deudor realice un anticipo para la compra de un terreno, y no la compra del mismo, por lo tanto el banco en ningún momento en el proceso de otorgación del crédito considero como fuente de repago la realización del terreno y/o la importante valorización del mismo, en atención a que el prestatario no adquirió la propiedad del inmueble y por tanto no podía realizarlo. El no contar con una Fuente alterativa de pago fue reconocido por el Banco en el formulario de evaluación del proceso crediticio, suscrito al momento de efectuarse la inspección de riesgo crediticio por parte de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero. En ese entendido un simple anticipo para la compra de un terreno, no constituye un objeto comercial o productivo y no puede por sí mismo justificar el financiamiento recibido, conforme exige el Art. 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.*

El objeto comercial y productivo en la concesión de un crédito no solo se demuestra con incluirlo en la solicitud o contrato de préstamo, sino además se debe verificar la correcta aplicación de los recursos, más aun cuando la fuente de repago tiene relación directa con el destino del crédito, como lo señalan los Informe de Presentación de Créditos (IPC's) de fechas 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2007 y la normativa interna de la entidad como la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras. Por otra parte, el Banco BISA S.A. en el momento de la otorgación del crédito no contaba con ninguna documentación sustentatoria que evidencie el objeto comercial o productivo incluido en la solicitud.

Se encuentra claramente definido, lo que debe considerarse como objeto comercial y/o destino de las operaciones tanto en el Manual de Gestión de Créditos, Manual de Procedimientos de Gestión de Créditos del Banco BISA S.A., como en el Anexo I del Titulo V, Sección 1, articulo 1, numeral 7 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras.

La presentación de la Resolución Técnica Administrativa del Gobierno Municipal de El Alto, Informe Técnico de levantamiento topográfico, plano del trazo vial de la Av. del Arquitecto, carta del Banco Los Andes Pro Credit S.A. recibo de US$.500.000 y documento privado de la compra de maquinaria y equipo por US$.305.500), efectuadas por los recurrentes en forma posterior a la otorgación del crédito no constituyen evidencia de que el desembolso del crédito haya sido aplicado a la finalidad del crédito u objeto comercial o productivo, sino simplemente respalda la existencia del terreno.

Asimismo, la inexistencia de esta documentación en el proceso crediticio previa y/o con las debilidades y deficiencias reconocidas por el banco, indican más bien que los recursos de este préstamo al cliente, pudieron haber sido utilizados en cualquier otro destino y no así al anticipo de la compra de un terreno en el cual se habría de implementar una galería comercial.

Los recurrentes incorrectamente señalan que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero observa que el perfil del proyecto no constituye evidencia del objeto comercial o productivo suficiente, cuando la observación se refiere a que la evaluación y determinación de la capacidad de pago no puede basarse en un perfil de proyecto, sino en un estudio de factibilidad, tal como lo expresa la entidad en los IPC's de fechas 30 de noviembre y 5 de diciembre de 2007. El otorgar créditos para financiar proyectos, por las entidades financieras representa un mayor riesgo respecto a otro tipo de créditos del deudor por aspectos tales como: el plazo (largo plazo) y/o porque muchas veces representa una actividad nueva, por lo tanto su evaluación debe ser más especializada y profunda. Por lo tanto el Banco no debe basar su decisión solo en lo que es el perfil de proyecto (identificación de la idea), sino en un estudio de factibilidad que contenga, entre otras, las principales siguientes etapas: Estudio de Mercado, características técnicas y operativas, análisis de costos, proyecciones, evaluación económica, etc. Cabe remarcar que de acuerdo con los IPC de otorgamiento del crédito y de reprogramación (Operación W 442767-01 de 12 de mayo de 2008), el análisis financiero se encontraba condicionado a la presentación del proyecto que proporcionaría evidencia de la viabilidad técnica y financiera del mismo, puntualizando además que incluso el perfil, no fue analizado por el Banco.

La aclaración de los recurrentes sobre la diferencia entre un perfil de proyecto y un proyecto de factibilidad es cierta, la ultima con la información mínima, respaldada y suficiente como para tomar una decisión crediticia y sin la cual el banco decidió conceder la operación de crédito observada. Adicionalmente, queda en evidencia que el perfil de proyecto no fue analizado por el banco por su falta de sustento, lo que motivo la exigibilidad de requerimiento del proyecto completo en los dos desembolsos efectuados, así como su no presentación fue uno de los sustentos para proceder a la reprogramación de fecha 12 de mayo de 2008."

***Los argumentos transcritos no responden a un razonamiento lógico que demuestre una ausencia de objeto comercial y productivo**. El objeto comercial es apreciado en función a la solicitud del cliente y a la evidencia proporcionada por él al Banco. La solicitud especificaba el objeto como la compra de un terreno en El Alto, objeto comercial y productivo suficiente. Y el cliente proporcionó el perfil de proyecto que respaldaba su solicitud. Todo lo cual se encuentra detallado en la información proporcionada a la SBEF (actualmente ASFI) por los Recurrentes (entre otros por medio de los informes citados anteriormente) y que ahora su autoridad en lugar de pronunciarse expresamente los a omitido.*

Es falsa la afirmación de que existe una definición acerca del objeto comercial; la normativa existente no incluye descripción alguna de lo que constituye un objeto comercial y productivo. ***Por ello, no existe tipicidad alguna sobre la que sea posible determinar, de manera objetiva, si existe o no.***

La explicación que se hace sobre el objeto comercial y productivo en la resolución de impugnación no justifica lo que constituye un objeto comercial y productivo ni en el Informe SB/ISRI/D-637 19/2008.

Ante esta ausencia de especificidad y de tipicidad, la Ley exige que, para emitir una sanción, la fundamentación esgrimida por la autoridad sancionatoria, debe ser aún más completa, directa, objetiva y lógica.

En otras palabras, no bastan argumentos subjetivos, incompletos y carentes de lógica para justificar una sanción, máxime cuando no existe el parámetro legal objetivo de una norma sobre la cual fundar la sanción.

Tan es así, ahora se menciona que la Resolución Técnica Administrativa Municipal del Departamento de Asesoría Jurídica Técnica del Gobierno Municipal de El Alto (GMEA) de fecha 25 de julio de 2005, por la que dispone la apertura de una vía de tercer orden (Av. del Arquitecto) que le otorgara al terreno en cuestión, dos frentes colindantes con avenidas y calles, incrementando significativamente su valor; el Informe Técnico de levantamiento topográfico elaborado en fecha 15 de marzo de 2007 que certifica la superficie del terreno en cuestión. El mencionado Informe Técnico incluye un plano del terreno que muestra que por la apertura de la prolongación de la Av. del Arquitecto, el terreno adquiriría un frente sobre la misma avenida de 85,1 metros adicionales, siendo su actual frente únicamente de 7,4 metros, sobre la calle del Km. 7; así como el plano del trazo vial de la Av. del Arquitecto, Martin Cárdenas y Noel Kempff Mercado. Esta institución, en fecha 21 de febrero de 2008, entregó al señor De La Fuente, en calidad de apoderado del terreno en cuestión, el plano con el nuevo trazo vial, además de la demostración de la aplicación del crédito al objeto de financiamiento con la presentación de los documentos privados que acreditan el anticipo de compra del terreno y pago por la maquinaria de equipo. A lo cual se suma la existencia de la carta del Banco Los Andes Pro Credit con la que se demuestra que el Sr. De La Fuente se encontraba efectivamente en la busca de financiamientos alternas a los del Banco para financiar su proyecto, el recibo de US$.500.000 presentado además del documento privado correspondiente a la compra de maquinaria y equipo por US$.305.500, (sobre cuya validez nos expresamos luego), supuestamente no constituirían la evidencia de que el desembolso del crédito haya sido aplicado a la finalidad del crédito u objeto comercial o productivo sino que simplemente respaldaría la existencia del terreno.

*Estos argumentos resultan un contrasentido porque **las pruebas arriba mencionadas, presentadas en la formulación de nuestros descargos** y detalladas en nuestro memorial de 'Alegato en Conclusiones', **evidencian primero, de la aplicación del desembolso a la finalidad del crédito concedido y segundo de un evidente y documentado 'objeto comercial,'** como se lo ha hecho y también **'productivo'** que no puede ser desvirtuado por su autoridad.*

Se arguye que otorgar créditos para financiar proyectos representa un mayor riesgo, que, para ello debe ser la evaluación especializada, por lo que no bastaría un perfil de proyecto sino un estudio de factibilidad y no constituiría un objeto comercial.

Al respecto, el fundamento citado insinúa que el perfil de proyecto presentado no constituiría evidencia de objeto comercial suficiente. Esta aseveración nuevamente incurre en una apreciación, muy subjetiva, de la idoneidad del perfil como proyecto, por lo que carece totalmente de razonamiento relevante y de conclusión.

*En forma adicional, el fundamento citado, al ser esgrimido para sustentar la sanción aplicada, viola los principios legales y constitucionales señalados anteriormente ya que **no existe norma alguna, expresa, que señale los requisitos que debe reunir un perfil de proyecto para ser considerado aceptable,. El argumento de las 'buenas y mejores prácticas' no cabe en este caso, ya que es, por su propia naturaleza, subjetivo y cambia de caso en caso**, por lo que no puede ser utilizado como sustento para la sanción que requería una fundamentación completa, detallada y razonada para arribar a dicha conclusión.*

La indicación acerca del perfil de proyecto, pierde de vista que el crédito observado no es el de desarrollo del proyecto, sino el de la compra de un terreno en el cual, posteriormente, desarrollaría el proyecto en caso de ser viable el mismo y en caso de decidir el Banco financiarlo (cosa que, como bien sabe la SBEF (actualmente ASFI), nunca ocurrió). Esta explicación se encontraba contenida en el Informe de

Presentación de Créditos - IPC de fecha 30.11.07 el que señala que el mismo tiene como objeto 'dar un anticipo de USD. 500M para la compra de un terreno ' .... donde se tiene proyectado la construcción de un centro comercial, proyecto denominado 'Galería Comercial El Alto', con un costo aproximado de inversión de USD 10.000.000.- ... ' indicando que 'los fondos desembolsados a través de esta se destinaran a un anticipo para formalizar la intención de compra, permitiendo al Sr. De La Fuente asegurar esta oportunidad de negocio' y que "el análisis financiero de la presente operación se encuentra condicionado a la presentación del proyecto socio económico y financiero de la Galería Comercial El Alto, motivo por el cual se concede un plazo de 60 días', todo lo cual la SBEF (actualmente ASFI) ignora o prefiere no evaluar. Nótese bien que el financiamiento fue para la compra del terreno.

A mayor abundamiento, cabe apuntar que lo requerido por la SBEF (actualmente ASFI) con relación a que el perfil del proyecto no cuenta con sustento o estudio que respalde la información es válido para un proyecto de factibilidad pero no para un perfil de proyecto, el que, por su propia naturaleza se basa en información preliminar.

La SBEF (actualmente ASFI) omite el análisis y consideración de la evidencia proporcionada por el Banco relativa a la importante valorización del terreno que sería adquirido por la simple apertura de una avenida adicional. Este solo hecho sirve para demostrar que la operación realizada por el cliente tenía un objeto comercial o productivo. Todo lo anterior en violación del Derecho de Defensa, sana critica y búsqueda de la verdad material.

Por todo lo expuesto, queda claro que no se han considerado los siguientes hechos, pruebas y fundamentos legales:

- *El Banco sí aplicó el procedimiento de Informe de Presentación de Créditos -IPC corto en sujeción a lo establecido en el numeral 1.21 del proceso de aprobación de créditos comerciales - flujo 4 del Manual de Procedimientos de Gestión de Créditos, vigente desde el 28 de noviembre de 2006.*

- *Con relación a la validación del perfil de proyecto, la SBEF (actualmente ASFI) hace omisión o mal interpreta los comentarios expuestos en el Informe de Presentación de Créditos - IPC de fecha 30.11.07 el que señala que el mismo tiene como objeto 'dar un anticipo de USD. 500M para la compra de un terreno... donde se tiene proyectado la construcción de un centro comercial, proyecto denominado 'Galería Comercial El Alto', con un costo aproximado de inversión de USD 10.000.000.- ' ... los fondos desembolsados a través de esta se destinarán a un anticipo para formalizar la intención de compra, permitiendo al Sr. De La Fuente asegurar esta oportunidad de negocio' y que 'el análisis financiero de la presente operación se encuentra condicionado a la presentación del proyecto socio económico y financiero de la Galería Comercial El Alto. Motivo por el cual se concede un plazo de 60 días', y que 'para tomar una decisión final es necesario conocer con mayor detalle la viabilidad técnica y financiera del proyecto que se pretende desarrollar'.*

Como es también conocido por la SBEF (actualmente ASFI) que posteriormente, en el Informe de Presentación de Créditos - IPC de fecha 05/12/07 se señala que se 'amplia su plazo en 120 días debido a que el propietario del terreno aún se encuentra regularizando los documentos de propiedad ante la Alcaldía, a fin de perfeccionar su venta, y se le aprueba el incremento del monto en US$.300M para la compra de maquinaria y equipo, puesto que el cliente ha decidido par un tema costo/beneficio adquirir maquinaria en lugar de alquilarla como tenía previsto inicialmente'. 'El equipo a ser financiado, será utilizado tanto en

la ejecución de este proyecto como en otras obras que el Sr. De La Fuente se encuentra desarrollando, entre las cuales podemos mencionar: Embovedado Río Choqueyapu, Embovedado Río Favoca, y Parque Urbano Central, esta última por un monto aproximado de US$.1 .800.000'.

Posteriormente, como también fue explicado y documentado en memoriales anteriores, el Banco por motivos prudenciales y de cambio de las circunstancias del mercado nacional, tomo la decisión de no financiar proyectos a largo plazo, por lo cual decidió no proseguir con el financiamiento del proyecto, aspecto oportunamente comunicado al cliente, quien mediante nota anunció su pago, por esta circunstancia el Banco consideró innecesario, requerir la presentación del proyecto y no continuar con evaluación alguna.

La descripción precedente, demuestra claramente que el Banco, ***previo a la concesión del crédito, analizó la existencia del objeto comercial a ser financiado.***

La aplicación del crédito al objeto de financiamiento también ha sido demostrada con la presentación de los documentos privados que acreditan el anticipo de compra del terreno y pago por la maquinaria y equipo. Además de la existencia de la carta del Banco Los Andes Pro Credit con la que se demuestra que el Sr. De La Fuente se encontraba efectivamente en la busca de financiamientos alternos a los del Banco para financiar su proyecto.

No obstante que el Banco reconoció que no se realizó el seguimiento físico o no visito el terreno objeto del destino de los fondos desembolsados, esto de ninguna manera constituye prueba alguna de que el Banco desconocía el destino de financiamiento y mucho menos de una supuesta inexistencia de un objeto comercial y productivo, toda vez que el destino del crédito se encuentra señalado en los informes y documentos crediticios previa a la aprobación de la operación y fundamentalmente en el 'Contrato de Compromiso de compra venta' por US$.3.000,000.- suscrito el 14 de diciembre de 2007, que se encontraba debidamente archivado en la carpeta crediticia. La practica habitual crediticia se traduce en la solicitud del crédito para un determinado fin, se concede el crédito y luego el cliente presenta la documentación que sustenta la aplicación del objeto crediticio, todos estos aspectos fueron cumplidos en la concesión del crédito al Sr. De La Fuente; por los Considerandos de la SBEF (actualmente ASFI), se interpretaría que el Sr. De La Fuente, primero deberia presentar la documentación de sustento de la aplicación del objeto y destino crediticio y luego, recién solicitar el crédito; ***aspecto que no es posible cuando el objeto crediticio está destinado a la compra de un bien o como es el caso a dar un anticipo para la compra de un bien, pues es obvio y lógico que el vendedor suscribirá el documento luego de concretar el hecho económico.***

Por otra parte, la SBEF (actualmente ASFI) no considera lo señalado en el Artículo 6ª del Código de Comercio, referido a que 'Son actos y operaciones de comercio, entre otros:

1. *La compra de mercaderías o bienes muebles destinados a su venta en el mismo estado o después de alguna transformación, y la subsecuente enajenación de ellos, así como su permuta;*
2. *La adquisición o alquiler de maquinaria en general o implementos para alquilarlos o subalquilarlos y el alquiler o subalquiler de los mismos;*
16 *La actividad empresarial de construcciones y edificaciones en general comprendiendo las dedicadas a montajes, instalaciones y otros;'*

En consecuencia, tanto el perfil de proyecto (aún y sin embargo, de las limitaciones señaladas por la SBEF(actualmente ASFI), complementado con el recibo de US$.500.000 además del documento privado

correspondiente a la compra de maquinaria y equipo por US$.305.500, (también contemplados en el Artículo 320ª del Código Civil) constituyen prueba plena de la demostración de la aplicación del fin del crédito concedido traducido en un evidente y documentado objeto comercial y productivo.

La SBEF (actualmente ASFI) concluye en forma temeraria, arbitraria y subjetiva, dando por cierta la 'posibilidad que el crédito pudiera haber sido desviado" sin prueba alguna; *sólo por no estar archivados los documentos relativos a la aplicación del fin del crédito, ignorando y negando validez al Contrato de Compromiso de compra venta por US$.3.000,000.- suscrito el 14 de diciembre de 2007, que se encontraba debidamente archivado en la carpeta crediticia y arbitrariamente no toma en consideración que los documentos relativos a: i) Recibo suscrito en fecha 30 de noviembre de 2007 que acredita el pago de US$.500.000 como anticipo por la compra del terreno y ii) Documento privado de fecha 18 de diciembre de 2007, correspondiente a la compra de maquinaria y equipo por US$.305.500 aportados y presentados al amparo de la apertura del término de prueba que expresamente señala ' ... habiéndose considerado la importancia de conocer mayor información y elementos de análisis para lograr la correcta convicción de los hechos y velando por los principios de defensa y debido proceso .. '*

Por consiguiente la documentación presentada con posterioridad, independientemente de que la misma haya o no cursado en el expediente crediticio corresponde sea admitida y considerada al amparo de lo señalado en el Art. 29 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, que señala:

I. Las Superintendencias Sectoriales del SIREFI, dentro de sus respectivos procedimientos, de oficio o a pedido de parte, podrán disponer la producción de pruebas admisibles en derecho, respecto de los hechos invocados y que sean conducentes para la toma de sus decisiones; pudiendo, sin embargo, rechazar a través de una resolución fundada, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorios.

II. La providencia que ordene la producción de las pruebas será expresa y deberá ser notificada a las partes interesadas con indicación del plazo fijado para la producción de las mismas y la fecha y hora de las audiencias, cuando corresponda. El plazo de prueba será de veinte (20) días hábiles administrativos, prorrogables por diez (10) días adicionales, por una sola vez y por motivos justificados.

III. Las pruebas serán valoradas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica.

La prueba documental presentada de ninguna manera puede ser considerada impertinente, innecesaria, excesiva o meramente dilatorias, y al no haberse pronunciado la SBEF (actualmente ASFI) mediante resolución fundada de rechazo de esta prueba, no puede desconocerla únicamente por el hecho de haberse presentado con posterioridad a la cancelación del crédito, sin fundamento legal alguno.

IV. VII VIOLACION AL ART. 50 NUMERAL 4) DE LA LEY DE BANCOS.

En el considerando séptimo (Flujo Neto de Recursos = Capacidad de pago) su autoridad incurre una vez más en una flagrante violación al art. 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras con el argumento siguiente:

Flujo de neto de recursos=Capacidad de Pago

El Artículo 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras requiere en forma especifica que el financiamiento recibido debe tener un patrimonio o flujo neto de recursos suficiente para respaldarlo, adicionalmente, el Anexo I del Título V, Sección 1 Articulo 1, numeral 3 de la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, establece que 'antes de conceder un crédito, las Entidades de Intermediación Financiera deben cerciorarse de que el solicitante está en capacidad de cumplir sus obligaciones', como por su Artículo 3º numeral 1 que indica que 'La capacidad de pago constituye el principio fundamental de la evaluación de deudores, la cual se determina sobre la base del análisis financiero, la capacidad de generación de flujos de caja provenientes de ***las actividades propias del giro del negocio****, su estabilidad, su tendencia, la suficiencia de los mismos en relación con la estructura de pasivos del deudor y los factores internos y externos que podrían motivar una variación de la capacidad de pago tanto en el corto como en el largo plazo'; aspectos que no fueron tomados en cuenta por el banco aún cuando la fuente de repago se encontraba directamente relacionado con el financiamiento otorgado y/o el destino del crédito el cual no fue evaluado debido a que no se presentó un proyecto completo que concluya en determinar su viabilidad.*

Es en ese sentido, que como lo manifiesta el IPC de fecha 30 de noviembre de 2007, el análisis financiero para determinar el flujo de caja y/o la capacidad de pago del deudor se encontraba condicionado a la presentación del proyecto socioeconómico y financiero de la Galería Comercial El Alto, puntualizando además que la unidad de riesgos establece que para tomar una decisión final es necesario conocer con mayor detalle la viabilidad técnico financiera del proyecto que se pretende desarrollar, lo que evidencia que no se evaluó ningún estudio de factibilidad que garantice el pago de la deuda, ni tampoco se evaluó alguna fuente alternativa de pago. Aspectos reconocidos por la entidad en el formulario de evaluación del proceso crediticio de esta Superintendencia de fecha 11 de agosto de 2008 firmada por los ejecutivos de la entidad.

No es evidente que no exista una norma o reglamento que defina lo que se debe entender por capacidad de pago, definición que se encuentra en la Recopilación de Normas para Bancos y Entidades financieras como en el Manual de Gestión de Créditos del Banco BISA S.A. En dichas definiciones se establece que la capacidad de pago se mide por el flujo de fondos generado por el giro del negocio, es decir por actividades recurrentes, encontrándose por lo tanto la interpretación de los recurrentes sobre que no tiene ninguna incidencia el origen de los recursos con que se cancela la operación, se encuentra fuera de la normativa. Finalmente, se desconoce el origen de los recursos con los que se cancelo el crédito, debido a que el deudor no cuenta con el respaldo de activos que en caso de insuficiencia de su flujo de caja, los haya realizado para pagar la deuda.'

Con relación a la fundamentación citada, ésta pasa por alto la naturaleza jurídica del Art. 50, numeral 4, inciso b) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, disposición legal que no exige que se demuestre flujo suficiente específicamente referido a la ejecución de un proyecto. ***El referido artículo únicamente requiere que se demuestre la capacidad de pago del deudor. Sin otra exigencia.***

La fundamentación citada no cumple con demostrar lo que la Ley exige que la SBEF (actualmente ASFI) demuestre: el flujo insuficiente. Ni siquiera demuestra que el proyecto mismo no hubiera generado el flujo de fondos suficiente, siendo así que se suministro evidencia muy amplia a la SBEF (actualmente ASFI) que demuestra que el proyecto hubiera generado más que suficiente flujo para su repago.

Debido a la carencia de argumentos con relación a lo que debe demostrar la SBEF (actualmente ASFI), el contenido de esta observación no puede ser utilizado como sustento de la conclusión y de la sanción

aplicada, por lo que otro más de los argumentos esgrimidos por la SBEF (actualmente ASFI) para ello, queda sin efecto.

Cabe mencionar, además, que el criterio aplicado por el Banco para la concesión del crédito, se fundamento en que independientemente del flujo que el cliente generaría a través del proyecto 'Galería Comercial El Alto' aspecto no analizado por tratarse de un crédito para anticipo de la compra del terreno, y que posteriormente se definiría (si se financiaba o no el proyecto) luego que el cliente presente el proyecto técnico, económico y financiero del mismo, el Banco considero que el cliente no tendría inconvenientes en el pago del crédito (por US$.800.000) dado que a la fecha de concesión del mismo, se encontraba desarrollando tres proyectos de construcción: Construcción del edificio Barrientos II por US$.250.000.- con inicio de obras en febrero de 2007; Construcción de la Vía Balcón Parque urbano central, por US$.175.000.- con inicio de obras en agosto de 2007; embovedado del río Choqueyapu por US$.150.000.- con inicio de obras en septiembre de 2007.

Adicionalmente, se consideró que tenía en proyección la adjudicación de la obra del embovedado del río Faboca por US$.525.000, y la construcción del sistema de alcantarillado Distrito 8 del El Alto por US$.2.894.162.

Adicionalmente, el Banco tomó en consideración que el cliente detentaba en el rubro de la construcción 11 años de experiencia con 54 obras desarrolladas por US$.11.000.000, antes de ser cliente del BISA. Aspectos consignados en la carpeta crediticia del cliente y verificados por la comisión de inspección de la SBEF (actualmente ASFI).

En el informe complementario de fecha 10 de febrero de 2009, se adjunta un detalle de todos los proyectos que generaron ingresos en el periodo comprendido entre julio de 2007 y agosto 2008 mencionados precedentemente y se adicionan:

+El mantenimiento de los tramos Potosí - Sijllani - Puente Méndez de la carretera Potosí -Sucre, del cual no percibió ingresos entre julio 2008 a diciembre 2008,

+ El sistema de Alcantarillado Distrito 8 de El Alto, el mismo que comenzó a redituar ingresos a partir del mes de noviembre de 2008, adjudicado en agosto de 2008 por US$.2.894.162.

+Embovedado del río Faboca por US$.525.000,obra adjudicada en abril de 2008.

Tomado en consideración que el objeto comercial y productivo, y el patrimonio positivo del Sr. De la Fuente, han sido adecuadamente demostrados con documentación válida y sustentada antes de la concesión del crédito, la observación de la SBEF (actualmente ASFI) se reduciría a la falta de evaluación de parte del Banco a la capacidad de generación del flujo de fondos del cliente, por efecto que el Banco se limitó a aplicar la evaluación IPC corto, ***dado que se trataba de una operación de corto plazo, de un cliente antiguo con créditos vigentes, con calificación A y con negocio en marcha debidamente probado;*** *esta supuesta omisión del Banco (evaluación del flujo de fondos) según normas en vigencia de la misma SBEF (actualmente ASFI) podía haber determinado un posible, pero de ninguna manera puede ser considerado como un elemento para calificar el crédito como vinculado.*

Sin embargo y dado que el crédito fue cancelado, en el plazo establecido, es importante reiterar que ni, la legislación vigente ni la normativa emitida por la SBEF (actualmente ASFI) instruye

que, luego que un crédito es cancelado, se debe obtener información fehaciente, el origen de los recursos y que los mismos necesariamente o únicamente provengan de la generación de flujos de las actividades propias del deudor para la cancelación de sus obligaciones crediticias.

Por consecuencia, es válido considerar que el simple hecho que ***el préstamo fue pagado oportunamente,*** *demuestra que el Sr. De La Fuente, tenía suficiente capacidad de generación de flujo de fondos sea con recursos de su propio negocio u otras fuentes independientes de las actividades propias del deudor o por efecto que el negocio no llegó a concretarse y el anticipo hubiera sido devuelto. En consecuencia, la capacidad de pago del cliente ha sido demostrada en los hechos en forma inobjetable.*

IV.VIII. VIOLACIÓN AL ART 50 NUMERAL 4) DE LA LEY DE BANCOS

En el considerando séptimo (PATRIMONIO) la Resolución que recurrimos incurre una vez más en flagrante violación al Art 50 numeral 4) de la Ley de Bancos y Entidades Financieras con el argumento siguiente:

> *'El comportamiento evolutivo del patrimonio del prestatario en el periodo 2006, 2008 demuestra comportamiento irregular y carente de respaldo como se demuestra a continuación:'*
>
> *...En la cronología descrita, no se hace mención a la reprogramación realizad en fecha 12 de mayo de 2008 originada por. que el cliente no había enviado el proyecto socioeconómico y financiero de la Galería El Alto y el Banco cambió de políticas de financiamiento (de acuerdo al IPC de 12 de mayo de 2008), operación que mantenía saldo al momento de la inspección e incluía dentro de su documentación actualizada la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008 que refleja un patrimonio negativo y la cual debió ser validada y evaluada por el banco previo proceder con la reprogramación. En cuanto al patrimonio negativo registrado en la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008, la apreciación de esta Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero es correcta y refleja la verdadera situación patrimonial del deudor en ese momento, puesto que no le correspondía declarar la propiedad de un activo que nunca llegó a poseer y no se debe a una omisión por parte del deudor, demostrándose una vez más que el Banco desconocía el destino de los recursos desembolsados.*
>
> *La declaración patrimonial de 20 de abril de 2007, vigente al momento de conceder la operación que origina la notificación, además de no encontrarse en la carpeta de créditos (ya que fue reemplazada por la declaración jurada que muestra un patrimonio negativo del deudor); una vez proporcionada en el periodo de descargos a la notificación, reporta un patrimonio equivalente a $us.70.000, haciendo referencia a un departamento ubicado en la avenida 6 de Agosto, con el agravante de que el acápite destinado a la verificación de la documentación respaldatoria por el División Legal, no incluye ningún comentario que certifique su verificación.*
>
> *La manifestación de los recurrentes sobre que se ignoró la declaración patrimonial de 10 de abril de 2008, pasa a ser más bien evidencia de que al momento de la reprogramación, el Banco no tomó la decisión en base a la documentación existente del deudor, a la que además debería habérsela sometido a un proceso de validación*

y/o control interno por las instancias de aprobación, lo que podría haber detectado el supuesto desconocimiento del deudor de la partida doble.

La declaración patrimonial de 20 de abril de 2007 no se encontraba en la carpeta de créditos, recién fue remitida por el banco en el periodo de descargos de la notificación sin adjuntar ninguna documentación que respalde la existencia de bienes patrimoniales. Asimismo corresponde aclarar que la frase 'respalda declaración de inmueble' que indican los recurrentes es responsabilidad del departamento legal del banco, no se encuentra en esta declaración patrimonial por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, debía verificar la existencia de documentación respaldatoria, labor que no se pudo efectuar por la carencia de la documentación, en el momento de efectuarse la inspección.

La observación referida a que los inmuebles constituidos como garantía son de propiedad de terceros y no del señor De La Fuente, es muy relevante respecto al patrimonio del deudor ya que es una evidencia más de que el deudor al momento de la aprobación de la operación observada, no contaba con activos propios para respaldar sus operaciones de crédito.

Asimismo, respecto a la escritura pública W1390/2007 anteriormente mencionada, no se cuenta con respaldo documentario que certifique la propiedad del Sr. De La Fuente de los inmuebles descritos en el documento, debido a que según folios reales, estos bienes continúan siendo de propiedad de la empresa Ingenieros y Arquitectos Asociados lo que evidencia que hasta la fecha no se ha efectuado la transferencia de los bienes que, según los recurrentes, son de propiedad del prestatario por efecto de la disolución de la sociedad.

Que, la Dirección de Supervisión de Riesgos, 1 concluye que, también en la etapa posterior a la aprobación y desembolso del crédito a favor del señor De La Fuente, el proceso crediticio aplicado por el banco tiene observaciones relacionadas tanto al objeto el crédito como al flujo de caja o patrimonio suficientes para afrontar la deuda contra ida, confirmándose que se trata de un crédito otorgado con las características del numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Bancos y Entidades Financieras.

En la observación citada existe una sola afirmación correcta: que la Declaración Patrimonial presentada en fecha 10 de abril de 2008 era la información más próxima a la realización del desembolso y ampliación del crédito. Pero incluso en este caso, el análisis de la SBEF (actualmente ASFI) no señala que la referida Declaración Patrimonial, a pesar de ser la más próxima, es también posterior a los hechos relevantes, por lo que el Banco no pudo haber aprobado el crédito, ni haberlo ampliado con base en la misma.

La Declaración Patrimonial registra un patrimonio negativo. Como demostramos oportunamente el patrimonio negativo fue un error técnico del cliente, por lo que el patrimonio suyo no era negativo, ni siquiera con fecha posterior a la aprobación del crédito y de su ampliación.

Al momento del desembolso y posterior ampliación del crédito el Banco no contaba con ninguna información al respecto. Como indicamos antes y como fue oportunamente demostrado a la SBEF (actualmente ASFI), el Banco contaba con una Declaración Patrimonial positiva y anterior a los hechos relevantes.

No se entiende cómo una Declaración Patrimonial puede ser considerada como 'ninguna información al respecto'. A ello habría que añadir que el Banco, por las operaciones corrientes del cliente (que era, como se demostró por la evidencia suministrada y como es de conocimiento de la SBEF (actualmente ASFI), un cliente antiguo del Banco) tenía pleno conocimiento del verdadero estado patrimonial de su cliente, por lo que la aseveración de la SBEF (actualmente ASFI) en este punto no tiene sustento alguno.

No es cierta la afirmación de la SBEF (actualmente ASFI), en sentido que la declaración patrimonial del 20 de abril de 2007, no se encontraba en la carpeta de créditos, lo evidente, cierto y ajustado a la realidad de los hechos es que las declaraciones patrimoniales del 20 de marzo de 2006 con patrimonio positivo por US$.98.000.- y del 20 de abril de 2007 con patrimonio positivo por US$.70.000. se encontraban debidamente archivadas en los expedientes crediticios del Sr. Rafael De la Fuente.

La SBEF (actualmente ASFI) ignora la prueba adicional presentada relativa a la Declaración Jurada voluntaria efectuada por el Sr. Rafael De La Fuente, ante el Juzgado Decimo de Instrucción en lo Penal Cautelar en fecha 27 de diciembre de 2008, en la que declara un Capital Neto por US$.1.380.000.- prueba que abunda su calidad de sujeto crediticio con patrimonio positivo.

Es imperativo reiterar que ***la Declaración Patrimonial del deudor de fecha 10 de abril de 2008 no fue considerada en la concesión del crédito*** *ni en la ampliación de plazo para el pago del préstamo por cuanto, por lógica, no se conocen créditos en función a presentación de Declaraciones Patrimoniales* ***futuras****, las aprobaciones y desembolsos crediticios se conceden en base a Declaraciones Patrimoniales vigentes. En este caso la operación aprobada en fecha 30 de noviembre de 2007 ampliada el 14 de diciembre de 2007 contaba con el respaldo de una Declaración Patrimonial de fecha 20 de abril de 2007 vigente para la aplicación de esas operaciones la que reflejaba un patrimonio positivo neto de US$.70.000.*

Para la aplicación de la ampliación de plazo de fecha 12 de mayo de 2008 el Banco tomo en consideración la carta enviada por el cliente de que esta operación seria cancelada a los 90 días. La Declaración Patrimonial que en fecha 10 de abril de 2008 el cliente remitió al Banco, dando cumplimiento a las normas internas de nuestra institución (de actualizar anualmente las mismas), insistimos, refleja un error factual del cliente al reportar un patrimonio negativo, debido a que el cliente incluyó los pasivos contratados con el Bisa, pero no los activos al no estar estos todavía a nombre del Sr. De La Fuente, tal como se explicó en el punto V de nuestro informe de descargos de fecha 5 de enero de 2009. Por tanto, nuevamente insistimos que este evidente error u omisión del cliente de ninguna manera acredita que el Banco hubiera aplicado la ampliación del riesgo contratado y constituido el 14 de diciembre de 2008 ignorando la situación patrimonial del cliente y menos que este registrara un patrimonio negativo.

Nuevamente la SBEF (actualmente ASFI) desestima sin justificación alguna, los argumentos y documentación presentados ***en nuestros descargos de 5 de enero y 10 de febrero del año en curso, mediante los que adecuada y suficientemente hemos acreditado que:***

a. *El referido patrimonio negativo, tiene fecha de 10 de abril de 2008 y el crédito fue otorgado originalmente en fecha 30 de noviembre de 2007 y posteriormente ampliado en fecha 14 de diciembre de 2007, por consiguiente esta información no fue el sustento de la otorgación ni de la reprogramación del crédito, Debido a que el patrimonio del señor De La Fuente era positivo al momento de la concesión del crédito y había sido sistemáticamente positivo desde el momento de la aprobación de la línea de crédito otorgada en su favor en el año 2006.*

b. *Es evidente que el Sr. de La Fuente no debía declarar la propiedad de un activo del que no tenia certeza sobre su transferencia definitiva, no obstante dicha argumentación desconoce el principio contable de la doble partida, en la que se debe declarar la obligación emergente del crédito, como también una cuenta de activo, correspondiente a la entrega del dinero para el anticipo de la compra del terreno. En consecuencia, la SBEF (actualmente ASFI) desestimarla el principio de la doble partida al afirmar que el Patrimonio del Sr. De La Fuente era negativo, aspecto que no corresponde a la realidad.*

c. *La SBEF (actualmente ASFI) desconoce la documentación aportada en el marco de la apertura de términos de prueba amparada en el Artículo 29 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, consistente en:*

   i. *Declaración, Jurada de fecha 27 de diciembre de 2008 ante el Juzgado Decimo de Instrucción en lo Penal Cautelar con competencia legal de todos los juzgados de Instrucción Civil por vacación judicial, en la que declara que su patrimonio alcanza a US$.1.380.000.*

   ii. *Declaraciones patrimoniales que demuestra que el Sr. De La Fuente tenia patrimonio positivo con anterioridad a la concesión del crédito, al momento de la concesión y al de la ampliación de plazo del mismo y continua teniéndolo a la fecha.*

d. *El hecho que el área de Administración de Créditos y el Departamento Legal del Banco, no hubieran efectuado ninguna observación sobre la documentación del cliente refleja que precisamente no había ningún aspecto que deberla ser observado, por tanto la operación se adecuaba a lo establecido en nuestros manuales vigentes a la fecha de su aprobación.*

La SBEF (actualmente ASFI), nuevamente y de manera arbitraria, observa que los inmuebles constituidos en garantía serían propiedad de terceros, olvidando que en la Escritura Pública N°1390/2007 que cursa en los archivos del Banco y que fue de conocimiento de la SBEF (actualmente ASFI), de Contrato de Apertura de Línea de crédito en cuenta corriente que otorga el Banco BISA S.A. a favor del Sr. Rafael de La Fuente Muszynski, se transcribe el Acta de Asamblea General Extraordinaria de la empresa Ingenieros y Arquitectos La Paz Ltda., en la que se indica que todas las garantías ubicadas en el Edificio Villa Lanza calle 21 de Calacoto han sido otorgadas en 'propiedad' al Sr. De La Fuente al igual que las obligaciones impositivas y legales de los mismos, a efecto de reparto de activos, correspondientes a su cuota parte de su participación en la sociedad.

Además, no toma en consideración que el Sr. De La Fuente era socio de la empresa Ingenieros y Arquitectos La Paz Ltda., por cuyo hecho igual sigue siendo dueño de los inmuebles concedidos en garantía.

Por otro lado, la SBEF (actualmente ASFI), trata de sostener que 'el deudor al momento de la aprobación de la operación observada no contaba con activos propios para respaldar sus operaciones de crédito', asumiendo indebidamente que para este aspecto hubiera norma que exija este extremo, dado que desde el momento que existe un documento suscrito por el propietario de la concesión de la garantía, esta favorece al cliente y compromete en su integridad, que la misma se constituye en segunda alternativa de pago en caso que el flujo natural del negocio fallará.

La SBEF (actualmente ASFI) ignora o no se pronuncia con relación a la Declaración Jurada efectuada por el Sr. Rafael Bernardo De La Fuente Muszyynski de fecha 27 de diciembre de 2008 ante el Juzgado Decimo de Instrucción en lo Penal Cautelar con competencia legal de todos los juzgados de Instrucción Civil por vacación judicial, en la que declara bajo juramento que' no estuvo en el pasado o este actualmente vinculado al Banco BISA S.A., a sus accionistas, ejecutivos, así como con los miembros del directorio, ni alcanzado por los términos señalados en el Articulo 50 de la Ley General de Bancos y Entidades Financieras, exceptuando la condición de cliente del mismo'.

En conclusión, señor Director Ejecutivo, la autoridad superior en grado que conozca el presente recurso jerárquico, deberá necesariamente considerar que en forma oportuna y con plena prueba documental hemos sustentado y demostrado:

- *Que la SBEF (actualmente ASFI) no rechazó a través de una resolución fundada, los medios de prueba que, a su juicio, sean manifiestamente impertinentes, innecesarios, excesivos o meramente dilatorios.*

- *Que la documentación y argumentos expuestos demuestran actual y fehacientemente el objeto comercial o productivo suficiente para justificar el financiamiento otorgado.*

- *Que se ha demostrado mediante medios de prueba que existió y existe un patrimonio suficiente para respaldar el financiamiento otorgado.*

- *Que la presentación de documentación posterior a la cancelación del crédito observado no constituye argumento para rechazar o desestimar medios de prueba admisibles en derecho.*

- *Que la SBEF (actualmente ASFI) al amparo del Art. 29 del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera, debe valorar las pruebas en su integridad, con racionalidad y de acuerdo con el principio de la sana crítica.*

Finalmente, solicitamos que en el marco del debido proceso y velando por los principios de adecuada defensa, tenga a bien nuevamente revisar y considerar en su integridad las pruebas aportadas en nuestra formulación de descargos, así como los fundamentos de nuestro memorial de alegato en conclusiones en su integridad presentado dentro el recurso de revocatoria de este proceso.

V PETITORIO

Por todo lo expuesto, de su Autoridad pedimos lo siguiente:

a. *Se nos tenga como parte y nos haga conocer ulteriores diligencias.*

b. *Se tenga por interpuesto el recurso jerárquico y remita el expediente a la Autoridad Superior en Grado organizado cronológicamente con todos los antecedentes ordenados y debidamente foliados a los fines de la admisión.*

c. *Luego de los trámites de ley, la Autoridad Superior en Grado deberá dicar Resolución Jerárquica definitiva aceptando el recurso y en consecuencia revocando la resolución recurrida o en su defecto se anule obrados hasta el vicio más antiguo."*

7.- RECURSO JERÁRQUICO PRESENTADO POR SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL.-

Mediante memorial presentado el 4 de junio de 2009, el Ing. Ricardo Javier Arellano Albornoz, Gerente General, representante legal y apoderado de SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL. presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa ASFI Nº09/2009 19 de mayo de 2009 que confirma, el numeral 2) de la Resolución Nº 048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009, ambas emitidas por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero argumentado lo siguiente:

"III ANTECEDENTES

1.- *SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L., como se tiene probado, es una empresa que tiene por objeto la construcción, rehabilitación y mantenimiento de carreteras, con una conducta y solvencia intachables.*

a. *Se halla afiliada a la Cámara Departamental y a la Cámara Nacional de la Construcción, conforme a ley.*
b. *SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L. no forma parte del Sistema Bancario ni del Sistema Financiero. Tampoco presta servicios auxiliares financieros.*

2.- Por lo tanto, no se halla a sujeta ni comprendida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras. Tampoco en las disposiciones emergentes y secundarias de dicha Ley.

3.- La SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero) ha actuado, en el caso que originó la presentación del recurso de revocatoria parcial, como Ministerio Público (investigación y acusación), como Juez o Tribunal de Sentencia (estableciendo sanciones) y como Juez o Tribunal de Apelación, al conocer y dictar la Resolución impugnada ASFI No. 009/2009 de 19 de mayo de 2009, a nombre de la actual AUTORIDAD DE SUPERVISIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO.

En ninguna parte del mundo, en ninguna legislación, ni en caso alguno, la Constitución y las Leyes, permiten concentrar en una sola autoridad tantas y tan diferentes facultades. Sin embargo la anterior SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO) se constituye en Ministerio Público, Juez o Tribunal de Sentencia y Tribunal de Apelación, para conocer, procesar y emitir resolución en todo el circuito administrativo de justicia, en la materia.

IV. PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L. nunca tuvo conocimiento ni siquiera de la existencia del Proceso Administrativo Sancionador, que concluyó con la prohibición al Banco Bisa S.A. de efectuar nuevas operaciones crediticias o reprogramar las existentes, en lo que corresponde a SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L., que nunca fue notificada con actuado alguno del Proceso Administrativo Sancionador. Tampoco fue notificada con la Resolución Principal (SB/0048/2009 de 26 de febrero de 2009), sin embargo es la que, en el fondo, resulta castigada de manera impactante por el numeral 2) de la Resolución SB No. 0048/2009 de 26 de febrero de 2009, causando al Estado y a SUDAMERICANA DE CONSTRUCCION S.R.L., daños de consecuencias imprevisibles.

Si bien, aparentemente la sanción se establece al BANCO BISA S.A., sin embargo, las consecuencias directas e indirectas de esta prohibición afectan, única y exclusivamente, a SUDAMERICANA DE CONS-

TRUCCIÓN S.R.L., independientemente de los daños y perjuicios causados al Estado que se ve impedido de contar con una carretera altamente expedita de la red troncal (Potosí Sucre), de la que forman parte los tramos Potosí-Sijllani y Sijllani-Puente Méndez. Ni siquiera se han previsto los perjuicios regionales y de mayor carencia por la falta de fuentes de trabajo y empleo, que ocasionaran una serie de despidos.

La sanción impuesta al BANCO BISA S.A. es, en el fondo, una sanción directa a SUDAMERICANA DE CONSTRUCCION S.R.L. que no forma parte del Sistema Bancario y del Sistema Financiero.

V. NEGATIVA A LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.

En conformidad con lo preceptuado por el artículo 45 de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, el Ministerio Publico debe participar y actuar en procedimientos administrativos, conforme a su Ley Orgánica, 'CUANDO DE MANERA FUNDADA, ESTABLESCAN LA NECESIDAD DE VIGILAR LA LEGALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS Y LA PRIMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES.'

Ante la flagrante supresión de los derechos y garantías constitucionales, en contra de SUDAMERICANA DE CONSTRUCCION S.R.L., en el referido Proceso Administrativo Sancionador, mediante memoriales de 8 de abril de 2009 (otrosi) y de fecha 14 de abril de 2009, SUDAMERICANA DE CONSTRUCCION S.R.L. solicito a la por entonces SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMAFINANCIERO), la participación, actuación e intervención del Ministerio Publico, en este Proceso Administrativo Sancionador, como guardián de la constitucionalidad y de los derechos y garantías reconocidas per la Constituci6n Política del Estado de 7 de febrero de 2009.

La participación, actuación e intervención del Ministerio Público, ha sido negada por la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO) mediante comunicación No. SB/IAJ/D-22508/2009 de 23 de abril de 2009, parte final, expresando textualmente: "no corresponde que la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras haga participe al Ministerio Publico de los procedimientos que tramita."

De semejante afirmación se podría concluir que la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO), se halla excluida de dar cumplimiento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo y, consecuentemente, a los Decretos No. 21175 de 15 de septiembre de 2003 y No. 0071 de 9 de abril de 2009, convirtiendo al Proceso Administrativo Sancionador en un cumulo de supresión y violación de los derechos y garantías constitucionales, consagradas por la Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009.

VI. SUPRESIÓN Y VIOLACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

En el curso del Proceso Administrativo Sancionador, la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS (hoy AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO), ha suprimido y violado, entre otros la presunción de inocencia consagrada por el articulo 116 Inc. I, la inviolabilidad de la defensa en juicio, conforme a lo normado por el articulo 119 Inc. II, la garantía constitucional del debido proceso, reconocida par el articulo 115 Inc. II y la seguridad jurídica, establecida por el articulo 9 Inc. 2) y articulo 23 Inc. I. Todas estas normas constitucionales se hallan expresamente reconocidas por la Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009, que en su artículo 13 Inc. I, dispone que, "los derechos reconocidos por esta Constitución SON INVIOLABLES, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. EL ESTADO TIENE EL DEBER DE PROMOVERLOS, PROTEGERLOS Y RESPETARLOS."

De lo precedentemente expuesto en este capítulo, se desprende la aplicación indubitable de lo preceptuado por el articulo 35 Incs. c) y d) de la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que determina que SON NULOS DE PLENO DERECHO los actos administrativos que incurran como en el presente caso, a la vulneración del procedimiento legalmente establecido así como de los que sean contrarios a la Constitución Política del Estado.

VII REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

En conformidad con el articulo 59 Inc. I del Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, la autoridad administrativa, tiene la facultad, incluso de oficio, de "revocar total o parcialmente un acto administrativo POR VICIOS EXISTENTES AL MOMENTO DE SU EMISIÓN o por razones de oportunidad para la mejor satisfacción DEL INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO."

Precedentemente, se han enumerado las violaciones flagrantes a los derechos y garantías constitucionales que asisten a SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL, así como se han señalado y probado los vicios existentes al momento de la emisión del acto jurídico impugnado.

Corresponde, asimismo, reiterar que:

1. *Los daños ocasionados al Estado, por la Resolución impugnada ASFI No. 009/2009, son altamente significativos por cuanto las obras de mantenimiento periódico de los tramos Potosí-Sijllani y Sijllani-Puente Méndez, (carretera troncal Potosí-Sucre) se ven seriamente perjudicadas por la prohibición al BANCO BISA S.A. de efectuar nuevas operaciones crediticias o reprogramar las existentes, lo que significa que el BANCO BISA S.A. no puede renovar las Boletas de Garantía Bancaria.*

   Teniendo en consideración que los tramos Potosí-Sijllani y Sijllani-Puente Méndez constituyen parte integrante de la red caminera nacional, los daños y perjuicios ocasionados por la falta de transitabilidad y seguridad para los usuarios, resulta demasiado evidente. De otra parte, la no renovación de las Boletas de Garantía Bancaria, necesarias para que SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L. prosiga sus labores de mantenimiento eficiente de los tramos mencionados, no solamente afecta a los intereses de la empresa constructora sino que, además, se la coloca en una situación de posible ejecuci6n de bienes, en caso de ejecución judicial del Banco otorgante de las Boletas de Garantía.

   A este panorama se suman los perjuicios que sufren, como consecuencia inmediata, los trabajadores a cargo de las labores de mantenimiento y conservación de los tramos señalados, que pueden verse privados de sus fuentes de trabajo, además de los usuarios de las carreteras, transporte de carga, mercadería y personas.

   De lo expuesto, se concluye que resulta plenamente aplicable lo preceptuado por el artículo 59 Inc. I del Reglamento a la Ley No. 2341 de Procedimiento Administrativo, que textualmente expresa: "LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, de oficio, mediante declaración unilateral de voluntad podrá revocar total o parcialmente una acto administrativo POR VICIOS EXISTENTES AL MOMENTO DE SU EMISIÓN O POR RAZONES DE OPORTUNIDAD PARA LA MEJOR SATISFACCIÓN DEL INTERES PÚBLICO COMPROMETIDO".

La AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO estaba y está, constitucional y legalmente, obligada a actuar en resguardo de los intereses del Estado y de los particulares afectados. Por ello mismo, la Resolución ASFI No. 009/2009 de 19 de mayo de 2009 debe ser dejada sin efecto legal alguno, reponiéndose la observancia de las normas constitucionales y legales, de aplicación inexcusable, por el señor Ministro-cabeza de Sector, en un acto de verdadera justicia y de respeto a las normas constitucionales y legales.

VIII PETICION.

En mérito a los antecedentes legales expuestos, a la urgencia de la reparación de las violaciones de derechos y garantías constitucionales acusadas, así como a la expresión de derechos subjetivos e intereses legítimos afectados, en nombre y representación legal de SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S. R. L., solicito respetuoso que el Ministerio cabeza de Sector se digne dictar resolución dejando SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN ASFI No. 009/2009 de 19 de mayo de 2009, emitida por la AUTORIDAD DE SUPERVISION DEL SISTEMA FINANCIERO, REVOCANDO EL NUMERAL 2) DE LA RESOLUCIÓN SB No. 0048/2009 de 26 de febrero de 2009, excluyendo a SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L. de la Resolución No. SB 0048/2009 "por vicios existentes al momento de su emisión" y "para la mejor satisfacción del interés público comprometido," subsanando los vicios y graves perjuicios a una obra de interés público nacional y evitando las consecuencias imprevisibles en contra de SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L., así como los daños y perjuicios que le son ocasionados de una manera altamente significativa(...)"

8.- FORMULACIÓN CRITERIOS DE TERCEROS INTERESADOS.-

Que, mediante Auto de fecha 7 de agosto se de 2009, se notificó al tercero interesado Rafael Bernardo De La Fuente Muszynki, a objeto de que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos; no habiendo presentado criterio o alegaciones, y no siendo un elemento impeditivo para dictar Resolución, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas se pronuncia.

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes y documentos que cursan en el expediente y la exposición oral presentada por Sudamericana de Construcción SRL. el 1ro de septiembre de 2009, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

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

1.- ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

Analizados los antecedentes del caso y la prueba cursante en el expediente, corresponde verificar, en primera instancia, los requisitos formales que dieron lugar a la emisión de las Resoluciones Administrativas motivo de impugnación para luego ingresar, si correspondiere, al análisis de fondo.

1.1 De la participación de los terceros interesados dentro del proceso administrativo.-

El artículo 12 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que: "*Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera que, además de las personas comparecidas, otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento administrativo."*

El Artículo 41, Parágrafo II, del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003, determina que cuando existan terceros interesados se deberá hacerles conocer la impugnación respectiva, para que en el plazo de diez (10) días hábiles administrativos computables a partir del día siguiente de su notificación se apersonen a la Superintendencia respectiva y formulen sus alegaciones o fundamentos, con los mismos derechos que él o los recurrentes.

Gordillo en su "Tratado de Derecho Administrativo" al referirse al tercer interesado y su importancia dentro del proceso administrativo ha señalado:

> "*... el concepto de terceros queda subsumido en el de 'parte interesada', en tanto se discuten allí derechos subjetivos o intereses legítimos o derechos de incidencia colectiva, las relaciones entre un particular y la administración pueden tener alcance sobre otros intereses o derechos y, con más razón, sobre derechos de incidencia colectiva de otros sujetos de derecho ajenos aparentemente a la cuestión debatida. Esta afectación de otras personas las transforma no en terceros sino en partes interesadas. Por ello su intervención es obligatoria y no es en consecuencia una mera potestad administrativa citarlos a comparecer en el procedimiento, escucharlos y admitirles producir prueba. Por el contrario, restringir esta participación provoca la falta de transparencia del procedimiento administrativo.*
>
> *Así las cosas, la citación de los interesados es no sólo una obligación para la administración sino para el administrado en cuanto está obligado, en virtud del deber de buena fe y lealtad procesal, a denunciar su existencia y no ocultarla."*

Por su parte, Gonzáles en el Libro, "Manual de Procedimiento Administrativo señala sobre el particular que:. *"Puede definirse como terceros a los sujetos que aparecen como titulares de una situación jurídica actual o eventual afectada jurídicamente por el contenido de otra distinta, aunque puede tratarse de la misma relación jurídica que afecta de diversa o igual manera a más personas que las involucradas en el trámite o procedimiento administrativo correspondiente. Estos terceros interesados, o terceros administrados como se los conoce también en la doctrina, 'son aquellos que pueden ser afectados por la resolución a emitirse en el procedimiento administrativo, sin que formen inicialmente parte del procedimiento".*

Es así que el no considerar a los terceros legítimos interesados dentro del proceso administrativo, constituye una violación al debido proceso.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, definió el debido proceso como: "…el derecho que tiene todo encausado a ser oído y juzgado con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, instituido con anterioridad al hecho y dentro de los márgenes de tiempo establecidos por ley" (SSCC 1044/2003-R 418/2000-R, 1276/2001-R, 917/2003-R, 842/2003-R, 820/2003-R, entre otras).

De igual modo la Ley 2341 de "Procedimiento Administrativo", artículo 4 refiere que; "*La actividad administrativa se regirá por los siguientes principios:.. c) Principio de sometimiento pleno a la Ley.- La Administración Pública regirá*

sus actos con sometimiento pleno a la Ley... . g) principio de legalidad y presunción de legitimidad.-La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, ***asegurando a los administrados el debido proceso."***

La Sentencia Constitucional 136/2003-R de 6 de febrero precisó que: *"El art. 16.IV de la Constitución Política del Estado, consagra la garantía del debido proceso, expresando que 'Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado en proceso legal**",** de lo que se extrae que la Ley Fundamental persigue evitar la imposición de una sanción, o la afectación de un derecho, sin el cumplimiento de un proceso previo, en el que se observen los derechos fundamentales y las garantías de naturaleza procesal contenidos en la Constitución y las leyes que desarrollan tales derechos, garantía que conforme a la jurisprudencia sentada por este Tribunal**,** alcanza a toda clase de procesos judiciales o administrativos.*

Otro rasgo de sometimiento al derecho está referido a que la administración pública no puede sustraerse del procedimiento preestablecido, sino que debe sujetar su actuación y el de las partes a lo previsto en la norma que lo regula conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley Nº 2341 cuando indica: "La Administración Pública ajustará todas sus actuaciones a las disposiciones de la presente Ley".

Ahora bien, compulsados los expedientes administrativos, encontramos, que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, a tiempo de la emisión de los actos administrativos fundamentales dentro del proceso sancionador, **no ha notificado a los terceros legítimos interesados**, cuales son la empresa SUDAMERICANA DE CONSTRUCCION S.R.L. y el Sr. Rafael De La Fuente Muszinski, olvidándose de esta manera de su obligación de hacerles conocer, para que los mismos puedan hacer valer sus derechos y presentar sus alegatos.

Esta situación, deja una clara evidencia, que dicha Autoridad Supervisora, ha violado el principio fundamental del debido proceso, al no haber permitido que los terceros legítimos interesados presenten sus alegatos, su defensa, vulnerando de esta manera las garantías de orden constitucional, como son los Derechos al Debido Proceso y el Derecho a la Defensa.

Sin embargo, debe a su vez dejarse en claro que el hecho de que SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L presentará Recurso de Revocatoria contra la Resolución SB Nº 0048/2009 que fue resuelto por la ASFI a través de la **Resolución ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009** que confirmó el artículo dos de la Resolución Administrativa SB/0048/2009 que ha dado lugar al presente Recurso Jerárquico, demuestra que el recurrente tomó conocimiento de la Resolución Administrativa sancionatoria, sin embargo y como se señaló en el párrafo anterior, la SBEF ha juzgado y sancionado sin haber seguido el debido proceso, debido que no hizo conocer a dicha empresa, los principales actuados administrativos, para que pueda presentar sus alegatos y defensa, más aún si la sanción impuesta incluye una restricción para la misma.

Peor aún, en el caso del Sr. Rafael Bernardo De La Fuente Muszynki se tiene que no solo no fue notificado con la Resolución Administrativa SB Nº 0048/2009, sino tampoco con la Resolución Administrativa ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009 que resolvió el Recurso de Revocatoria interpuesto por Sudamericana de Construcción SRL., ni con Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de 26 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por los directores y Ejecutivos del Banco Bisa. SA.

1.2 De la sujeción al procedimiento administrativo.-

Este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, compulsado el expediente ha determinado que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha seguido el procedimiento administrativo conforme establece la normativa de la materia.

Es así que, importará revisar los actuados administrativos que la Autoridad Supervisora ha realizado:

a) La Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras emite la Resolución la Resolución SB 0048/2009 contra la cual los Ejecutivos y Directores del Banco BISA S.A. y SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL. presentan Recurso de Revocatoria.

b) La Autoridad de Supervisión Financiera emite Resolución Administrativa ASFI Nº 014/2009 de 26 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado por los Directores y Ejecutivos del Banco Bisa. S.A.

c) Posteriormente la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emite la Resolución ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009 que resuelve el Recurso de Revocatoria presentado SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL.

Conforme a procedimiento, la ASFI debió considerar que la ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras inició un proceso sancionador contra los Ejecutivos y Directores del Banco Bisa. S.A. y que a consecuencia de dicho proceso se vieron afectados terceros interesados (Sudamericana de Construcción SRL. y Rafael Bernardo Muskynsqui). (Art. 12 LPA y Art. 41 DS 27175)

Asimismo la ASFI tenía el deber de resolver los dos recursos de revocatoria (Directores Banco Bisa y Sudamericana de Construcción S.R.L.) en una misma resolución y no, como lo hizo, en dos resoluciones que dieron lugar a dos procesos diferentes. (Art. 44 LPA)

El hecho que existan dos recursos de revocatoria no significa que los mismos se tramiten de forma separada **más aún si los dos Recursos de Revocatoria corresponden a un único acto administrativo, y más aún cuando las impugnaciones planteadas, correspondían a una misma Resolución Administrativa, cual es la RA SB 0048/2009.**

Lo dicho ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la SC 0908/2005-R que refiere que: ..."*el principio de legalidad en el ámbito administrativa, implica el sometimiento de la Administración al derecho, para garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la actividad administrativa; en consecuencia, las autoridades administrativas deben actuar en sujeción a la Constitución y a las leyes y al derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo a los fines que les fueron conferidos . Este principio está reconocido en el art 4 inc c) de la ley de Procedimiento Administrativo (LPA) que señala 'La Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso; (...)*

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

Finalmente y sobre el punto, cabe recordar y hacer referencia al principio de Unidad Procesal entendido como aquel " En que toda *actuación que se inicie ya sea de oficio por parte de la administración o a solicitud de parte, implica la formación de un expediente administrativo que debe contener la totalidad de actuaciones, diligencias y actos que se expidan en el transcurso de la misma. Se trata de un Sistema de Seguridad formal, que por razones de economía y eficacia debe ser respetado si se pretende que la Administración tenga una visión global e inmediata de toda la historia de la respectiva actuación. La formación de un expediente administrativo, garantiza el principio de la unidad procesal que resguarda que toda actuación administrativa en procura, no solo de evitar dualidad de pronunciamiento sobre un mismo objeto, sino también de garantizar la economía procesal establecida en el Artículo 4 literal k) de la*

Ley de Procedimiento Administrativo, precisamente para evitar una dispersión innecesaria del procedimiento administrativo" (Resolución Jerárquica de Regulación Financiera SG SIREFI RJ 20/2004 de 09 de noviembre de 2004)

1.3 De los vicios procedimentales alegados por los recurrentes.-

Asimismo, los recurrentes han planteado una serie de argumentos respectos a los vicios procedimentales detectados, mismos que deberán ser considerados por la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, a tiempo de la emisión de cada acto administrativo.

Sin embargo importa precisar lo siguiente:

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

Sobre el particular, es necesario considerar que la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo tiene connotaciones diferentes a las establecidas para los procedimientos ordinarios, de ahí que la potestad sancionatoria, disciplinaría y la sustanciación del respectivo proceso se rige por su propia legislación (Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, de 23 de abril de 2002 y Reglamentos Específicos).

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

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

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

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

El Recurso Jerárquico, cuyo objeto es someter a control de legalidad los actos dictados por la administración pública, pronunciados mediante resoluciones administrativas de carácter general o actos administrativos de carácter equivalente, se interponen cuando los mismos hubiesen provocado una vulneración a los derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados.

Finalmente, agotada la vía administrativa queda expedita la vía jurisdiccional, para el control judicial de los actos emitidos por la Administración Pública a través de la vía de amparo o del Proceso Contencioso Administrativo, conforme a lo establecido por el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

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

1.3.2.- SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN S.R.L. fundamenta que no puede ser sujeta de sanción ya que esta no sería parte del Sistema financiero y tampoco presta servicios auxiliares financieros y en consecuencia no se halla sujeta ni comprendida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras

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

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

Como medida correctiva la Superintendencia de Bancos determinó que los Directores y Ejecutivos no podrán autorizar la otorgación de nuevas operaciones crediticias al Grupo Económico Sudamericana (conformado par la Empresa Sudamericana de Construcción S.R.L. y Rafael Bernardo De La Fuente Muszynki) prohibiendo inclusive que las operaciones sean objeto de reprogramaciones.

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

1.3.3 SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL. refiere que la ASFI hubiera dado la negativa a la participación del Ministerio Público en el presente proceso constituyéndose este hecho en una violación de derechos y Garantías Constitucionales y legales.

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

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

1.3.4. En cuanto a lo señalado por Sudamericana de Construcción sobre la solicitud de suspensión de la ejecución de la determinación contenida en el numeral 2 de la parte resolutiva de la Resolución SB

0048/2009 la misma que ocasiona graves daños y perjuicios no solo a Sudamericana de Construcción SRL sino al Estado

De la revisión del auto de 2 de abril de 2009, así como la Resolución ASFI 009/2009 de 19 de mayo de 2009, se tiene que no se han valorado las pruebas presentadas, como ser: la notas enviadas por la Administradora Boliviana de Carreteras ABC/GAF/TE/2009-0609 y ABC/GAF/TE/2009-0610, ambas de 16 de marzo de 2009, Sentencia Constitucional 0227/2007- R de 3 de abril de 2007 y otras. Tampoco se ha considerado que la paralización de las obras de mantenimiento periódico de los tramos Potosí- Sijllani y Sijllani-Puente Méndez, (carretera troncal Potosí-Sucre) que constituyen parte integrante de la red caminera nacional, podría derivar en perjuicio al interés público por lo que la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero debió haberse pronunciado de todas y cada una de las pruebas, no pudiendo bajo ningún concepto dejar de considerarlas, en estricta sujeción al debido proceso.

CONSIDERANDO:

La doctrina ha establecido diferencias fundamentales entre la nulidad del acto administrativo y la anulabilidad. Es así que la nulidad se produce debido a un vicio originario y sustancial que implica antijuricidad si se confronta los requisitos de formación del Acto Administrativo establecidos a priori por la ley con las causales de nulidad señaladas por ley.

En cambio la anulabilidad del Acto Administrativo se circunscribe a defectos formales en la tramitación del proceso administrativo sometidos a un saneamiento y/o convalidación procesal, regularizando el procedimiento una vez evidenciado el defecto siendo sus causales las establecidas por ley.

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

> *"Los actos anulables pueden ser convalidados, saneados o rectificados por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, subsanando los vicios de que adolezca."*

En este contexto el artículo 36 de la precitada disposición legal dispone la anulabilidad de los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (exceptuando las causales de nulidad); siendo el defecto de forma una de estas causales careciendo de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o **de lugar a la indefensión de los interesados.**

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la revisión de la documentación cursante en el expediente, llega a la conclusión que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, ha omitido los pasos o etapas que debe contener un procedimiento sancionador (notificación a terceros interesados) así como ha omitido seguir el procedimiento establecido para Resolver el Recurso de Revocatoria.

Que, por todo lo expuesto, se llega a la conclusión que la Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, no ha seguido el debido proceso, generando la indefensión de los terceros legítimos interesados, así como no ha valorado las pruebas presentadas.

Que, la Resolución Administrativa hoy recurrido, no ha fundamentado , ni resuelto siguiendo el principio de congruencia, toda vez que ha generado confusión a los administrados y terceros legítimos interesados, quienes se han vistos desprotegidos al considerar que no podrán obtener otros créditos, tanto en el Banco como en otras entidades financieras.

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 44 del Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministerio de Economía y finanzas Públicas a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico podrá anular la Resolución impugnada disponiendo la reposición de obrados hasta el vicio más antiguo o cuando exista indefensión del recurrente.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO UNICO.- Anular el Procedimiento Administrativo hasta la Resolución Administrativa SB Nº 0048/2009 de fecha 26 de febrero de 2009 **inclusive**, debiendo la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, emitir nueva Resolución administrativa, en estricta sujeción al procedimiento administrativo y las consideraciones de la presente Resolución Ministerial Jerárquica.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/DJ/ Nº 66.2009 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 017/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA PARCIALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 017/2009

La Paz, 30 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66. 2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°042/2009 de 18 de noviembre de 2009, y el Informe Técnico MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N°04/2009 de 17 de noviembre de 2009 emitidos por la de la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros, todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 29 de septiembre de 2009, **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila ,tal como lo acredita el Testimonio Poder Nº 1007/2006 de 17 de octubre de 2006, otorgado ante Notaría de Fe Pública Nº 007 a cargo de la Dra. Silvia Noya Laguna de la ciudad de la Paz, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66. 2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 331 de 29 de abril de 2009.

Que, mediante carta AP/DJ/1021/2009, de fecha 30 de septiembre de 2009 la Autoridad de Fiscalización Control Social de Pensiones, remite el expediente administrativo del Recurso Jerárquico interpuesto por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66. 2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 a la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera.

Que, mediante Auto de Admisión, de fecha 5 de octubre de 2009 el presente recurso fue admitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero.

Que, el 16 de noviembre de 2009, a horas 10:00 am se recibió la Exposición Oral de Fundamentos a solicitud **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS/IP Nº 331 DE 29 DE ABRIL DE 2009.-

> ***"ARTÍCULO ÚNICO.-*** *Modificar lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 038 de fecha 14 de enero de 2002, incluyendo en el Artículo 6 el siguiente parágrafo.*
>
> *La suma de inversiones en una Emisión de Valores o en Emisiones comprendidas dentro de un programa de Emisiones de Valores (con calificación de riesgo asignada al Programa) que excedan el uno por ciento (1%) del Valor del FCI, podrá realizarse solo si la Emisión o el Programa tienen dos calificaciones de riesgo continuas e ininterrumpidas, otorgadas por dos Entidades Calificadoras de Riesgo debidamente autorizadas por la SPVS e inscritas en RMV, debiendo para efectos de inversión, límites y cumplimiento de la normativa considerar la calificación de riesgo menor."*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 15 de mayo de 2009 **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 331 de 29 de abril de 2009 con los mismos argumentos que en su Recurso Jerárquico.

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DJ/Nº 66.2009 DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66.2009 se confirma, en todas sus partes la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 331 de 29 de abril de 2009, bajo los siguientes fundamentos:

> **"CONSIDERANDO:**
>
> *Que, en función a los argumentos planteados por NAFIBO ST en el Recurso de Revocatoria interpuesto, previo análisis, corresponde indicar lo siguiente:*
>
> ***A LOS NUMERALES PRIMERO Y TERCERO***
>
> *De acuerdo a lo determinado por el artículo 2 de la Resolución Administrativa SPVS - IP N° 038/2002 de 14 de enero de 2002 (R.A. 038/2002), los recursos del Fondo de Capitalización Individual (FCI) deberán estar invertidos en los Valores autorizados por normativa reglamentaria. Asimismo, refiere que las inversiones estarán sujetas a límites por tipo genérico del Valor, a límites por emisor, a límites por categoría y niveles de riesgo, a límites por liquidez del instrumento y límites como porcentaje del valor del FCI.*

La naturaleza jurídica de la R.A. 331/2009 que modifica el artículo 6 de la R.A. 038/2002 tiene entre sus fines ulteriores, que las decisiones de inversión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) sean objetivas y cuenten para esto con la mayor información veraz que tienda a minimizar el riesgo.

NAFIBO ST señala en su Recurso de Revocatoria que la R.A. 331/2009 ocasionaría un efecto contrario por lo expresado en su parte considerativa, por cuanto generaría un duopolio y evitaría una competencia sana, al sólo existir dos empresas calificadoras de riesgo que participan en los procesos de titularización (Fitch Ratings S.A. y Pacific Credit Ratings S.A.), obligando a utilizar necesariamente a estas dos empresas, dejando a la suerte y arbitrariedades de las mismas.

Al respecto, corresponde aclarar al recurrente que la R.A. 331/2009, no genera un duopolio debido a que en la norma no existen aspectos objetivos y expresos que limiten o que se hallen dirigidos a poder, de alguna manera, restringir o eliminar la libre competencia de los oferentes del servicio; al contrario, la norma impugnada, en ninguna de sus partes restringe la entrada de nuevas empresas.

Con respecto a la exigencia normativa que prevé dos calificaciones de riesgo, se busca incentivar a que otras empresas además de Fitch Ratings S.A. y Pacific Credit Ratings S.A. ingresen al mercado, a fin de poder ampliar la oferta de dicho servicio, para el mercado de capitales y las estructuras de titularización conformadas por Patrimonios Autónomos. Lo que por consecuencia, conlleva a una competencia sana entre calificadoras de riesgo, creando inclusive mejoras en la metodología aplicada y minimización de costos a favor de los emisores.

Que, en esa misma línea de criterio, el contar con dos calificaciones de riesgo se permitirá a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) Futuro de Bolivia S.A. AFP y BBVA Previsión AFP S.A. tomar decisiones bajo un panorama de mayor certidumbre en la verificación del riesgo de sus inversiones y precautelará de manera más segura a las inversiones realizadas por las AFP con los recursos del FCI, que finalmente repercuten en el pago de las prestaciones que otorga el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, en protección de los derechos subjetivos de los Afiliados y sus Derechohabientes.

Que, asimismo, la impugnación de NAFIBO ST refiere que en un duopolio, se da lugar a la manipulación de precios donde el aumento y reducción no respondería a causas reales, sino al afán de incrementar ganancias u otros intereses contraviniendo así lo dispuesto en los artículos 314 y 316 numeral 4 de la Constitución Política del Estado e inclusive la normativa penal. Al respecto, las afirmaciones del recurrente no han sido corroboradas con documentación idónea que refleje lo expresado. En ese entendido y por las razones expuestas anteriormente, la R.A. 331/2009 no da lugar a ninguna práctica duopólica de la naturaleza y características descritas por el recurrente, pues más al contrario, en apego a la norma supranacional, la norma emitida por la ex SPVS permite el libre acceso de otros participantes en la prestación del servicio. Asimismo, no se advierte con objetividad ninguna evidencia o prueba de que se haya conformado una asociación o acuerdo entre las calificadoras de riesgo, que generen la existencia de monopolios u oligopolios, dentro de los procesos de calificación correspondientes a procesos de titularización.

Que, también es pertinente aclarar con respecto a la calificadora Moody's Latin America S.A., la cual no califica procesos de titularización en Bolivia por decisión propia, desde antes de emitida la R.A. 331/2009. Por otro lado, se tiene presente que la calificadora Fitch Ratings S.A. ha expuesto los costos de la calificación por el proceso de titularización de HIDROBOLNAFIBO 0016 en función al mantenimiento de la calificación de riesgo de los Bonos Hidroeléctrica II y no en función a una supuesta asociación o acuerdo entre las calificadoras. Sin embargo, si este hubiera sido el caso, la calificadora Pacific Credit Ratings S.A.

también hubiera tenido la oportunidad de incrementar el precio por el servicio de calificación por el mismo proceso de titularización; lo que no se tiene evidencia haya sucedido.

Que, la R.A. 331/2009, en conclusión norma una restricción a las inversiones del FCI para las diferentes emisiones, precautelando principalmente los recursos de los Afiliados a través de un mejor control y minimización de los riesgos para garantizar una mejor rentabilidad de los recursos invertidos del FCI, que le permita percibir al Afiliado o sus Derechohabientes una prestación digna durante su vejez o a su muerte; pero de ninguna manera afecta la estructura del mercado de capitales en Bolivia como equivocamente argüye el recurrente, ni mucho menos genera monopolios privados o duopolios, debido a que no restringe de ningún modo la entrada de nuevas empresas.

Que, en esa misma línea de criterio, otros países como ser Perú, Chile y Costa Rica, con características similares al Seguro Social Obligatorio de largo plazo (SSO), respecto a Bolivia, establecen la protección y cautela de los intereses de los Afiliados al SSO a través del control de riesgo de las inversiones de los fondos administrados por las AFP, donde se exige más de una calificación de riesgo para un programa de emisiones que el FCI puede invertir, normativa que se señala a continuación:

- **Caso de inversión del FCI en Perú**

La RESOLUCIÓN S.B.S. N° 724/2001 de 02 de octubre de 2001, que resuelve Aprobar el Titulo X del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentaria del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a Calificación y Clasificación de Riesgo de Inversiones, en su Artículo 2° señala lo siguiente: 'En aplicación de lo establecido en el artículo 26 de la Ley, los instrumentos en los cuales se inviertan los recursos de las Carteras Administradas deben estar ***clasificados por riesgo por dos (2) empresas clasificadoras de riesgo*** *independientes entre sí con excepción de los valores emitidos par el Gobierno Central y por el Banco Central de Reserva del Perú, los instrumentos de inversión que cumplan con los parámetros establecidos en los artículos 90 o 91 del Reglamento y los instrumentos de inversión emitidos bajo la modalidad de oferta privada. En este último caso se requerirá que los instrumentos de inversión cuenten con la clasificación de riesgos de al menos una (01) empresa clasificadora de riesgo.'*

- ***Caso de inversión del FCI en Chile***

El Decreto de Ley N° 3.500 de 04 de noviembre 1980, en el párrafo quinto del Articulo 45, indica que: 'Los Fondos de Pensiones podrán adquirir títulos de las letras b), c), d), e), f), i), y de la letra j) cuando se trate de instrumentos de deuda, ***cuando cuenten con al menos dos clasificaciones de riesgo iguales o superiores a BBB y nivel N-3.*** *a que se refiere el artículo 105, elaboradas por diferentes clasificadoras privadas ..... '*

- ***Caso de inversión del FCI en Costa Rica***

El Consejo Nacional de Supervision del Sistema Financiero, en el texto de Reforma del Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas, en su Artículo 31 señala lo siguiente 'Las entidades reguladas podrán invertir en los siguientes instrumentos:

a) Títulos de deuda seriados emitidos por Ministerios de Hacienda, Finanzas o del Tesoro de los Estados extranjeros, según corresponda.
b) Títulos de deuda seriados emitidos por bancos centrales extranjeros.

c) Títulos de deuda seriados emitidos por entidades financieras.
d) Títulos seriados de deuda corporativa.
e) Títulos de deuda seriados emitidos por organismos bilaterales y multilaterales.
f) Cuotas de participación en fondos de índice y fondos de inversión cuyos subyacentes sean títulos deuda accionarios.
g) Notas estructuradas de capital protegido cuyos emisores estén calificados en grado de inversión. La entidad regulada deberá demostrar ante la Superintendencia los conocimientos y la infraestructura administrativa en materia de derivados para adquirir este tipo de instrumentos.'

Asimismo, el Articulo 32 refieren que: 'Los instrumentos de inversión citados en el Artículo anterior deberán cumplir con los siguientes requisitos:

a) Requisitos de los instrumentos. de deuda:

i. Los valores deberán estar admitidos a negociación en alguno de los mercados autorizados en el Artículo 30 del presente Reglamento.

ii. Los valores deben estar denominados en dólares, euros o yenes.

iii. Deberánposeer al menos dos calificaciones de riesgo crediticio emitidas por las calificadoras *Fitch Ratings, Moody's Investor Service o Standard and Poor·s '.....*

AL NUMERAL SEGUNDO

NAFIBO ST en su recurso indica que la RA. 331/2009 vulnera lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 15 de la Ley del Mercado de Valores, al no velar por un Mercado de Valores sano, competitivo y con igualdad de condiciones. Al respecto, corresponde aclarar al recurrente que la norma impugnada establece un límite de inversión a los recursos del FCI que administran las AFP y no así a NAFIBO ST quien únicamente es encargada de estructurar procesos de titularización y administrar patrimonios autónomos. Por otro lado, la estructuración realizada por NAFIBO ST debe estar dirigida al mercado y no solamente a los recursos del FCI que administran las AFP.

Asimismo, reiteramos que la RA. 331/2009, no genera un duopolio ya que no existen indicios de que se elimine la competencia, ni mucho menos se restringe la entrada de nuevas empresas. Por el contrario, al exigir dos calificaciones de riesgo se incentiva a que otras empresas ingresen al mercado ampliando la oferta para la prestación del servicio, para el mercado de capitales y las estructuras de titularización conformadas por Patrimonios Autónomos. Por tanto, esto conlleva una 'competencia sana' entre calificadoras de riesgo, provocando mejoras en la metodología aplicada y minimización de costos a favor de los emisores.

También, es necesario indicar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto Supremo N° 0071 del 9 de abril de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP tiene competencia para normar, fiscalizar y controlar a las entidades que otorgan prestaciones y/o realizan actividades del sistema de pensiones. En ese sentido, las AFP en cuanto a las inversiones de los recursos del FCI se encuentran obligadas a actuar de acuerdo a la normativa vigente de pensiones y como un buen padre de familia.

Con respecto a la supuesta usurpación de funciones correspondientes a otra entidad estatal; al respecto, es el mismo recurrente quien acepta y hace saber que la RA. 331/2009 regula aspectos relacionados con las inversiones realizadas por el FCI y que actualmente se hallan administradas por las dos AFP, lo que no deja duda alguna de que la competencia en el presente proceso, corresponde al sector de pensiones.

Con la vigencia de la RA. 331/2009, se otorga una regulación prudencial dentro de la aplicación de la Ley de Pensiones para todas las entidades públicas y privadas involucradas, la que responde únicamente a necesidades urgentes de precautelar los recursos e intereses de los Afiliados administrados por las dos AFP, entidades reguladas y supervisadas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP, en apego y cumplimiento a lo dispuesto en los incisos e), i), s) del artículo 49 de la Ley N° 1732 de Pensiones de 29 de noviembre de 1996 y artículo 34 del Decreto Supremo N° 0071/2009 de 09 de abril de 2009, por lo que de ninguna manera se está usurpando funciones del área del Mercado de Valores y menos de la institución que le compete.

Con respecto a las Resoluciones Administrativas SPVS-IV- N° 584 de 21 de julio de 2005 y SPVS-IV-N° 698 de 26 de agosto de 2005, señaladas en el memorial de recurso de revocatoria, las mismas no crean base ni fundamento directo para desvirtuar la presente resolución, debido a que aplican a otro mercado donde no intervienen las AFP quienes se hallan reguladas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones - AP. Además, se aclara que el sistema regulatorio en el país fue reestructurado a nivel institucional, habiéndose separado las competencias de Valores y Seguros de las de Pensiones, por lo que las regulaciones del mercado,' están dirigidas a un sector determinado de regulados.

AL NUMERAL CUARTO

En lo referente a este numeral NAFIBO ST, en lo principal seria lo siguiente: '... la Resolución Administrativa impugnada hace una errónea y directa alusión a NAFIBO ST al incluir en su parte considerativa como fundamento de su parte resolutiva aspectos totalmente equivocados referidos a las calificaciones de riesgo AAA ..., como pretendiendo señalar que no es posible otorgar esta calificación tan alta a una emisión de Valores cuando los únicos Valores con calificación AAA en la cartera del FCI son valores de titularización emitidos por los Patrimonios Autónomos administrados por NAFIBO ST.'. Al respecto, corresponde aclarar a la entidad recurrente que la calificación AAA, implica que los valores cuentan con muy alta capacidad de pago de capital e intereses y esto no se vería afectado ante posibles cambios en el emisor, en el sector que pertenece o en la economía. Sin embargo, incorporar en una emisión con una estructura de deuda a valores correspondientes a sectores económicos genera cierto riesgo en la misma estructura de deuda, situación que puede ser tomada o no en algunas calificaciones de riesgo, razón por la cual se requiere dos calificaciones considerando los factores que determinan la calificación de un emisor. Es por eso que algunas emisiones que componen la cartera del FCI registraron calificación de riesgo AAA, bajo el fundamento que su estructura se encontraba respaldada por valores de deuda soberana; sin embargo, la calificación asignada sólo es al vencimiento, ya que ante una eventual liquidación esta no correspondería. En ese sentido, se justifica el requerimiento de doble calificación a fin de que las AFP tengan mayores elementos para la toma de decisiones en inversiones.

Asimismo, es importante señalar que lo resuelto por la RA. 331/2009, establece un límite a las Administradoras de Fondos de Pensiones y no así a NAFIBO ST; esta última encargada de estructurar procesos de titularización, administrar los Patrimonios Autónomos constituidos por personas individuales o colectivas, no vinculadas a la Sociedad de Titularización o por la propia Sociedad de Titularización, y estructurar Emisiones de Valores de Titularización a cargo del Patrimonio Autónomo. Por otro lado, la estructuración realizada por NAFIBO ST debe estar dirigida a varios inversionistas y no sólo a las AFP.

Por lo que se aclara que la norma impugnada ha sido elaborada de manera general y no coyuntural ni específica para cada caso, dando énfasis que es una condición actual de mercado..."

4. RECURSO JERÁRQUICO.

Mediante memorial presentado el 29 de septiembre de 2009, por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila contra la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66. 2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 argumentado lo siguiente:

"...I. ANTECEDENTES.

Mediante memoriales presentados ante su autoridad, NAFIBO ST interpuso recurso de revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/No 331 de 29 de abril de 2009, presentando la respectiva documentación de respaldo, y con base en los siguientes fundamentos:

1. *La Resolución impugnada no genera una competencia sana en la asignación de calificación de riesgo, sino más bien da lugar a la existencia de un duopolio.*
2. *La Resolución impugnada viola lo establecido por la Ley del Mercado de Valores y de confirmarse usurparía las atribuciones de la actual Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).*
3. *La Resolución impugnada viola los derechos consagrados por la normativa de defensa del consumidor recientemente aprobada por el Poder Ejecutivo.*
4. *La Resolución impugnada hace una alusión errónea y directa a los Valores emitidos por NAFIBO ST y calificados AAA.*
   En fecha 11 de septiembre del año en curso, la AP emitió la Resolución Administrativa AP/DJ/No 66.2009 que resuelve el recurso de revocatoria interpuesto por NAFIBO ST y que textualmente determina: 'UNICO.- Confirma totalmente la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 331 de 29 de abril de 2009 emitida por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros'

II. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO JERARQUICO.

1. EXISTENCIA EFECTIVA DE DUOPOLIO PARA LA CALIFICACION DE RIESGO EN PROCESOS DE TITULARIZACION. *Conceptualmente, existe un* ***duopolio*** *cuando dos empresas ofrecen el mismo producto frente a una demanda competitiva, y* ***monopolio*** *cuando en un sector del mercado económico existe un único vendedor o productor de un bien o servicio que la demanda requiere para cubrir sus necesidades en dicho sector. Para que un monopolio sea eficaz no tiene que existir ningún tipo de producto sustituto o alternativo.*

Conforme lo señalamos a momento de interponer nuestro recurso de revocatoria, dado que existen únicamente 2 calificadoras de riesgo en el país que evalúan procesos de titularización, la RA SPVS/IP/No 331 de 29 de abril de 2009 ha ocasionado la existencia de un duopolio en la prestación de dicho servicio para sociedades de titularización, que incluso se asimilaría a un monopolio, dado que en la estructuración de titularizaciones por sumas mayores a $US 20.000.000 debe contratarse NECESARIAMENTE a las únicas 2 calificadoras de riesgo que operan en el país y no solo a una de ellas, lo cual vulnera nuestro derecho de libre elección como usuarios de estos servicios.

Sin embargo, la R.A. AP/DJ/No 66.2009, que resuelve el recurso de revocatoria interpuesto, señala que no es evidente que la RA SPVS/IP/No 331/2009 hubiera ocasionado la existencia de un duopolio porque:

a) en la norma no existen aspectos objetivos y expresos que limiten, restrinjan o eliminen la libre competencia de los oferentes del servicio, sino mas bien se busca incentivar que otras empresas calificadoras de riesgo ingresen al mercado, lo que conlleva a una competencia sana y una minimización de costos a favor de los emisores;

b) en un duopolio se da lugar a la manipulación de precios, lo cual 'no ha sido corroborado con documentación idónea que refleje lo expresado'

c) 'no se advierte con objetividad ninguna evidencia o prueba de que se haya conformado una asociación o acuerdo entre las calificadoras de riesgo que generen la existencia de monopolios u oligopolios dentro de los procesos de calificación correspondientes a procesos de titularización'.

*Con relación a lo señalado en el inciso a), nos cumple señalar que si bien la RA SPVS/IP/No 331/2009 no restringe la entrada en el mercado nacional de otras calificadoras de riesgo, este hecho no implica que en la actualidad no exista el mencionado duopolio que, además, seguirá existiendo a lo largo de mucho tiempo más ya que ante la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero **(ASFI)** no fue iniciado ningún trámite de autorización para el funcionamiento de otra calificadora de riesgo y tampoco existe evidencia del interés de ninguna otra entidad calificadora de riesgo de operar en el mercado boliviano y, en todo caso, los trámites de autorización de nuevas entidades participantes del Mercado de Valores duran al menos entre 12 a 15 meses. Considerando que el promedio de emisiones estructuradas y administradas por NAFIBO ST es de dos por año, incluso en el caso de que ingrese una calificadora más al mercado nacional, probablemente en las próximas dos o cuatro nuevas emisiones que NAFIBO ST pueda estructurar, nuestro derecho a la libre elección seguirá coartado, aspecto que transgrede la normativa actual y vigente.*

Respecto de lo afirmado en el inciso b) debe señalarse que se adjuntaron al recurso pruebas suficientes que evidencian la señalada manipulación de precios, como copias de cartas e impresiones de correos electrónicos intercambiados con una de las calificadoras de riesgo del país. Y si a lo que se refiere la resolución ahora impugnada es al hecho de que se adjuntaron fotocopias simples, se lo hizo en aplicación de lo establecido por los incisos d), k) y l) del artículo 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que hacen referencia al principio de verdad material, al principio de economía, simplicidad y celeridad y al principio de informalismo. Adicionalmente, debemos señalar que en un duopolio o monopolio no es únicamente relevante la existencia de una manipulación de precios, sino también el hecho de que la calidad del servicio baja, empeora, fomentándose un mal servicio y malas prácticas porque al proveedor no le interesa mantener ni mejorar la calidad porque sabe que de todas maneras el usuario lo contratará porque no tiene otras opciones en el mercado nacional. Y precisamente esto es lo que sucede al presente con una de las calificadoras de riesgo que NAFIBO ST contrató para dar cumplimiento a lo establecido en la RA SPVS/IP/No 331/2009, conforme evidenciará su autoridad de las notas que adjuntamos y en las que se reclaman incumplimientos de aspectos acordados contractualmente. Estas cartas fueron enviadas a la calificadora de riesgo y no fueron contestadas hasta la fecha.

*Con relación a lo establecido en el inciso c), la AP tampoco demostró evidencias de que **NO** se hubiera conformado una asociación o acuerdo entre las calificadoras de riesgo dentro de los procesos de calificación correspondientes a procesos de titularización. Cabe destacar también que, aún en los casos en los que no exista acuerdo entre ambas calificadoras, al existir la necesidad de contratar a las únicas 2 calificadoras de riesgo existentes, se da la situación en la que una de ellas puede ejercer mayor poder que la otra en lo referido a la imposición de determinadas condiciones, alargamiento de plazos, etc. Adicionalmente, para la configuración de duopolio o monopolio, en el presente caso, no es necesario que se conforme una asociación o acuerdo entre las calificadoras de riesgo dentro de los procesos de*

calificación correspondientes a procesos de titularización, sino que el mismo se configura por el solo hecho de que no existen otros proveedores del servicio de calificación de riesgo a los que NAFIBO ST pueda acudir alternativamente.

Por otra parte, en criterio de NAFIBO ST, la existencia real de un duopolio en la calificación de riesgo de procesos de titularización a partir de la emisión de la RA SPVS/IP/N° 331/2009, asimilable más a un monopolio por sus características propias, se evidencia por los siguientes aspectos:

- *el hecho de que en el mercado nacional, al presente y desde el año 2004, solo existen dos calificadoras de riesgo que califican procesos de titularización y no existen otros proveedores de este servicio;*
- *el hecho de que en el caso de procesos de titularización por montos superiores al 1% del FCI administrado por las AFP' s, necesariamente se deben contratar los servicios de ambas calificadoras de riesgo sin importar las condiciones que una de ellas, o ambas, impongan en lo referido no solo a precios, sino a plazos, condiciones, modalidades de contratación, etc., es decir que nos enfrentamos no solo a un tema de especulación de precios sino a una calidad de servicio deficiente, tal cual se observa en la documentación adjunta.;*
- *en el supuesto de que tan solo una de las dos únicas calificadoras de riesgo decidiera no calificar procesos de titularización o no suscribir un contrato con NAFIBO ST, no podríamos llevar adelante procesos de titularización en los que las AFPs, como principales inversionistas institucionales del Mercado de Valores Boliviano, puedan invertir.*

2. LA NORMATIVA EMITIDA PARA LAS AFP'S REGULA UN ASPECTO YA NORMADO POR LA INTENDENCIA DE VALORES DE LA EX SPVS (ACTUAL ASFI) Y AFECTA EL MERCADO DE VALORES. *Cabe recordar que respecto de la obligatoriedad de que determinadas emisiones de Valores cuenten con doble calificación de riesgo, ya fueron emitidas por la ex SPVS las Resoluciones Administrativas SPVS-IV- Nº 584 de 21 de julio de 2005 y SPVS-IV-No 698 de 26 de agosto de 2005.*

La Resolución Administrativa SPVS-IV- Nº 584 de 21 de julio de 2005 dispone textualmente: 'Las emisiones de Valores representativos de deuda que sean iguales o superiores a 25.000.000 US$ (Veinticinco Millones 00/100 Dólares Estadounidenses) deberán contar obligatoriamente con dos calificaciones de riesgo continuas e ininterrumpidas otorgadas por dos Entidades Calificadoras de Riesgo debidamente autorizadas por la SPVS e inscritas en el RMV. Esta condición se aplicará solo en el caso en que existan inscritas en el RMV tres o más Entidades Calificadoras de Riesgo'(Artículo primero, segundo párrafo de la modificación al artículo 6 de la Regulación para Entidades Calificadoras de Riesgo). Indudablemente que, al determinar la obligatoriedad de la doble calificación de riesgo para emisiones por sumas iguales o superiores a US$ 25.000.000, el espíritu de la norma transcrita es el de brindar a los inversionistas mayores elementos de información a momento de decidir su opción de inversión, tratándose tanto de inversionistas personas naturales como de inversionistas institucionales. Sin embargo, al precautelar los intereses del inversionista, la norma no podía ignorar ni vulnerar el derecho de los emisores de libre elección de las entidades calificadoras de riesgo a contratar y, por ello, estableció una limitación a dicha obligatoriedad: la de que existan en el mercado de Valores nacional, al menos 3 entidades calificadoras de riesgo, aspecto importantísimo y fundamental no considerado a momento de la aprobación de la RA SPVS/IP/N° 331/2009 respecto de las sociedades de titularización, ni por la RAAP/DJ/No 66.2009 que confirma la RA SPVS/IP/No 331/2009.

La Resolución Administrativa SPVS-IV-N0 698 de 26 de agosto de 2005 establece: 'La obligatoriedad de contar con dos calificaciones de riesgo, aplica para Emisiones y Programas de Emisiones de Valores representativos de deuda que sean iguales o superiores a 25,000.000 US$ (Veinticinco Millones 00/100 Dólares Estadounidenses), salvo el caso en que estas emisiones estén compuestas por Valores cuyo valor nominal individual sea mayor o iguala 100.000 US$ (Cien Mil 00/100 Dólares Estadounidenses)'(Artículo primero).

En consecuencia, dado que ya existe normativa emitida por la Intendencia de Valores de la ex SPVS que regula los aspectos relacionados con la necesidad de doble calificación de riesgo para emisiones por montes mayores a 25.000.000 $US (suma bastante cercana a los 20.000.000 $US que constituye actual mente el 1% del administrado por cada AFP y que se mantiene en constante crecimiento), consideramos que lo establecido por la Resolución Administrativa impugnada no es realmente necesario, porque regula un aspecto ya normado con mayor precisión por otras disposiciones de la misma jerarquía normativa.

Adicionalmente, no es evidente, como lo señala la RA AP/DJ/No 66.2009, que la RA SPVS/IP/ No 331/2009 'de ninguna manera afecta a la estructura del mercado de capitales en Bolivia'; por cuanto dicha resolución, al establecer una restricción a las inversiones del FCI, afecta el Mercado de Valores nacional por cuanto no debe olvidarse que los principales y mayores inversionistas del país son precisamente las AFP' s con recursos del FCI y que más del 80% del monto total de los Valores de titularización emitidos por NAFIBO ST fueron adquiridos precisamente por las dos AFP's que operan en el país. Por ello y más aún tratándose de emisiones por sumas mayores a los $US 20.000.000, no es real ni objetivo señalar que NAFIBO ST debe dirigir los Valores de titularización que estructura al mercado y no solamente a los recursos del FCI que administran las AFP's, ya que el mercado de los Valores de titularización esta dado -reitero- principalmente y en más de un 80 % por las AFP's.

3. ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE SANA COMPETENCIA QUE DEBE EXISTIR EN EL MERCADO DE VALORES. *Tanto la RA SPVS/IP/No 331/2009 como la RA AP/DJ/No 66.2009 atentan contra el principio de sana competencia consagrado por la Ley del Mercado de Valores, por cuanto colocan en situación de desventaja a los Valores de titularización frente a otros Valores que pueden también emitirse como alternativas de financiamiento, ya que los emisores de otro tipo de Valores no tienen la limitación de contar únicamente con 2 calificadoras de riesgo sino que pueden escoger a 2 de entre las 3 existentes en el mercado nacional, haciendo así que la titularización, como mecanismo de financiamiento, pueda ser menos atractiva que los bonos corporativos, por ejemplo.*

4. NORMATIVA DE OTROS PAISES LATINOAMERICANOS. *Los casos citados por la RA AP/DJ/ N° 66.2009 de países donde también se exige más de una calificación de riesgo para emisiones en las que el FCI puede invertir, son completamente distintos del caso boliviano que afecta a las sociedades de titularización, ya que lo que el presente recurso y, en su momento el recurso de revocatoria, acusa e impugna no es la exigencia 'per se' de doble calificación de riesgo para determinadas emisiones de Valores sino el hecho de que dicha exigencia vulnera los derechos de las sociedades de titularización porque al presente dichas entidades no podemos elegir a las calificadoras de riesgo que consideremos mas idóneas, sino que debemos contratar a las únicas dos que califican procesos de titularización. En el caso peruano, dicha situación negativa y monopólica no existe por cuanto en dicho Mercado de Valores operan 4 clasificadoras* (sic) *de riesgo (Apoyo & Asociados Internacionales SAC, Class y Asociados SA, Equilibrium Clasificadora de Riesgo y PCR Pacific*

Credit Rating) y todas ellas califican Valores de Titularización y todos los Valores representativos de deuda. En Chile operan también 4 clasificadoras de riesgo (Humphreys Limitada, Feller Rate, Fitch Chile e International Credit Rating) que califican todo tipo de Valores de deuda, incluidos Valores de Titularización. En Costa Rica existen 5 calificadoras de riesgo (Fitch Costa Rica, GCGlobal, Pacific Credit Rating, Pondera Calificadora de Riesgo y Sociedad Calificadora de Riesgo Centroamericana) que también califican todo tipo de Valores. En consecuencia, pese a que en los citados países también se encuentra normada la exigencia de que las emisiones de Valores en las que se inviertan recursos del FCI cuenten con doble calificación de riesgo, la situación es completamente diferente y no comparable a lo que sucede en Bolivia en el caso de emisiones de Valores de titularización, porque en dichos países existen al menos 4 calificadoras de riesgo que califican emisiones de todo tipo de Valores y, por tanto, no se genera una situación monopólica ni duopolica y, por tanto, no se vulneran los derechos de libre elección de los servicios de calificación de riesgo a contratar. NAFIBO ST esta plenamente de acuerdo con la doble calificación de riesgo de determinadas emisiones de Valores, como sucede en los países referidos por la RAAP/DJ/No 66.2009, pero dicha exigencia debe darse en entornos también semejantes, en los que existan 4 ó más calificadoras de riesgo entre las que los emisores puedan ejercer su derecho a la libre elección.

5. LA RESOLUCION IMPUGNADA ES CONTRARIA A UNA NORMA DE RANGO SUPERIOR: EL DECRETO SUPREMO N° 065 DE 3 DE ABRIL DE 2009. *La normativa de defensa del consumidor aprobada por gran parte de los países de la comunidad internacional tiene por objeto precautelar el derecho del consumidor de elegir y adquirir los productos y servicios que mejor convengan a sus intereses.*

En Bolivia, también fue aprobada normativa de defensa del consumidor a través del Decreto Supremo Nº 065 de 3 de abril de 2009, que tiene objeto 'normar la defensa, la protecci6n efectiva y la promoción de los derechos de las consumidoras, consumidores, usuarias y usuarios (...)'..

Dicha normativa de defensa del consumidor fue ignorada por la RAAP/DJ/No 66.2009 que confirma la RA SPVS/IP/No 331/2009 que ha generado en los hechos para NAFIBO ST y otras sociedades de titularización así como para los originadores de procesos de titularización, la situación de no poder elegir libremente las calificadoras de riesgo que contraten en las emisiones por sumas mayores a los $US 20.000.000, por cuanto en el país desde el año 2004 solo existen 2 calificadoras de riesgo que califican procesos de titularización y la R.A. SPVS/IP/No 331/09 establece la obligatoriedad de contar con doble calificación de riesgo, lo cual viola los derechos básicos y fundamentales de los usuarios de bienes y servicios proclamados por el artículo 4 del señalado Decreto Supremo Nº 065, que incluye como un derecho básico e irrenunciable de los usuarios y/o consumidores el establecido en su inciso a), que es el 'derecho a la libre elección del producto o servicio(...)'aspecto que también se encuentra plenamente respaldado en el ámbito constitucional. Asimismo, el inciso b) del mencionado artículo del Decreto Supremo Nº 065 establece como otro derecho irrenunciable de los consumidores y usuarios el 'recibir la tutela efectiva del Estado en el uso y consumo de productos y servicios'; aspecto que sin lugar a dudas, el Ministro de Economía y Finanzas Publicas, como funcionario representante del Estado Plurinacional y firmante del referido Decreto Supremo debe también precautelar en el presente caso, revocando expresamente la Resolución Administrativa objeto del presente recurso, y más considerando que el Decreto Supremo Nº 065 en su parte de disposiciones abrogatorias y derogatorias establece textualmente que 'se abrogan y derogan todas las disposiciones contrarias al presente Decreto Supremo'; es decir que en estricto apego a Derecho la RA impugnada debe ser revocada por ir en contra de una norma de mayor jerarquía normativa, respetando asi principios de orden constitucional.

***PETITORIO*.**

En mérito a los argumentos de hecho y de derecho señalados, solicitamos a su autoridad que, una vez cumplidos los trámites de rigor, pronuncie Resolución revocando parcialmente lo establecido por la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 331/2009 de 29 de abril del año en curso, estableciendo expresamente que la redacción de la parte resolutiva de dicha Resolución Administrativa será la siguiente:

'ARTICULO UNICO. Modificar lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 038 de fecha 14 de enero de 2002 incluyendo en el articulo 6 el siguiente parágrafo: 'La suma de inversiones en una Emisión de Valores o en Emisiones comprendidas dentro de un Programa de Emisiones de Valores (con calificación de riesgo asignada al Programa) que excedan el uno por ciento (1%) del valor del FC!, podrá realizarse solo si la Emisión a el Programa tienen dos calificaciones de riesgo continuas e ininterrumpidas, otorgadas por dos Entidades Calificadoras de Riesgo debidamente autorizadas por la SPVS e inscritas en el RMV, debiendo para efectos de inversión límites y cumplimiento de la normativa considerar la calificación de riesgo menor. Esta condición se aplicará sólo en el caso de que existan tres a mas Entidades Calificadoras de Riesgo que realicen calificaciones de riesgo a una emisión a Programa de Emisiones de un determinado tipo de Valor..."

CONSIDERANDO:

Que, mediante memorial presentado el 27 de octubre de 2009, por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila, adjunta prueba de reciente obtención argumentado lo siguiente.

" Con relación a la solicitud que presentamos en fecha 12 de octubre de 2009 de que se adjunten al expediente del presente recurso jerárquico los informes técnicos y legal que justifiquen la modificación del artículo 6 de la RA. SPVS/IP- Nº 038 de 14 de enero de 2002 y, por ende, fundamenten la aprobación de la R.A SPVS-IP-Nº 331 de fecha 29 de abril de 2009, en fecha 20 del mes en curso hemos recibido la nota con cite AP/DJ/1181/2009 enviada por el Director Ejecutivo a.i. de la Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones (AP), que textualmente señala que"(...) la documentación aludida en el memorial de solicitud no cursa en los archivos de esta entidad". Indudablemente, tal afirmación no hace más que poner en evidencia que la emisión de la R.A SPVS-IP- Nº 331 de fecha 29 de abril de 2009 carece de una fundamentación técnica y seria y adecuadamente elaborada y meditada por cuanto al no existir informes técnicos que establezcan y justifiquen adecuadamente la necesidad de modificación del artículo 6 de la RA. SPVS-IP-Nº 038 de fecha 14 de enero de 2002, ni informes legales que establezcan la viabilidad jurídica de tal modificación, ciertamente no podemos señalar que la AP hubiere actuado con transparencia y responsabilidad. No nos olvidemos que no se trata de una resolución administrativa cualquiera, sino de una resolución administrativa que modifica una norma vigente desde el año de 2002, vale decir: 7 años, durante los cuales cumplió a cabalidad la finalidad para la cual fue aprobada: precautelar los intereses de los aportantes al Fondo de Capitalización Individual (FCI) administrado por las AFP's. En efecto, en ningún momento durante la vigencia de la norma modificada, hubo ningún detrimento del FCI a consecuencia de las inversiones realizadas por las AFP's en el Mercado de Valores nacional, sino todo lo contrario: el FCI se benefició de los rendimientos generados por dichas inversiones. ¿ Por qué entonces establecer normativa más rigurosa, en detrimento de determinados participantes del Mercado de Valores, como las sociedades de titularización?

Dado que no cursan en los archivos de la AP los extraños informes resulta verdaderamente preocupante no conocer a ciencia cierta a iniciativa de qué instancia de la AP y en mérito a qué fundamentos de orden técnico y/o legal se originó la recurrida modificación de la RA. SPVS-IP Nº 038/2002, puesto que aparentemente no existe ningún otro responsable de la emisión de dicha resolución que el Lic. Sergio Miranda, Superintendente de la ex SPVS, que es quien la suscribe. Dicha situación no podría ser cierta ni aceptable porque se trata de una entidad con una estructura administrativa sólida que data de muchos años atrás y con competencias y atribuciones claramente definidas en su manual de funciones. Es más, en lo referido a la emisión de resoluciones administrativas de carácter normativo, mediante resolución expresa se aprobó un manual de procesos internos de la SPVS, que establece, entre otros aspectos, que todas las resoluciones normativas deben contar con los respectivos informes técnicos y legal que justifiquen y fundamenten su necesidad y contenido. Para evidenciar este extremo, su autoridad deberá solicitar a la AP la remisión al presente proceso del señalado manual interno de procesos que, con seguridad, se encontraba vigente al momento de la emisión de la RA SPVS-IP- Nº 331 de 29 de abril de 2009 y al que NAFIBO ST no tiene acceso directo porque se trata de un documento institucional interno, pero que nos fue comentado en varias oportunidades en las que analizamos otros aspectos normativos en la ex SPVS.

***OTROSI 1** Como pruebas de reciente obtención de lo afirmado en nuestro memorial de interposición del recurso jerárquico, en lo referido a la situación en la que nos encontramos las sociedades de titularización y, en particular, NAFIBO ST de arbitrariedad de las entidades calificadoras de riesgo en la predisposición y disponibilidad de calificar procesos de titularización adjuntamos al presente memorial copias de las notas enviadas por FITCH RATINGS de rescisión unilateral de contratos vigentes en los procesos de titularización de IC NORTE- NAFIBO 005, COBOCE-NAFIBO 003 y Concordia- NAFIBO 004, recibidas en fecha 13 del mes en curso.*

Asimismo, adjuntamos copia de la respuesta del Servicio de Impuestos Nacionales a la consulta que NAFIBO ST elevó, respecto a las consideraciones fiscales (pago de servicios netos de impuestos) que las calificadoras de riesgo imponen en sus contratos de prestación de servicios, aspectos que también deben ser tomados en cuenta por su Autoridad ya que conforme a la RA SPVS-IV - Nº 1172 las calificadoras de riesgo deben presentar una aclaración jurada en la cual expresen que se someten a las leyes del Estado Plurinacional de Bolivia, aspecto que no está cumpliendo ya que incluso y conforme se observa en el Registro del Mercado de Valores existen calificadoras de riesgo que no se encuentran registradas en el padrón nacional de contribuyentes, y al encontrarse vigente la RA. SPVS-IP- Nº 331, se nos obliga a contratar servicios que vulneran normas, aspectos que incluso pueden afectarnos e involucrarnos."

Que, mediante memorial presentado el 18 de noviembre de 2009, por **NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.** representada legalmente por el Sr. Jaime Guillermo Dunn de Avila adjunta prueba de reciente obtención, argumentado lo siguiente:

*"Conforme al Anexo a la RASPVS-IV-Nº 250 de fecha 26 de mayo de 2007 Art. 35 el cual indica **"La SPVS podrá requerir que se efectúe una calificación de riesgo adicional** con una Entidad Calificadora de Riesgo distinta de la que realizó la calificación inicial (...) La calificación de riesgo adicional, podrá ser realizada por cualquier Entidad Calificadora de Riesgo inscrita o no en el RMV (...) En estos casos, el emisor o la entidad calificadora asumirá los costos que deriven de la nueva calificación."*

Corroborando los argumentos presentados sobre la falta de justificación de la modificación del artículo 6 de la R.A. SPVS-IP-Nº 038 de 14 de enero de 2002 que indudablemente, no hace más que poner en evidencia que la emisión de la RA. SPVS- IP- Nº 331 de fecha 29 de abril de 2009 carece de una fundamentación

técnica y legal seria y adecuada, se observa que incluso existe otra normativa vigente que permite a la SPVS solicitar una calificación de riesgo en pos de precautelar los intereses de los aportantes al Fondo de Capitalización Individual (FCI) administrado por las AFP 's, es decir que nuevamente se coloca en evidencia que no hubo el suficiente análisis legal y técnico para emitir la RA. Impugnada.

En efecto, nuevamente nos preguntamos para que establecer una normativa más rigurosa, en detrimento de determinados participantes del Mercado de Valores, como las Sociedades de Titularización?

Por otro lado reiterando lo señalado en dicha audiencia y dado que consideramos importante que no existan dudas sobre el momento en el que se realiza una calificación de riesgo dentro de una emisión de valores y a cargo de quien está la responsabilidad de contratar a la calificadora de riesgo, pasamos a referirnos a estos aspectos.

En el proceso de estructuración de cualquier emisión de Valores de contenido crediticio intervienen: el emisor, la agencia de bolsa , la entidad calificadora de riesgo y la autoridad administrativa de regulación (ASFI en este caso). En caso de tratarse de Valores de Titularización, interviene también la sociedad de titularización y cuando la emisión es desmaterializada interviene también la entidad de depósito de Valores.

Dicho en términos simples, todos estos participantes son los responsables de organizar los diferentes elementos (administrativos, técnicos, contables, legales, etc.) necesarios para la preparación y elaboración de una emisión de Valores hasta el momento en que es autorizada su oferta pública, vale decir, hasta que pueda ser ofrecida a los inversionistas que también son parte del Mercado de Valores. Es en este proceso, previo a la autorización de oferta pública, que interviene la calificadora de riesgo con la finalidad de emitir una calificación de riesgo a esa emisión de Valores. En consecuencia, la calificación de riesgo de una emisión de Valores es realizada en el proceso de estructuración y corresponde al emisor, y a la sociedad de titularización en el caso de Valores de titularización, contratar los servicios de una calificadora de riesgo para tal efecto. La calificación de riesgo tiene por finalidad evidenciar la capacidad de repago que el emisor tiene para retornar a sus inversionistas los recursos desembolsados pos éstos.

Asimismo, a lo largo de la vigencia de los Valores emitidos, el emisor y la Sociedad de Titularización en el caso de Valores de Titularización- se encuentra obligado por la normativa vigente a seguir contratando los servicios de la entidad calificadora de riesgo para que actualice la calificación de riesgo otorgada, ya que la misma puede variar positivamente o negativamente. Esta actualización se la realiza con una periodicidad al menos semestral (sic).

Como se observa los valores estructurados más su correspondiente calificación, son ofrecidos en conjunto a los inversionistas, quienes toman la decisión de invertir o no en dichos valores, es decir que los inversionistas no participan en ningún momento en el proceso de calificación de riesgo

Ahora bien y como lo hemos expuesto a lo largo del presente proceso, las estructuras presentadas por NAFIBO ST y los montos emitidos y efectivamente colocados, y dada la realidad material del Mercado de Valores Nacional, busca inversionistas con una alta capacidad de inversión, como ser las AFP 's, bancos , aseguradoras, etc.

***OTROSI 1**.- Como se puso en conocimiento de la autoridad mediante memorial de fecha 22 de octubre del año en curso, FITCH RATINGS rescindió unilateralmente y sin apegarse al acuerdo contractual, los contratos que se encontraban vigentes para la calificación de 3 emisiones de Valores de titularización: IC NORTE-NAFIBO 005, COBOCE-NAFIBO 003 Y CONCORDIA- NAFIBO 004. Por ello NAFIBO ST invitó a las 2 entidades calificadoras de*

riesgo restantes a calificar dichos Valores y enviar sus propuestas. Según se establece del contenido de la nota que adjuntamos en calidad de prueba de reciente obtención, Moody 's Latin America comunico a NAFIBO ST su decisión de no intervenir en la calificación de riesgo de los Valores COBOCE-NAFIBO 003 Y CONCORDIA-NAFIBO 004 porque los mismos ya fueron calificados previamente por otra calificadora deriesgo.

Si una situación similar se produjera en el caso de una emisión por un monto mayor a $us 20.000.000 que de acuerdo a lo establecido por la R.A AP/DJ/Nº 66.2009 debe tener doble calificación de riesgo, lamentablemente no existiría otra entidad calificadora de riesgo a la que acudir, por cuanto una de ellas (o ambas) puede decir unilateralmente no suscribir un contrato de calificación de riesgo de una emisión de Valores que se encuentra en proceso de estructuración o puede también unilateralmente rescindir un contrato vigente. Comprenderá su Autoridad el enorme perjuicio que una situación así generaría para el Mercado de Valores nacional y por ello es que , junto a los restantes argumentos ya señalados en nuestros memoriales previos, le solicitamos emita resolución dentro del presente recurso jerárquico revocando parcialmente la normativa impugnada ..."

5.- FORMULACIÓN CRITERIOS DEL TERCERO INTERESADO.-

Que, en fecha 8 de octubre de 2009, se hizo un llamamiento a terceros interesados a través del Auto de fecha 8 de octubre de 2009 a: Bisa Sociedad de Titularización S.A., para que en el término de diez (10) días hábiles administrativos presenten alegatos, no habiéndose apersonado el tercero interesado ni presentado criterio o alegaciones, y al no ser un elemento impeditivo para dictar Resolución, este Ministerio de Economía y Finanzas Publicas se debe pronunciar.

CONSIDERANDO:

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

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

1.- ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1.-El recurrente señala que la resolución impugnada es contraria a una norma de rango superior (Decreto Supremo Nº 065 de 3 de abril de 2009) específicamente el Articulo 4 Inc. a) y b), que refieren "Derecho a la libre elección del producto o servicio, en el marco de la normativa vigente para cada actividad y el segundo "*A recibir la tutela efectiva del Estado en el uso y consumo de productos y servicios*; "

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

Esta cita a la carta magna se realiza, debido al fin que persigue la norma emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (Ex SPVS), cual se fundamenta en la parte considerativa de la Resolución Administrativa SPVS/IP/No. 331 de 29 de abril de 2009, al señalar que la norma regulatoria permitirá que las decisiones de inversión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) sean objetivas, bajo un panorama de mayor certidumbre,

tendiendo a minimizar el riesgo en las inversiones, que finalmente repercuten en la Seguridad Social de largo plazo, y en protección a los Afiliados y sus Derechohabientes.

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

En consecuencia, la responsabilidad y la obligación de contar con dos calificaciones, permite otorgarle seguridad a tiempo de la toma de decisiones, resguardando el capital que permitirá la prestación en el SSO, dentro del marco de las obligaciones que cuenta las Administradoras de Fondos de Pensiones de los portafolios de inversiones compuestos por los recursos de los fondos de pensiones y deben cumplir con la disposición referentes a límites de inversión y calificación de riesgo, conforme al inciso b) del artículo 31 de la Ley de Pensiones Nº 1732 de 29 de noviembre de 1996.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.- NAFIBO ST a su vez argumenta que existiría una posible manipulación de precios.-

Se tiene que evaluados los argumentos y contrastados con las pruebas aportadas por el recurrente, se ha verificado que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, ha hecho una correcta valoración de la misma no existiendo documentación idónea que refleje lo aseverado.

Sin embargo y sin perjuicio de ello, importa señalar que evidentemente se corrobora una baja considerable en el precio ofrecido por una de las calificadoras. Si dicha reducción de precios es considerada como poder de mercado por el recurrente, conviene aclarar que el poder de mercado oligopólico se traduce en que el precio es ostensiblemente mayor al que determina la competencia perfecta, produciendo en consecuencia utilidades anormales a los ofertantes y pérdida social del producto.

El probar una manipulación de precios con la reducción ostensible del precio ofertado por el oligopolista no parece coherente con la teoría económica. Lo que dicha teoría afirma es que el poder de mercado de oligopolista determina un precio de mercado (cuando es estable) mayor al de competencia y por ello se generan utilidades anormales.

La imposibilidad de reducción del precio mostraría la indefensión del recurrente ante una estructura oligopólico, sin embargo las pruebas aportadas muestran diametralmente lo contrario, una disminución de precio ostensible que subsiste en una estructura imperfecta y de la cual más bien el recurrente se ha beneficiado.

1.4.- En cuanto a lo argumentado por el recurrente a que adicionalmente, un duopolio o monopolio no es únicamente relevante la existencia de una manipulación de precios, sino también el hecho de que la calidad del servicio baja, empeora, fomentándose un mal servicio y malas prácticas porque al proveedor no le interesa mantener ni mejorar la calidad porque sabe que de todas maneras el usuario lo contratará porque no tiene otras opciones en el mercado nacional.

Sobre dicha argumentación se tiene que la calidad puede verse afectada con la sola existencia del oligopolio, como ya se evaluó, la disposición emitida por la Autoridad reguladora no tiene relación ni impacto alguno con la existencia del mismo. Ahora bien, si de calidad se trata, la emisión de dos calificaciones de riesgo permitirá justamente evidenciar tal situación, puesto que es de esperar que el producto de las mismas diferiría materialmente de presentarse la mencionada reducción en la calidad. Lo anterior más bien se presenta como un argumento a favor del requisito dispuesto por la Autoridad Regulatoria y no en contra, como pretende el recurrente.

1.5.- En cuanto a lo referido por el recurrente de que aún en el caso de que no exista un acuerdo entre ambas calificadoras, al existir la necesidad de contratar a las únicas dos calificadoras de riesgo existentes, se da la situación en la que una de ellas puede ejercer mayor poder que la otra en lo referido a la imposición de determinadas condiciones y alargamiento de plazos.

Sobre el particular, se reitera que la imperfección de mercado existe, independientemente de la emisión de la Resolución Recurrida. Asimismo se considera que los argumentos utilizados por el recurrente así como los pronósticos que plantea, no guardan relación con la teoría económica ni la microeconomía de mercados imperfectos u oligopolicos. Aún más, si se aceptara que tales aseveraciones especulativas pudieran tener una cierta probabilidad de ocurrencia, ella debería ser comparada con la certeza del beneficio o fin que persigue la norma regulatoria recurrida. Al tratarse de los fondos de pensiones y de la acumulación de los ahorros obligatorios de las personas para la Seguridad Social de largo plazo (jubilación, invalidez, muerte, etc), la inversión de dichos recursos, la seguridad de los valores en los cuales se invierte y el interés que reditúan se tornan materialmente importantes, al tratarse de recursos de largo plazo. La medida dispuesta por la Autoridad Supervisora tiene como finalidad el afianzar con mayores elementos de juicio las inversiones que deben realizar las Administradoras de Fondos de Pensiones, en beneficio de la Seguridad Social de Largo Plazo y en particular de los afiliados y consiguientemente sus derechohabientes. No existe duda alguna respecto a la utilidad de contar con dos calificaciones al momento de decidir una inversión y tal certeza sería ostensiblemente mayor a la probabilidad de ocurrencia de los pronósticos realizados por el recurrente.

1.6.- Que el recurrente refiere que la Resolución impugnada atentaría contra el principio de sana competencia que debe existir en el mercado de valores

Respecto a este punto el recurrente hace una mala interpretación de lo que se entiende por el principio de sana competencia ya que uno de los principios básicos de la libre competencia es el acceso a la información para la toma de decisiones del inversor.

De igual manera el recurrente debe considerar que la libre competencia desde el "*punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña* ***tanto facultades o derechos como también obligaciones***. *En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento,* ***ha de ser preservada y regulada por los órganos públicos,*** *cuya primera emisión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, pata promover de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados" (* SG SIREFI RJ 01/2008 de 4 de enero de 2008)

De igual modo la jurisprudencia comparada hace referencia a que *"el elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinales han considerado en a)* ***la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades*** *b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contar con cualquier de los agentes oferentes, los bienes y servicios que requieren "*(Corte Constitucional de Colombia Sentencia C- 616/2001)"

Entendiéndose que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, pero no es un derecho absoluto sino que encuentra **límites en el bien común y debe ejercerse en armonía con las finalidades sociales del Estado** ya que " En un Estado Social de Derecho, dentro del **cual el poder Público asume responsabilidad tales como la racionalización de** la **economía, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes,** la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, no menos que promover la productividad y la competitividad, y que tiene a su cargo la orientación política económica hacia el desarrollo armónico de las regiones la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infrancable para la actividad de intervención del Estado la libre competencia económica no excluye de modo alguno la injerencia del Estado para alcanzar fines que le son propios. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-398/95).

De lo transcrito líneas arriba se tiene que la Resolución Administrativa hoy impugnada, no estaría afectando el principio de la libre competencia, primero porque como ya se dijo el hecho de acceder a mayor información garantiza al inversor una mayor seguridad y transparencia en cuanto a la decisión adoptada de su inversión y segundo por qué el hecho de que exista libre Competencia este no debe ser entendido como un derecho absoluto sino que el mismo puede ser objeto de normativa para el cumplimiento de los fines del Estado.

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

En principio se debe señalar que de acuerdo a la doctrina del derecho administrativo, para que un Acto Administrativo nazca, se desarrolle y surta plenamente sus efectos en la vida jurídica, debe satisfacer todos y cada uno de los requisitos o elementos esenciales para su formación, existencia, validez y eficacia, que se refiere al **objeto, competencia, causa, fundamento o motivación, finalidad** y la forma en su expedición, debiendo su producción efectuarse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo que constituye el iter mediante el cual nace.

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

En este sentido de conformidad al artículo 35 de la ley Nº 2341 de 23 de abril de 2002, son nulos los Actos administrativos en los siguientes casos

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

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

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

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

1.7. En cuanto a la documentación presentada de reciente obtención, por el recurrente.

Se tiene que este Ministerio de Economía y Finanzas ha valorado la prueba de reciente obtención y ha llegado a las siguientes conclusiones

El objeto de la norma es que las AFP al momento de invertir los recursos de los Fondos de Pensiones cuenten con una doble calificación hace que esta minimice el riesgo y a su vez se cuente con mayor información que refleje una situación fidedigna de la capacidad de pago del emisor.

Sin embargo, no puede dejar de tomarse en cuenta, la posible existencia de casos que impidan el cumplimiento de la normativa regulatoria, en cuanto a contar con dos calificaciones de riesgo, sea por decisión unilateral de una de ellas, o por causas sobrevinientes o de fuerza mayor, situación que no ha sido contemplada por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, en la normativa regulatoria emitida.

CONSIDERANDO:

Que, por todo el análisis efectuado anteriormente y con base en criterios de razonabilidad y estricto cumplimiento de la normativa del sector, se ha llegado a la conclusión que la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones ha hecho una correcta aplicación de la normativa, en cuanto a la determinación de la exigencia de dos Calificaciones de Riesgo, sin embargo no ha considerado, las eventualidades que podrían ocurrir en caso que no exista dos Entidades Calificadoras de Riesgo.

Que, de conformidad con los Artículos 43 y 44 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo, aprobada mediante Decreto Supremo No. 27175 de fecha 15 de septiembre de 2003, el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, a tiempo de resolver el Recurso Jerárquico, podrá **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada.

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Resolución Administrativa AP/DJ/Nº 66. 2009 de fecha 11 de septiembre de 2009 mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 331 de 29 de abril de 2009, modificando el artículo único de la siguiente manera:

> ***"ARTÍCULO ÚNICO.-*** *Modificar lo establecido en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 038 de fecha 14 de enero de 2002, incluyendo en el Artículo 6 el siguiente parágrafo.*
>
> *La suma de inversiones en una Emisión de Valores o en Emisiones comprendidas dentro de un programa de Emisiones de Valores (con calificación de riesgo asignada al Programa) que excedan el uno por ciento (1%) del Valor del FCI, podrá realizarse solo sí la Emisión o el Programa tienen dos calificaciones de riesgo continuas e ininterrumpidas, otorgadas por dos Entidades Calificadoras de Riesgo debidamente autorizadas por la SPVS e inscritas en RMV, debiendo para efectos de inversión, límites y cumplimiento de la normativa considerar la calificación de riesgo menor. Esta condición no será aplicada en casos de imposibilidad material, causa sobreviniente o fuerza mayor."*

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/ IS Nº 341 DE 30 DE ABRIL DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 018/2009 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 018/2009

La Paz, 30 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **CONSULTORES DE SEGUROS S.A.**, contra la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341 de fecha 30 de abril de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 113 de 03 de marzo de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 047 de 27 de noviembre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de marzo de 2009, **CONSULTORES DE SEGUROS S.A.** representada legalmente por TANIA CAROLA HIDALGO MONTENEGRO, tal como acredita el Testimonio de Poder No. 275/09 de 04 de mayo de 2009, otorgado por ante Notaría de Fe Pública No. 051 a cargo de la Dra. Katherine Ramírez Calderón, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341 de fecha 30 de abril de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 113 de 03 de marzo de 2009.ambas emitidas por la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Que, mediante nota ASFI/DSS/R-5987/2009 de fecha 03 de junio de 2009, Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero remitió ante el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 341 de 30 de abril de 2009, recurso que fue admitido a través de Auto de Admisión de 29 de julio de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica Nº 003/2009 de 16 de octubre de 2009, notificada en fecha 20 de octubre de 2009 el Ministerio de Economía y Finanzas resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS-IS No. 113 DE 03 DE MARZO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 113 de 03 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1º.***
>
> *Sancionar a Consultores de Seguros S.A., con una multa de Bs. 59.808.- (Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Ocho 00/100 Bolivianos), de conformidad a lo dispuesto por el artículo 16 inc. a) del reglamento de Sanciones, por inobservancia al artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS/No. 046 de fecha 31 de marzo de 1999.*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 24 de marzo de 2009, **CONSULTORES DE SEGUROS S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IS No. 113 de 03 de marzo de 2009, presentando los siguientes argumentos:

> ***"A. DE LA OPERACION POR LA CUAL LA SPVS INICIA PROCESO SANCIONATORIO***
>
> *El proceso sancionatorio iniciado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), contra CONSULTORES DE SEGUROS SA., se refiere al seguro de transporte contratado directamente por Lampe & Schwartze Bremen para la Secretaría Ejecutiva PL-480, cubriendo el transporte de manteca en lata en el tramo comprendido entre Buenos Aires, Argentina y los almacenes aduaneros de Villazón, frontera de Bolivia, tramo* ***que se encuentra fuera de territorio boliviano.***
>
> *Al participar Bolivia en acuerdos internacionales con la Cámara Internacional de Comercio (ICC), en todo momento se respetaron las condiciones y términos establecidos en la "Publicación 560": "Incoterms 2000", documento elaborado y aprobado por la ICC, adoptando lo establecido en relación al momento y lugar precisos para efectuar las respectivas transferencias de los riesgos y responsabilidades por daño o perdida de mercancía, respetando asimismo lo estipulado en cuanto a las obligaciones establecidas entre vendedores compradores, entre las que se encuentran el seguro de la mercancía y los tipos específicos de cobertura.*
>
> *En este ámbito, considerando que el recorrido del transporte se efectuaba en un tramo extraterritorial, fue* ***Lampe & Shwartze Bremen*** *la empresa que emitió el Certificado de Seguro de la Póliza No. 850444 como agente de AXA COLONIA VAG, Certificado mediante el cual se otorgaba cobertura de transporte en territorio argentino, sin haber sido la mercancía nacionalizada, activada o ingresada a territorio nacional, por lo que esta operación, consecuentemente, no se encontraba en dicho tramo, sujeta a jurisdicción de las normas bolivianas.*

Asimismo, debemos destacar que la mercancía realizó la travesía programada dentro de los términos habituales del comercio internacional, amparada por una póliza con una prima muy favorable para el asegurado, igual a $US 3.719.10 (Tres Mil Setecientos Diecinueve 10/100 Dólares), lo que representa un ahorro equivalente a la suma de $US 8.182.- (Ocho Mil Ciento Ochenta y Dos 00/100 Dólares), determinando con ello que por el destino social que tenía esta mercancía y sin afectar para nada las normas bolivianas ni causar daño económico alguno, se asesoró de la mejor manera al asegurado, conforme a la Ley de Seguros en su Art 23, que establece como obligación de los corredores ***"... asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura mas adecuada a sus intereses ... "***

Esta función se cumplió cabalmente, a pesar incluso de los ingresos que dejamos de percibir, puesto que si hubiera sido una aseguradora nacional la que emitía la póliza para esta operación, CONSULTORES DE SEGUROS SA habría recibido la comisión relacionada a una prima más alta equivalente a la suma de $US 11.901.12 (Once Mil Novecientos Un 12/100 Dólares).

B. DE LA SUPUESTA INEXISTENTE INFRACCIÓN COMETIDA POR CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

Según lo estipulado en el Art. 52 de la Ley de Seguros Nº 1883, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros se encuentra habilitada a aplicar sanciones de acuerdo a la naturaleza de la infracción, destacando sin embargo, que CONSULTORES DE SEGUROS SA en ningún momento cometió infracción alguna, puesto que la empresa que colocó el seguro en AXA COLONIA VAG, fue Lampe & Schwartze Bremen y no CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

Lampe & Schwartze Bremen no opera en territorio boliviano por lo que no está bajo la jurisdicción de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Asimismo, debemos destacar que una vez realizadas las labores de asesoría por una corredora a un cliente, corresponde a este último la decisión acerca del seguro que va a contratar en atención a sus legítimos intereses o a su capacidad económica.

Como prueba de que CONSULTORES DE SEGUROS SA no fue el intermediario de esta operación, podemos asegurar que no hubo pago alguno, directo ni indirecto, de la Secretaría' Ejecutiva PL-480 o de AXA COLONIA VAG a CONSUL TORES DE SEGUROS S.A. por servicios de corretaje en este caso, como se evidencia en la nota P.L.-480 D.F. No. 421/2008 del 25 de abril de 2008, mediante la cual la Secretaría Ejecutiva PL-480 solicita al Banco Unión, el traspaso directo de fondos de su cuenta a la cuenta de Lampe & Schwartze en el Banco Bankhaus Neelmeyer AG.

Por lo expuesto, se evidencia que no existieron ingresos en CONSULTORES SEGUROS S.A. por esta operación, hecho que también puede comprobarse mediante los estados de cuenta de nuestra empresa.

Por lo tanto, los cargos por los que se inicia el proceso sancionatorio contra CONSULTORES DE SEGUROS SA, señalados en la nota SPVS Nº 1114/08, no se encuentran debidamente fundamentados como vemos a continuación:

PUNTOS EXPUESTOS EN LA NOTA SPVS Nº 1114/08	DESCARGO CONSULTORES DE SEGUROS S.A.
Lampe & Schwartze no se encuentra autorizado para operar en la República de Bolivia por parte de la SPVS, ni se encuentra registrado como operador en Bolivia.	*Lampe & Schwartze Bremen no opera en la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrado como operador en Bolivia****.*
AXA COLONIA VAG no se encuentra autorizada para operar en la República de Bolivia por parte de la SPVS, ni se encuentra registrada como compañía de seguros ni reaseguros en Bolivia.	*AXA COLONIA VAG no opera en la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrada como compañía de seguros y reaseguros en Bolivia.***
El corredor de seguros CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha colocado una póliza de seguro de Transportes Flotante para la Secretaría Ejecutiva PL-480 con los operadores arriba mencionados.	*CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no coloca la póliza de seguro,* ***la coloca Lampe & Schwartze Bremen en AXA COLONIA VAG.***
CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha proporcionado cotización a Secretaría Ejecutiva PL-480 proporcionando tarifas otorgadas por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze.	*Es* ***Lampe & Schwartze Bremen*** *quien* ***cotiza las tarifas otorgadas por AXA COLONIA VAG.***

C. DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR SAAVEDRA PACHECO S.R.L.

De la revisión de los antecedentes que cursan en obrados, se puede aseverar que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, no cuenta con documentación válida que acredite la supuesta contratación de seguros para la Secretaría Ejecutiva PL-480 con AXA COLONIA VAG a través de CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

Sobre las supuestas pruebas con las que cuenta la Superintendencia Pensiones, Valores y Seguros, basadas prácticamente en los documentos oficiosamente remitidos por la empresa de corretaje "Saavedra Pacheco S.R.L." con la nota SP: DPTO. PROD-844/08, se debe afirmar y exponer lo siguiente:

a. Al analizar las fotocopias del Certificado de Seguro de la Póliza Flotante de Transporte Nº 850444 se puede observar que tal certificado fue emitido para la Secretaria Ejecutiva PL-480 ***por Lampe & Schwartze Bremen*** *y no por CONSULTORES DE SEGUROS S.A.*

b. *La correspondencia electrónica cursada entre CONSULTORES DE SEGUROS S.A. y la Secretaria Ejecutiva PL-480, además de que su contenido no representa prueba alguna, tampoco puede ser considerada dentro del proceso sancionatorio, puesto que* ***los correos electrónicos no hacen prueba legal en Bolivia.***

c. La nota Nº GC/1012/08 del 26 de febrero de 2008 de CONSULTORES DE SEGUROS S.A. a la Secretaría Ejecutiva PL-480, evidencia que nuestra empresa únicamente ***comunicó*** *la cotización para la póliza de transportes de Todo Riesgo y LAP otorgada por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze Bremen. Al poner en conocimiento de la Secretaria Ejecutiva PL-480* ***tasas de transporte para embarques internacionales****, cumpliamos con el objetivo de asesorar de manera adecuada al asegurado, para que él mismo contrate como ya lo afirmáramos previamente, la cobertura de transporte más adecuada a sus intereses.*

Por lo expuesto, se puede concluir que no existen documentos acreditativos que prueben que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. hubiese intermediado efectivamente estas pólizas de seguros ni constancia de que hubiera recibido un pago por este servicio de corretaje, puesto que quedó suficientemente comprobado que quien emitió el certificado de seguros, fue Lampe & Schwartze Bremen.

D. DEL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO POR LA SPVS.

Del análisis de todas las etapas del proceso sancionatorio, que culmina con la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 113 del 3 de marzo de 2009, podemos observar y hacer notar que debido a la evidencia que citamos a continuación, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros no ha seguido el debido proceso:

> ***1. NEGATIVA A CONVOCAR A AUDIENCIA PÚBLICA****: En fecha 6 de febrero de 2009, CONSULTORES DESEGUROSS.A. remite a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros la nota con* ***CITE: VP/0148/2009,*** *presentando descargos adicionales y* ***solicitando audiencia*** *con el Superintendente a objeto de* ***fundamentar oralmente*** *los argumentos presentados mediante notas* ***VC-6500/2008 y VP/0148/2009.***
>
> > *a. La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante* ***Auto de fecha 12 de febrero de 2009,*** *responde a RESOLUCION, en consecuencia la resolución impugnada no puede surtir ningún efecto legal y es nula de pleno derecho.*

3. INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICION DE LA SANCION.

> *Como quedó establecido precedentemente, CONSUL TORES DE SEGUROS SA no transgredió ley alguna, no percibió ningún ingreso por esta operación, no siendo por lo tanto objeto de sanción y menos aún por Bs. 59.808 (Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Ocho Bolivianos), suma que no guarda relación alguna con la infracción supuestamente cometida, vulnerando la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de manera flagrante, el principio de proporcionalidad establecido en la Ley Nº 2341…"*

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SPVS-IS No. 341 DE 30 DE ABRIL DE 2009.-

La Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS-IS No. 341 de 30 de abril de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 113 de 03 de marzo de 2009, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

> ***"CONSIDERANDO:***
>
> *Que, mediante Auto de fecha 26 de marzo de 2009, de acuerdo a lo solicitado en el Recurso de Revocatoria a la Resolución Administrativa SPVS/IS N° 113/2009, se dispuso RECHAZAR la petición de suspensión de efectos formulada por Consultores de Seguros S.A. de conformidad al Parágrafo I del Art. 59° de la Ley N° 2341; y, en aplicación a lo dispuesto por los Arts. 39 y 47 del Decreto Supremo N° 27175, se intima a Consultores de Seguros S.A., para que remita el comprobante de depósito que demuestre el cumplimiento de la sanción pecuniaria dispuesta por la resolución recurrida, en el plazo de 5 días hábiles administrativos a partir de su notificación y bajo apercibimiento de rechazo de recurso.*
>
> *Que, en fecha 2 de abril de 2009 Consultores de Seguros S.A., hace llegar el Comprobante de Deposito por Bs59.8080.-* (sic) *correspondiente al monto de la multa establecida mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 113/2009.*

CONSIDERANDO

Que, la Dirección de Análisis y Desarrollo evalúa técnicamente el Recurso de Revocatoria presentado por Consultores de Seguros S.A. en los siguientes términos mediante Informe SPVS/IS/DAD N°159/2009 y concluye lo siguiente:

Punto A: *De la lectura de este descargo, se aprecia que la corredora no expone ningún nuevo argumento que no haya sido evaluado, debatido, declarado insuficiente y expuesto en la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 113 de fecha 03 de marzo de 2009, pues en este punto A nuevamente se exponen cuatro argumentos ya debatidos, no obstante, siguiendo con el procedimiento se los vuelve a evaluar:*

Primero*, la corredora asevera que el proceso se refiere al seguro de transporte "contratado directamente por Lampe & Schwatrz Bremen para la Secretaria Ejecutiva P L-480 ", lo cual es incorrecto debido a que la a través de la nota GC/1012/08 la corredora ofrece como intermediario a la Secretaria Ejecutiva PL-480 la contratación de esta póliza. Asimismo, en la Póliza N° 850444 se expone expresamente el nombre de la corredora, por tanto, este argumento nuevamente es insuficiente.*

Segundo, *la corredora nuevamente asevera que el proceso se refiere a un "tramo que se encuentra fuera del territorio boliviano", lo cual es irrelevante por que el incumplimiento se da debido a que la corredora ha realizado una intermediación con una entidad legalmente no constituida en el país, que no cuenta con autorización de esta Superintendencia, obligación que se la dispone en el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 046/99, el cual debe cumplir a cabalidad y en todo momento, por tanto, este argumento nuevamente se lo declara insuficiente.*

Tercero, *la corredora nuevamente señala que el "recorrido se efectuaba en un tramo extraterritorial … sin haber sido la mercancía nacionalizada, activada o ingresada a territorio nacional, por lo que la operación, consecuentemente, no se encontraba en dicho tramo, sujeta a jurisdicción de las normas bolivianos", el tema de la jurisdicción de la mercancía no corresponde ser evaluada en este recurso, no obstante, la jurisdicción la cual debe acatar de forma obligatoria, irrebatible e inequívoca la corredora de seguros es la boliviana, debiendo cumplir con la Ley de Seguros Nº 1883, los reglamentos dispuestos por la SPVS y en especial el Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 046/99, por tanto, este argumento nuevamente se lo declara insuficiente.*

Cuarto, *la corredora nuevamente señala que el (sic) "se asesoró de la mejor manera al asegurado, conforme a la Ley de Seguros en su Art. 23... asesorar al asegurado o tomador del seguro. a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses", en cuanto a esta aseveración, no es correcta por que en* (sic) *la corredora en cumplimiento de la misma Ley de Seguros N° 1883 y sus artículos 1 y 3 debió haber ofrecido la póliza a través de entidades aseguradoras legalmente constituidas en el país y con autorización de la SPVS, asimismo, debiendo asesorar a su cliente que la Ley de Seguros obliga a la contratación de seguros a las personas domiciliadas en Bolivia a tomar seguros en el país con entidades aseguradoras autorizada a operar en el país. Por tanto, el descargo es insuficiente. Por otra parte no se puede opinar sobre el cumplimiento de la corredora sobre lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Seguros N° 1883, siendo que el mismo no se incluye en el presente proceso.*

Punto B: *La corredora señala que "... que una vez realizadas las labores de asesoría por una corredora a un cliente, corresponde a este ultimo la decisión acerca del seguro que va a contratar en atención a sus legítimos intereses o a su capacidad económica"... "Por lo expuesto, se evidencia que no existieron*

ingresos en CONSULTORES DE SEGUROS S.A. por esta operación, hecho que también puede comprobarse mediante los estados de cuenta de nuestra empresa."

Parecería que con este argumento la corredora pretende deslindar la labor de asesoramiento que efectuó, lo cual se contrapone a toda norma para corredores de seguros del país, pues es su deber realizar un asesoramiento en base a la información y productos de entidades aseguradoras debidamente constituidas y autorizadas en Bolivia. De igual forma, debatiendo lo señalado extraña que la corredora haya emitido la nota GC/1012/08 (cotización de seguros) y que su nombre figure en la pó1iza N° 850444. Por tanto, este argumento es insuficiente.

Asimismo, el recurso señala que los cargos por el que se inicia el proceso no se encuentran debidamente fundamentados, exponiendo un cuadro debatiendo los cargos interpuestos en la nota SPVS N° 1114/08, los cuales se evalúan a continuación:

Puntos expuestos en la Nota SPVS Nº 1114/08	***Descargos Recurso Consultores de Seguros S.A.***	***Evaluación***
Lampe & Schwartze no se encuentra autorizado para operar en la República de Bolivia por parte de la SPVS, ni se encuentra registrado como operador en Bolivia.	*Lampe & Schwartze Brmen no opera en la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrado como operador en Bolivia.***	*Este punto se lo expone para aclarar que Lampe & Schwartze es un operador no registrado en Bolivia. No siendo un cargo directo contra la corredora.*
AXA COLONIA VAG no se encuentra autorizado para operar en la República de Bolivia, por parte de la SPVS, ni se encuentra registrada como compañía de seguros ni reaseguros en Bolivia.	*AXA COLONIA VAG no opera en la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrada como compañía de seguros y reaseguros en Bolivia.***	*Este punto se lo expone para aclarar que AXA COLONIA VAG es un operador no registrado en Bolivia. No siendo un cargo directo contra la corredora.*
El corredor de seguros CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha colocado una pó1iza de seguro de Transportes Flotante para Secretaria Ejecutiva PL-480 con los operadores arriba mencionados.	*CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no coloca la pó1iza de seguro,* ***la coloca Lampe & Schwartze. Bremen en AXA COLONIA VAG.***	*Primero, la observación se refiere a que la corredora ha incumplido con su obligación de efectuar las colocaciones de seguros en empresas legalmente establecidas en Bolivia y autorizadas por la SPVS para desarrollar esta actividad (Art. 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros). Por otra parte, no es correcto el descargo, siendo que Lampe & Schwartze emite el certificado de seguro por y a nombre de AXA COLONIA VAG, a la orden de colocación de Consultores de Seguros S.A. para el asegurado Secretaria Ejecutiva PL-480, como se lo observa inequívocamente del Certificado de Seguro de la Póliza Flotante N° 850444. Por tanto, Consultores de Seguros S.A. como intermediario de esta póliza ha colocado la misma.*
CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha proporcionado cotización a Secretaria Ejecutiva PL-480 proporcionando tarifas otorgadas por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze.	*Es* ***Lampe, & Schwartze Bremen quien cotiza las tarifas otorgadas por AXA COLONIA VAG****.*	*La nota CG/1012/08 (sic) emitida por Consultores de Seguros S.A. para la Secretaria Ejecutiva PL-480, expresamente señala:* ***"En atención a su requerimiento, mediante la presente comunicamos a ustedes que hemos procedido a cotizar el Seguro mencionado en la referencia"****. Por tanto, es contradictora la afirmación del descargo, siendo que la nota citada establece textualmente que la corredora realizó la cotización de tarifas para el seguro intermediado*

De lo evaluado en el cuadro anterior, se consideran insuficientes los descargos expuestos por la corredora.

***Punto** C: La corredora indica que " ...la SPVS no cuenta con documentación valida que acredite la supuesta contratación de seguros para la Secretaria Ejecutiva PL-480 con AXA COLONIA VAG a través de CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ", señalando lo siguiente:*

a. Al analizar las fotocopias del Certificado de Seguro de la Póliza Flotante de Transporte N° 850444 se puede observar que tal certificado fue emitido para la Secretaria Ejecutiva PL-480 por Lampe & Schwartze y no por CONSULTORES, DE SEGUROS S.A.

b. La correspondencia electrónica cursada entre CONSULTORES DE SEGUROS S.A. y la Secretaria Ejecutiva PL-480, ademásdequesucontenidonorepresentapruebaalguna, tampocopuedeserconsiderada dentro del proceso sancionatorio, puesto que los correos electrónicos no hacen prueba legal en Bolivia.

c. La nota N° GC/1012/08 del 26 de febrero de 2008 de consultores de seguros S.A. a la Secretaria ejecutiva PL-480, evidencia que nuestra empresa únicamente comunicó la cotización para la póliza de transporte de Todo Riesgo y LAP otorgada por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze Bremen. Al poner en conocimiento de la Secretaria ejecutiva P L-480 tasas de transporte para embarques internacionales, cumpliamos con el objeto de asesorar de manera adecuada al asegurado, para que el mismo contrate como ya lo afirmáramos previamente, la cobertura de transporte más adecuada a sus intereses.

Por lo expuesto, se puede conducir que no existen documentos acreditados que prueben que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. hubiese intermediado efectivamente estas pólizas de seguros ni constancia de que hubiera recibido un pago por este servicio de corretaje, puesto que quedo suficientemente comprobado que quien emitió el certificado de seguros, fue Lampe & Schwartze Bremen.

A continuación se analiza y evalúa lo señalado por la corredora:

***Al punto a:** Una corredora de seguros no tiene facultades para emitir certificados de cobertura que respalden o suscriban riesgos, por tanto, es obvio que la corredora no ha emitido el certificado de seguro, la facultad de suscripción la tiene quien se responsabiliza de la suscripción del riesgo, que puede ser la entidad aseguradora o un suscriptor de seguros, este último tiene facultades para suscribir riesgos por cuenta y a nombre de una entidad aseguradora, para el caso que nos atañe Lampe & Schwartze lo hace por y a nombre de AXA VAG. No obstante, Consultores de Seguros S.A., corredora de seguros nacional supervisada por la SPVS, actúa como intermediario en el proceso de contratación de esta póliza, primero ofreciendo este seguro conforme lo expone la nota CG/1012/08* (sic) *emitida por la corredora y segundo, figurando su razón social en el Certificado de Seguro de la Póliza Flotante N° 850444, el cual literalmente establece: **"Por el presente certificado, hacemos constar haberse, dado cobertura a: LA ORDEN SECRETARIA EJECUTIVA PL-480 CONSULTORES DE SEGUROS S.A. La Paz - Bolivia"**.*

***Al punto b:** No se ha utilizado ninguna correspondencia electrónica para llevar a cabo el proceso presente. Las pruebas documentales inequívocas que se utilizaron y que han sido aceptadas y avaladas por Consultores de Seguros S.A. son la nota CG/10I2/08* (sic) *emitida por la corredora y el Certificado de Seguro de la Póliza Flotante N° 850444, en el cual figura su razón social. En todo caso los correos electrónicos que señala la corredora son parte de la documentación recibida que se encuentran en la carpeta del proceso.*

***Al punto c:** Nuevamente se aclara a la corredora que la nota CG/1012/08* (sic) *inequívocamente es el asesoramiento que corresponde al giro exclusivo de la intermediación de seguros privados de la*

corredora, misma que no puede ser tomada como una simple "comunicación de tasas de transporte", debido a que esa es exactamente la labor de un intermediario ofrecer tarifas de seguros a sus clientes, pero debe realizarlo con entidades debidamente constituidas en el país y autorizadas por la SPVS, que es la infracción que se observa en el presente proceso.

A la conclusión: *Lo señalado por la corredora es incorrecto debido a que existe suficiente e irrefutable prueba documental, nota CG/1012/08* (sic) *emitida por la corredora y el Certificado de Seguro de la Póliza Flotante N° 850444, en el cual figura su razón social, que prueban inequívocamente que se ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS No. 046 de fecha 31 de marzo de 1999, el cual establece:* ***"Los Corredores de Seguros tienen la obligación de efectuar las colocaciones de seguros en empresas legalmente establecidas en Bolivia y autorizadas por la SPVS para desarrollar esta actividad".*** *Por otra parte, el no haber recibido pago por el corretaje realizado, no representa argumento suficiente de la acción cometida, que se encuentra probada en los documentos citados y la evaluación realizada durante el presente proceso.*

Finalmente, concluye señalando que conforme lo evaluado en el presente, informe sobre el recurso de revocatoria presentado por Consultores de Seguros S.A., se RATIFICA lo expuesto en los Informes SPVS/IS/DAD/1037/2008, SPVS/IS/DAD/0024/2009, SPVS/IS/DAD/0077/2009 y la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 113 de fecha 03 de marzo de 2009.

CONSIDERANDO:

Que, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros mediante Informe SPVS-DL N° 167/2009, concluye que:

- La actividad desarrollada por la SPVS se encuentra establecida en el marco legal aplicable y, en consecuencia, dentro de sus facultades.

- El recurrente cumplió con el pago de la sanción establecida mediante Resolución Administrativa SPVS/IS N° 113/2009.

En cuanto a los fundamentos presentados por Consultores de Seguros S.A. en el Recurso de Revocatoria:

- En primer lugar se aclara que en fecha 6 de febrero de 2009 la corredora solicitó "... nos conceda audiencia con su Autoridad y la Intendencia de Seguros para poder conocer sus apreciaciones respecto a nuestros descargos, en virtud a que con el amplio respaldo argumentativo y documentario que antecede, amén de aquel inserto en nuestra anterior nota, Consultores de Seguros S.A. evidencia que no ha incumplido ninguna disposición local en vigencia". Por lo que al tenor de lo señalado mediante Auto de fecha 12 de febrero de 2009, se señala que las pruebas presentadas se evaluarán y serán tomadas en cuenta para resolver el proceso administrativo mediante la Resolución Administrativa que corresponda de conformidad a lo que establece el Art. 68 del Decreto Supremo N° 27175.

Evidentemente, Consultores de Seguros S.A. mediante Nota VP/1174/2009 reitera solicitud de Audiencia Pública, amparándose en el Art. 67 del Decreto Supremo N° 27175. Sin embargo, es necesario que sea de conocimiento de la recurrente que esa nota ingresó a la entidad cuando ya se había emitido la resolución administrativa N° 113/2009. Esa fue la razón por la que la Superintendencia no responde a esa solicitud.

Sin embargo, en ningún momento se vulneró el ejercicio de defensa de Consultores de Seguros S.A. y la mayor prueba de ello es que además del periodo establecido para la presentación de descargos mediante Nota SPVS N° 1114/2008 de 17 de diciembre de 2008, se apertura un periodo de prueba de veinte días para que la corredora pudiera presentar la prueba que considere pertinente para su defensa.

- En cuanto al supuesto Incumplimiento de plazos, el Auto que establece producción de prueba fue notificado en fecha 16 enero de 2009, teniendo la corredora 20 días para presentar toda la prueba que considere pertinente, es decir, hasta el día 13 de febrero de 2009. A partir de esa fecha, se proceden a contar los diez días establecidos como plazo para la Superintendencia para emitir la respectiva Resolución Administrativa. Por lo que no habría ningún incumplimiento como alega la parte recurrente.

- De conformidad al principio de legalidad de las sanciones administrativas y lo establecido en el Art. 72 de la Ley del Procedimiento Administrativo, estas podrán ser impuestas cuando hayan sido previstas por norma expresa. En este caso, se establece que la SPVS sancionó a Consultores de Seguros S.A. por inobservancia del Art. 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, emitida mediante Resolución Administrativa IS N° 046 de fecha 31 de marzo de 1999. Encontrándose inmersa dicha conducta en el Art. 16, parágrafo II, literal a) de la Resolución Administrativa IS N°602 de 24 de octubre de 2003 que aprueba el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros, que determina que se consideran como infracciones leves: "Incumplimiento de órdenes a instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros o de autoridad competente, en cumplimiento de la normativa vigente". Las normas regulatorias emitidas por la SPVS tienen desde su emisión, el carácter de obligatoriedad y ejecutividad para su cumplimiento, siendo deber de los regulados observarlas y cumplirlas por lo que se establece que Consultores de Seguros S.A. incumplió la normativa señalada y, en consecuencia, la sanción aplicada no viola ninguna norma.

- El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas, deba corresponder a la ley y las normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza; este principio en materia sancionatoria implica la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. En este caso, la Administración ha tornado en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en la falta que se sanciona. Considerando además, que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas en la norma aplicable y que el hecho sancionado se encuentra, previo análisis de los descargos presentados, plenamente probado.

- La multa señalada se encuentra establecida en el Reglamento de Sanciones del Sector de Seguros de acuerdo al incumplimiento presentado por Consultores de Seguros S.A.

- La Superintendencia en todo momento ha regido sus actos de conformidad a los principios señalados en el Art 4° de la Ley N° 2341.

- De la evaluación técnica realizada se concluye que existe suficiente e irrefutable prueba documental, nota CGI012/08 (sic) emitida por la corredora, y el Certificado de Seguro de la Póliza Flotante N° 850444, en el cual figura su razón social, que prueban inequívocamente que se ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros. Por otra parte, el no haber recibido pago por el corretaje realizado, no representa argumento suficiente de la acción cometida, que se encuentra probada en los documentos citados y la evaluación realizada durante el presente proceso.

Finalmente, conforme lo evaluado sobre el recurso de revocatoria presentado por Consultores de Seguros S.A., se RATIFICA lo expuesto en los Informes SPVS/IS/DAD/103712008, SPVS/IS/DAD/0024/2009, SPVS/IS/DAD/0077/2009 y la Resolución Administrativa SPVS/IS/No. 113 de fecha 03 de marzo de 2009.

- De acuerdo a lo señalado, se establece que Consultores de Seguros S.A. no ha presentado suficientes argumentos para revocar la R.A. SPVS-IS N°113/09 de fecha 03 de marzo de 2009…"

4. **RECURSO JERARQUICO.-**

En fecha 31 de marzo de 2009, **CONSULTORES DE SEGUROS S.A.,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341 de 30 de abril de 2009, argumentando lo siguiente:

"ANTECEDENTES

Por la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341 /2009, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve el Recurso de Revocatoria interpuesto por nuestra empresa contra la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 113 de fecha 3 de marzo de 2009, estableciendo supuesta e infundadamente que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. habría inobservado el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros, aprobado mediante Resolución Administrativa IS/Nº 046 de fecha 31 de marzo de 1999.

INTERPONE RECURSO JERARQUICO

Considerando que la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341, afecta, lesiona y causa un grave perjuicio a los derechos subjetivos e intereses legítimos de nuestra empresa, amparándonos en lo establecido en los artículos 56, 66 y normas concordantes de la Ley Nº 2341 de Procedimiento Administrativo, así como los artículos 36, 37, 52 y normas concordantes del Reglamento a la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 27175, interponemos dentro de término legal, el presente Recurso Jerárquico en contra de la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 341 /2009

A. DE LA OPERACION POR LA CUAL LA SPVS INICIA PROCESO SANCIONATORIO.

El proceso sancionatorio iniciado por la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS), contra CONSULTORES DE SEGUROS S.A., se refiere al seguro de transporte contratado directamente por Lampe & Schwartze Bremen para la Secretaría Ejecutiva PL-480, cubriendo el transporte de manteca en lata en el tramo comprendido entre Buenos Aires, Argentina y los almacenes aduaneros de Villazón, frontera de Bolivia, tramo que se encuentra fuera de territorio boliviano.

Al participar Bolivia en acuerdos internacionales con la Cámara Internacional de Comercio (ICC), en todo momento se respetaron las condiciones y términos establecidos en la "Publicación 560": "Incoterms 2000", documento elaborado y aprobado por la ICC, adoptando lo establecido en relación al momento y lugar precisos para efectuar las respectivas transferencias de los riesgos y responsabilidades por daño o perdida de mercancía, respetando asimismo lo estipulado en cuanto a las obligaciones establecidas entre vendedores y compradores entre las que se encuentran el seguro de la mercancía y los tipos específicos de cobertura.

En este ámbito, considerando que el recorrido del transporte se efectuaba en un tramo extraterritorial, fue Lampe & Shwartze Bremen la empresa que emitió el Certificado de Seguro de la Póliza No. 850444 como agente de AXA COLONIA VAG, Certificado mediante el cual se otorgaba cobertura de transporte en territorio argentino, sin haber sido la mercancía nacionalizada, activada o ingresada a territorio nacional, por lo que esta operación, consecuentemente, ***no se encontraba sujeta a jurisdicción de las normas bolivianas.***

*Asimismo, debemos destacar que la mercancía realizó la travesía programada dentro de los términos habituales del comercio internacional, amparada por una póliza con una prima muy favorable para el asegurado, igual a $US 3.719.10 (Tres Mil Setecientos Diecinueve 10/100 D6lares), lo que representa un ahorro equivalente a la suma de $US 8.182.- (Ocho Mil Ciento Ochenta y Dos 00/100 Dólares), determinando con ello que, por el destino social que tenia esta mercancía y sin afectar para nada las normas bolivianas ni causar daño económico alguno, se asesoró de la mejor manera al asegurado, conforme a la Ley de Seguros en su Art. 23, que establece como obligación de los corredores "... **asesorar al asegurado o tomador del seguro, a los fines de contratar la cobertura más adecuada a sus intereses ... "***

Esta función se cumplió cabalmente, a pesar incluso de los ingresos que dejamos de percibir, puesto que si hubiera sido una aseguradora nacional la que emitía la póliza para esta operación, CONSULTORES DE SEGUROS S.A. habría recibido la comisión relacionada a una prima más alta equivalente a la suma de $US 11.901.12 (Once Mil Novecientos Un 12/100 Dólares).

Dependiendo de la modalidad y origen de la mercadería, dentro de lo que implica la realización y efectivización de un transporte Internacional, es potestativo de vendedores y compradores donde y cómo se contrata la Póliza que amparara la mercadería objeto de la transacción, bajo dicha óptica es que no podrían estar debidamente registradas en la entonces Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, todas las compañías Aseguradoras del mercado Internacional que trabajan con empresarios locales, hecho que no es considerado en el análisis efectuado por la Intendencia de Seguros en su informe SPVS/ IS/DAD No. 159/2009 y que constituye la base de nuestro actuar en el caso en controversia.

B. DE LA SUPUESTAE INEXISTENTE INFRACCION COMETIDA POR CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

Según lo estipulado en el Art. 52 de la Ley de Seguros Nº 1883, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros se encontraba habilitada en aplicar sanciones de acuerdo a la naturaleza de la infracción, destacando sin embargo, que CONSULTORES DE SEGUROS SA. en ningún momento cometió infracción alguna, puesto que la empresa que colocó el seguro en AXA COLONIA VAG, fue Lampe & Schwartze Bremen y no CONSULTORES DE SEGUROS S.A. Lampe & Schwartze Bremen no opera en territorio boliviano por lo que no se encontraba bajo la jurisdicción de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros. Asimismo, debemos destacar que una vez realizadas las labores de asesoría por una corredora a un cliente, corresponde a este último la decisión acerca del seguro que va a contratar en atención a sus legítimos intereses o a su capacidad económica.

Como prueba de que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no fue el intermediario de esta operación, podemos asegurar que no hubo pago alguno, directo ni indirecto, de la Secretaría Ejecutiva PL-480 o de AXA COLONIA VAG a CONSULTORES DE SEGUROS S.A. por servicios de corretaje en este caso, como se evidencia en la nota P.L.-480 D.F. No. 421/2008 del 25 de abril de 2008, nota que cursa en obrados del presente proceso, mediante la cual la Secretaría Ejecutiva PL-480 solicita al Banco Unión, el traspaso directo de fondos de su cuenta a la cuenta de Lampe & Schwartze en el Banco Bankhaus Neelmeyer AG.

Por lo expuesto, se evidencia que no existieron ingresos en CONSULTORES DE SEGUROS S.A. por esta operación, hecho que también puede comprobarse mediante los estados de cuenta de nuestra empresa.

Por lo tanto, los cargos por los que se inicia el proceso sancionatorio contra CONSULTORES DE SEGUROS SA., señalados en la nota SPVS Nº 1114/08, no se encuentran debidamente fundamentados como vemos a continuación:

PUNTOS EXPUESTOS EN LA NOTA SPVS Nº 1114/08	DESCARGO CONSULTORES DE SEGUROS	RESPUESTA A LA EVALUACION DE LA SPVS EN RA SPVS/IS No. 341
Lampe & Schwartze no se encuentra autorizado para operar en la república de Bolivia por parte de la SPVS, ni se encuentra registrado como operador en Bolivia	*Lampe & Schwartze Bremen no opera en el territorio de la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrado como operador en Bolivia.***	*Tomamos conocimiento de que no era un cargo directo hacia Consultores de Seguros S.A. sin embargo consideramos que de ser así, no debió ser parte de la nota de cargos enviada por la SPVS.*
AXA COLONIA VAG no se encuentra autorizada para operar en la República de Bolivia por parte de la SPVS, ni se encuentra registrada como compañía de seguros ni reaseguros en Bolivia.	*AXA COLONIA VAG no opera en el territorio de la República de Bolivia en la operación observada, por lo que* ***no necesita estar registrada como compañía de seguros y reaseguros en Bolivia.***	*Tomamos conocimiento de que no era un cargo directo hacia Consultores de Seguros S.A, sin embargo consideramos que de ser así, no debió ser parte de la nota de cargos enviada por la SPVS.*
El corredor de seguros CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha colocado una póliza de seguro de Transportes Flotante para Secretaria Ejecutiva PL-480 con los operadores arriba mencionados.	*CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no coloca la póliza de seguro,* ***la coloca Lampe & Schwartze Bremen en AXA COLONIA VAG.***	*Realizando la lectura correcta del documento analizado y fojas siguientes (Certif. No.0000003 de la póliza flotante Nº 8504440) se debe inferir que el documento fue emitido a la orden de: Secretaria Ejecutiva PL-480, en la seguridad de no haber realizado la intermediación de la Póliza aludida, sino como una mera referencia local.*
CONSULTORES DE SEGUROS S.A. ha proporcionado cotización a Secretaria Ejecutiva PL-480 proporcionando tarifas otorgadas por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze.	***Es Lampe & Schwartze Bremen quien cotiza las tarifas otorgadas por AXA COLONIA VAG.***	*Dentro del lenguaje común utilizado en materia comercial de intercambio de servicios y productos, una oferta económica se denomina "cotización", ... por tal motivo es que nuestra nota menciona, dicho término; sin embargo reiteramos nuestra aclaración de que nuestra empresa simplemente informa la cotización efectuada por AXA COLONIA VAG. De todas maneras, destacamos que el término "cotización" defiere del término "colocación" al que se refiere el Art. 46 del reglamento presuntamente infringido.*

Por otra parte, debemos reiterar que al tratarse el caso de un seguro de transporte en el marco del comercio internacional, no se ha incumplido ninguna disposición reglamentaria emitida por la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros.

C. DE LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR SAAVEDRA PACHECO S.R.L.

De la revisión de los antecedentes que cursan en obrados, se puede aseverar que la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros, no contaba con documentación valida que acreditara la supuesta contratación de seguros para la Secretaría Ejecutiva PL- 480 con AXA COLONIA VAG a través de CONSULTORES DE SEGUROS SA.

Sobre las supuestas pruebas con las que contaba la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, basadas prácticamente en los documentos oficiosamente remitidos por la empresa de corretaje "Saavedra Pacheco S.R.L." con la nota ***SP: DPTO. PROD-844/08,*** *se debe afirmar y exponer lo siguiente:*

a. Al analizar las fotocopias SIMPLES del Certificado de Seguro de la Póliza Flotante de Transporte Nº 850444 se puede observar que tal certificado fue emitido para la Secretaria Ejecutiva PL-480 por ***Lampe & Schwartze Bremen*** *y no por CONSULTORES DE SEGUROS SA.*

b. La nota Nª GC/I012/08 del 26 de febrero de 2008 de CONSULTORES DE SEGUROS S.A. a la Secretaría Ejecutiva PL-480, evidencia que nuestra empresa únicamente comunicó la cotización para la póliza de transportes de Todo Riesgo y LAP otorgada por Seguros Illimani y por Lampe & Schwartze Bremen. Al poner en conocimiento de la Secretaria Ejecutiva PL-480 ***tasas de transporte para embarques internacionales****, cumplíamos con el objetivo de asesorar de manera adecuada al asegurado, para que el mismo contrate como ya lo afirmáramos previamente, la cobertura de transporte más adecuada a sus intereses.*

Siendo la documentación descrita en los puntos (a y b) precedentes, la única documentación de respaldo a la sanción impuesta por la SPVS, consideramos que la aseveración hecha en la RASPVS/IS No. 341/09 de que "existe suficiente prueba documental" de nuestra participación como intermediarios de esta Póliza, no es fundada, puesto que al no existir pago alguno, no se ha perfeccionado el "acto de comercio" por el que se nos imputa.

Por lo expuesto, se puede concluir que no existen documentos acreditativos que prueben que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. hubiese participado efectivamente en estas pólizas de seguros ni constancia de que hubiera recibido un pago por este servicio de corretaje, puesto que quedó suficientemente comprobado que quien emitió el certificado de seguros, fue Lampe & Schwartze Bremen.

D. DEL PROCESO SANCIONATORIO INICIADO POR LA SPVS.

Del análisis de todas las etapas del proceso sancionatorio, por el que se emite la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 113 del 3 de marzo de 2009, confirmada con la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 341 del 30 de abril de 2009, podemos observar y hacer notar que debido a la evidencia que citamos a continuación, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros no ha seguido el debido proceso:

1. NEGATIVA A CONVOCAR A AUDIENCIA PÚBLICA: *En fecha 6 de febrero de 2009, CONSULTORES DE SEGUROS S.A. remite a la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros la nota con* ***CITE: VP /0148/2009****, presentando descargos adicionales y* ***solicitando audiencia*** *con el Superintendente a objeto de fundamentar oralmente los argumentos presentados mediante notas VC-6500/2008 y VP /0148/2009.*

a*. La Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Auto de fecha 12 de febrero de 2009, responde a CONSULTORES DE SEGUROS S.A., que las pruebas presentadas por la empresa se* ***evaluaran oportunamente y se tomarán en cuenta*** *para resolver el proceso administrativo mediante Resolución Administrativa correspondiente.*

b. CONSULTORES DE SEGUROS S.A*, mediante nota con CITE: VP/1174/2009 del 2 de marzo de 2009 reitera la solicitud de convocatoria a audiencia pública, amparándose en lo establecido en el Art. 67 del Decreto Supremo Nº 27175 del 15 de septiembre de 2003, el cual estipula dentro de la Sección II - "Etapas del Procedimiento Sancionador", Art. 67, Parágrafo III, lo siguiente:*

*"****Adicionalmente, el Superintendente, de oficio o a petición del presunto infractor o de terceros interesados, podrá convocar a audiencias públicas con el objeto de escuchar alegatos que ilustren mejor su decisión ".***

c*. Según lo claramente establecido en el Art. 67 del Decreto Supremo Nº 27175, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros no responde a esta solicitud, vulnerando*

el derecho de CONSULTORES DE SEGUROS SA. al pleno y amplio ejercicio de defensa al no convocar a audiencia pública a petición del presunto infractor.

Por lo expuesto es importante resaltar que la SPVS se equivoca al afirmar que nuestra nota de solicitud de Audiencia Pública ingresó a la entidad cuando ya se había emitido la Resolución Administrativa SPVS/IS No.113/09 pues nuestra última nota remitida, es de fecha 02 Marzo, 2009 y la resolución citada es del 03 de Marzo, 2009.

2. INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA IMPOSICION DE LA SANCION. *Como quedó establecido precedentemente, CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no transgredió ley alguna, no percibió ningún ingreso por esta operación, no siendo por lo tanto objeto de sanción y menos aun por Bs. 59.808 (Cincuenta y Nueve Mil Ochocientos Ocho Bolivianos), suma que no guarda relación alguna con la infracción supuestamente cometida, habiendo vulnerado la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de manera flagrante, el principio de proporcionalidad establecido en la Ley Nº 2341.*

E. BASES INSOSTENIBLES DE LA RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS-IS No. 341

En reiteradísimas oportunidades, la resolución recurrida hace mención a:

1°) QUE SE HABRIA CONCRETADO LA INTERMEDIACION DE CONSULTORES DE SEGUROS S.A. y por ello se infringió el Artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros.

2°) QUE LA PRUEBA DE LO ANTERIOR ESTA EN QUE, EN EL CERTIFICADO DE COBERTURA Nº 850444, FIGURA EL NOMBRE DE CONSULTORES DE SEGUROS S.A.

3°) QUE LA CARTA GC/101208 DIRIGIDAA LA SECRETARIA PL 480 ES, SEGÚN LA RESOLUCION, UN OFRECIMIENTO COMO INTERMEDIARIO.

En relación al primer aspecto, se debe tener presente lo dispuesto por los Arts. 96 y 99 del Código de Comercio al determinar:

ART 96.- EL CORREDOR ES LA PERSONA NATURAL O JURIDICA ESTABLECIDA POR CUENTA PROPIA QUE MEDIA ENTRE LA OFERTA Y LA DEMANDA PARA OBTENER EL ACERCAMIENTO DE AMBAS, PARA LA CONCRECIÓN DIRECTA DEL CONTRATO POR LOS INTERESADOS, SIN TENER RELACION DE DEPENDENCIA O REPRESENTACION.

ART 99.- REMUNERACION.- LOS CORREDORES TIENEN DERECHO A LA COMISIÓN CONVENIDA.

Del análisis de ambas normas se puede establecer que CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no realizó en este caso ninguna labor de corretaje, ya que no percibió ninguna comisión. Legal y técnicamente hablando, CONSULTORES DE SEGUROS S.A. no infringió ninguna norma del Código de Comercio, de la Ley de Seguros y del Reglamento específico aplicable a las Empresas corredoras de seguros.

La interpretación de la resolución recurrida es totalmente forzada y antojadiza, mucho más si la cobertura esta fuera del límite geográfico del país.

En el punto 2°.- la resolución recurrida hace mención en forma reiterativa que la prueba plena de la supuesta e inexistente participación de CONSULTORES DE SEGUROS S.A., está en el CERTIFICADO

DE LA POLIZA FLOTANTE Nº 850444 en la cual figura el nombre de la Empresa, ello no es evidente por las siguientes razones:

1º) Ninguna norma establece que las pólizas debe figurar el nombre del Corredor de Seguros

2º) Se trata de una FOTOCOPIA SIMPLE que no considera el ordenamiento jurídico expuesto en el Art. 1311 del Código Civil, el cual menciona que la reproducción guarde su conformidad con el original auténtico y completo, acreditado por un funcionario público autorizado, previa orden judicial o de autoridad competente; ninguno de estos requisitos cumple la simple fotocopia a la cual pretenden darle legalidad ignorando la ley.

3º) Asimismo, la mención de nuestro nombre en dicho documento, debe interpretarse como una simple referencia local.

4º) La nota GC/1012/08 dirigida a la Secretaría del PL480 por CONSULTORES DE SEGUROS S.A. simplemente hace conocer cotizaciones en su labor de mero y simple asesoramiento; esa nota no tiene ningún otro carácter al que pretenden darle para sancionar a nuestra empresa.

PETITORIO

En base a los fundamentos expuestos, considerando que la Resolución Administrativa SPVS/IS/ Nº 341/09, confirmatoria de la Resolución Administrativa SPVS/IS/Nº 113/09 afecta, lesiona y vulnera nuestros intereses, solicitamos que su Autoridad: i) admita el presente recurso por haber sido presentado dentro del plazo y ante la Autoridad competente; ii) remita el presente memorial y el correspondiente expediente a conocimiento de la AUTORIDAD SUPERIOR, en este caso el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de acuerdo al Decreto Supremo 71, para que esta autoridad:

1) *Imprima al presente recurso el procedimiento establecido por los artículos 52 y sgtes. del D.S. 27175.*

2) *Tenga por aportada y ratificada la prueba cursante en la Intendencia de Seguros de la Ex SPVS.*

3) *Señale día y hora para que, de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 58 del Decreto Supremo 27175, CONSULTORES DE SEGUROS S.A. realice la exposición y fundamentación oral de sus argumentos, en audiencia ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas.*

4) *Oportunamente, dicte resolución jerárquica debidamente fundamentada, y en la debida compulsa de los argumentos expuestos, declare fundado y PROBADO el presente recurso y revoque totalmente las Resoluciones Administrativas SPVS/IS/Nº 341/09 y SPVS/IS/Nº 113/09 y disponga la cesación de todos sus efectos, considerando lo previsto en el Decreto Supremo 27175 en relación al importe pagado por CONSULTORES DE SEGUROS S.A. bajo concepto de la multa arbitraria impuesta por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en la Resolución Administrativa SPVS/ IS/Nº 113/09…"*

CONSIDERANDO:

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

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

1. Sobre la Operación por la cual la Ex SPVS inicia proceso sancionatorio.-

El recurrente afirma (punto A de la argumentación del Recurso Jerárquico) que al estar el recorrido del transporte en un tramo extraterritorial, en particular territorio argentino, sin haber sido la mercancía nacionalizada e internada a territorio nacional, *"la operación no se encontraba sujeta a jurisdicción de las normas bolivianas".*

Al respecto, la Ley de Seguros N° 1883 en su artículo 3° "OBLIGATORIEDAD DE LA CONTRATACION DE SEGUROS Y DE RETENCIONES EN BOLIVIA", establece que las personas naturales o jurídicas que contraten seguros, ***domiciliadas en Bolivia*** se encuentran obligadas a tomar seguros en el país con entidades aseguradoras constituidas y autorizadas para operar en el territorio de la República. (Negrillas insertas en la presente Resolución Ministerial Jerárquica).

Como vemos, la disposición legal no hace referencia al lugar geográfico en que se sitúen los bienes u objetos que conforman la materia del seguro, ni la propiedad de los mismos, ni su carácter nacional o internacional. La disposición, hace referencia a las personas jurídicas que contraten seguros y que se encuentren "domiciliadas en Bolivia".

En la presente operación, la contratación del seguro ha sido realizada por la Secretaria Ejecutiva PL-480, por cuanto existía un interés asegurable en coberturar el transporte de la mercadería. Esta Institución se encuentra domiciliada en Bolivia por lo que la obligatoriedad dispuesta en la norma legal, alcanzaba plenamente a la Secretaría Ejecutiva PL-480 de forma directa e inexcusable así como a la empresa que otorgó el asesoramiento en la materia.

Ahora bien, importa precisar que la presente Resolución Ministerial Jerárquica no trata de si la Secretaría Ejecutiva PL 480 cumplió o incumplió una norma legal, ya que no es el caso que nos ocupa, sino la participación de Consultores de Seguros S.A. sea en la calidad de corredor, asesor o en cualquier figura que el recurrente ha afirmado tener en dicha operación. Lo cierto y evidente es que Consultores de Seguros S.A. tuvo pleno conocimiento de la colocación de seguros por una entidad domiciliada en Bolivia, con una entidad que no se encontraba autorizada para operar en el territorio de la República.

Cabe a su vez destacar que aún si *a priori* se definiera que la participación de Consultores de Seguros S.A. no fue en calidad de intermediario de la operación, la sola trasgresión de la ley, debió apartar a este corredor de su participación, colaboración o cualquier tipo de actividad como facilitador de una operación que claramente transgredía el artículo 3° de la Ley de Seguros en una mercado regulado como lo es el Mercado de Seguros, obligándose al cumplimiento de su norma especial (Art. 9 R.A. 046 de 31/03/1999).

Sin embargo y pese a lo anterior, las pruebas expuestas en el legajo del caso, muestran claramente que el recurrente en ningún caso se aparto de tal operación, más por el contrario, estuvo involucrado en todas las etapas de la misma, desde la cotización, emisión de la póliza y emisión de las diferentes aplicaciones, sin que haya emitido criterio en contrario y menos una clara disposición de apartarse o menos denunciar una operación que transgredía el artículo 3° de la Ley de Seguros N° 1883.

Más aún, el recurrente afirma que en cumplimiento al artículo 23 *"se asesoró de la mejor manera al asegurado"* por cuanto la prima finalmente aplicada representaba un ahorro de más de 8 mil dólares americanos y (a juicio del corredor) no se afectaba las normas bolivianas ni se causaba daño económico. Es decir no solo evitó su

participación en un acto que transgredía el artículo 3 de la Ley de Seguros sino que lo promovió a manera de "asesoramiento" tal y como lo llama el recurrente, por las ventajas económicas que conllevaba su contratación con una empresa extranjera respecto a una nacional, debidamente autorizada y por el *"destino social que tenia esta mercancía"* aspecto que también va en contra del mercado asegurador interno y el derecho de estos a ofrecer seguros a sus nacionales.

2. Sobre la supuesta e inexistente infracción cometida.-

El recurrente hace referencia a la *"Contratación Directa"* por Lampe & Schwartze Bremen y a las diferentes actividades realizadas por Consultores de Seguros S.A. en la contratación de la póliza para la Secretaria Ejecutiva PL.480.

Compulsado el expediente, se tiene que el recurrente afirma que los diferentes actuados realizados, no constituyen un acto de intermediación, por lo que a efectos de poder determinar tal situación, corresponde evaluar los diferentes actuados que Consultores de Seguros S.A. realizó respecto a la adquisición de la póliza de seguro.

2.1. Cotización.-

Al inicio de cualquier operación de seguros se debe cotizar el riesgo, actividad que realiza el corredor de seguros como intermediario de la operación y como parte del asesoramiento al asegurado.

Esta actividad consiste en obtener las diferentes ofertas económicas, respecto al costo de las coberturas que el asegurado requiere contratar, para luego hacérselas conocer y que este tome una decisión acerca de la aseguradora en la que desea contratar su seguro.

En el presente caso, la oferta de seguros y sus primas fueron presentadas a la Secretaria Ejecutiva PL-480 por Consultores de Seguros S.A. mediante nota GC/1012/08 de fecha 26 de febrero de 2008. Esta notificación que a todas luces muestra la ilustración de las tarifas ofertadas para suscribir el riesgo, no involucran para el recurrente una cotización sino más bien una simple comunicación de las ofertas. Sin embargo, no se evidencia que el asegurado por si mismo o por interpósita persona (diferente al recurrente) haya requerido estas cotizaciones. Aun más, el asegurado, afirma que tuvo conocimiento de las mismas solo por medio de Consultores de Seguros S.A. conforme se evidencia de la Certificación presentada.

La argumentación presentada por el recurrente parece entonces incorrecta, puesto que a través de su comunicación, el asegurado fue ilustrado acerca de las diferentes ofertas económicas respecto al riesgo que requería asegurar, es decir comunica ofertas que el asegurado no requirió de forma directa a quienes la otorgaron.

Por tanto la labor realizada por Consultores de Seguros S.A., puede ser denominada de cualquier manera, lo que si debe aceptarse es que el accionar de Consultores de Seguros S.A. se adecua a las características y objeto de una cotización en un proceso de intermediación.

2.2. Entrega de la Póliza.-

Mediante CITE GC/1376/08 de fecha 17 de marzo de 2008, Consultores de Seguros remite la aplicación Nº0003 de la póliza Nº 8504444 en la cual consta la razón social del corredor.

Si se examina la mencionada nota, el corredor no solo hace entrega de la aplicación, sino también efectúa recomendaciones propias del mismo al asegurado, como ser la necesidad de revisar tal documento **e informar a Consultores de Seguros S.A.** acerca de cualquier redacción errónea o con la cual no se consensue en un

plazo menor al que el Código de Comercio otorga al asegurado cuando la póliza no concuerda con lo acordado u ofertado. Esta situación responde al asesoramiento que todo intermediario debe prestar, así como las diligencias que el intermediario realiza, como la notificación a la compañía de cualquier reclamo respecto de la póliza, dentro del plazo de 15 días que se otorga de conformidad a lo establecido por el Artículo 1013 del Código de Comercio. Asimismo dicho accionar por parte del recurrente, permite una vez más confirmar que estaba aplicando la normativa boliviana para un cliente boliviano y no así bajo la jurisdicción extranjera como el recurrente pretendería demostrar.

Sin embargo el alegato presentado por el recurrente respecto a que todas las actividades realizadas, se refieren únicamente a que su razón social aparece en la aplicación de la póliza "como simple referencia legal", c*ontrario sensu* a lo afirmado por Insumos Bolivia (ex Secretaria Ejecutiva PL-480) en la nota IN-BOL D.G.E. No. 878/2009 (*Correspondencia que más adelante merecerá pronunciamiento especial*). Adicionalmente Consultores de Seguros S.A. de forma expresa solicita se le notifique cualquier divergencia que el asegurado posea con la póliza antes del término legal establecido en la precitada norma comercial; aspectos estrictamente configurativos de las actividades propias de un intermediario en el mercado de seguros.

2.3. Comisión.-

Finalmente el recurrente afirma la inexistencia de corretaje de seguros, por el hecho de no haber recibido comisión alguna de la aseguradora, ni de Lampe & Schwartze Bremen. Asimismo hace referencia al Artículo 99 del Código de Comercio para afirmar que al no haber recibido la comisión, no se ha concretado el acto de comercio de corretaje.

Asimismo el recurrente afirma que no existió pago de comisiones por la aseguradora a Consultores de Seguros S.A., empero, tampoco es menos cierto que Consultores de Seguros S.A. participó en las diferentes instancias propias de un intermediario del seguro, tanto en la cotización, en la entrega de la póliza (la cual poseía inscrita la razón social del corredora), así como el asesoramiento del asegurado.

En cuanto al hecho de que haya o no haya percibido comisión alguna por tales acciones, este hecho no exime a Consultores de Seguros S.A. que haya realizado todas las labores inherentes a un corredor en la operación de seguros que nos ocupa.

Ahora bien, siguiendo el Artículo 99 del Código de Comercio invocado por el recurrente; dicha disposición legal otorga un derecho de cobro por un servicio prestado y en caso de incumplimiento el interesado tiene las vías legales que correspondan para hacer efectivo el derecho de cobro vulnerado; no siendo este derecho propio, una condicionante en la norma ni un requisito *sine quanon* para establecer si hubo o no la concreción de una colocación de un seguro.

Cabe aclarar que el precitado derecho subsiste aun cuando el recurrente de forma voluntaria no lo haga efectivo tal como se desprendería del tenor de la argumentación realizada en el recurso interpuesto y demás documentación cursante en el expediente administrativo donde afirma no haber recibido comisión alguna, toda vez que la comisión pagada por la aseguradora al intermediario es una práctica inherente a la actividad aseguradora, a nivel internacional.

Por todo ello se concluye que Consultores de Seguros realizó toda la labor inherente a un corretaje de seguros realizando una cotización, entrega de la póliza y asesoramiento técnico en la colocación del seguro de Transporte Internacional a Secretaría Ejecutiva PL-480, habiendo previamente ofrecido sus servicios en la "modalidad de corretaje de seguros". Expresando también que la remuneración a sus servicios consiste en una comisión previamente pactada con la aseguradora; tal como se desprende de la nota GC/4265/07 de 08 de octubre de 2007 remitida por Consultores de Seguros S.A. a Secretaria Ejecutiva PL-480.

3. Sobre la Negativa a convocar a audiencia pública.-

El recurrente señala que la Superintendencia negó la Solicitud de Consultores de Seguros S.A. a convocar a audiencia a objeto de fundamentar oralmente los argumentos presentados de forma escrita.

Así tenemos que se hace alusión a lo establecido en el Parágrafo III del artículo 67 del Decreto Supremo Nº 27175 señalando que: *"Adicionalmente, el Superintendente, de oficio o a petición del presunto infractor o terceros interesados, podrá convocar a audiencias públicas con el objeto de escuchar alegatos que ilustren mejor su decisión."*

La norma presentemente citada establece la facultad discrecional que tiene la autoridad ejecutiva para convocar ya sea de oficio o a petición de parte a audiencias que ilustren su mejor decisión: disposición legal que no configura un elemento de obligatoriedad en la convocatoria a audiencias, aunque estas hayan sido solicitadas de forma expresa, ya que esa facultad discrecional no simplemente limita a la facultad que tiene el ejecutivo de convocar a una audiencia sino que el sentido de esta convocatoria debe ser para una mayor ilustración de su decisión.

Entonces tenemos que la facultad discrecional de convocatoria a audiencias, se encuentra condicionada a poseer un mejor entender de las pruebas y alegatos presentados por los involucrados en el proceso administrativo en la eventualidad de que dichos descargos no sean claros y creen duda razonable en el órgano de regulación al momento de dictar resolución.

En el presente caso la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, **no negó** de forma expresa al recurrente a convocar a una audiencia oral, sino que se pronuncio mediante auto expreso de fecha 12 de febrero de 2009 señalando que *"las pruebas presentadas por CONSULTORES DE SEGUROS S.A. se evaluaran oportunamente y se tomaran en cuenta para resolver el proceso administrativo…"* siendo dicho pronunciamiento acorde a lo dispuesto en la disposición legal señalada haciendo uso de su facultad discrecional de poder o no convocar a audiencia de exposición oral de la prueba presentada.

Por todo ello el derecho a la defensa y a un debido proceso alegado por el recurrente no fue conculcado con el actuar del órgano de regulación, debido a que la Resolución Administrativa SPVS/IS Nº 113 de 03 de marzo 2009 motiva todos y cada uno de los descargos presentados por Consultores de Seguros S.A.

4. Sobre el principio de proporcionalidad y la imposición de la sanción.-

El recurrente señala que la imposición de la sanción no guarda relación a la infracción cometida, habiendo vulnerado la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros de manera flagrante el principio de proporcionalidad establecido en la Ley Nº 2341, sin embargo no presenta mayor argumentación que respalde tal aseveración.

Sin embargo, corresponde a esta instancia jerárquica pronunciarse sobre el particular, es así que el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones, cual se señala en el precedente administrativo reflejado en la Resolución Jerárquica No. 38/2005 establece que:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas dé carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.*
>
> *Este Principio en materia sancionadora, implicará la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio de su poder sancionador que le ha sido conferido.*

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

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

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

Por lo expuesto, en los incisos anteriores, se pudo evidenciar que Consultores de Seguros S.A. infringió el artículo 9 del Reglamento de Corredores de Seguros y Reaseguros aprobado mediante Resolución Administrativa IS/Nº 046 de 31 de marzo de 1999, la Ex SPVS, ha calificado como una **infracción Leve**, la trasgresión cometida por Consultores de Seguros S.A., al determinar la aplicación del artículo 16 Parágrafo II inciso a) del Reglamento de Sanciones del Sector Seguros aprobado mediante Resolución Administrativa – IS No. 602 de 24 de octubre de 2003, situación que permite evidenciar el cumplimiento del principio de proporcionalidad conforme se aprecia del precedente citado en líneas arriba.

5. Sobre la Prueba de reciente obtención y solicitud de certificación

Consultores de Seguros S.A. en instancia jerárquica, presenta una certificación en copia simple de reciente obtención, emitida por Lampe & Schwartze en la que afirma que fue dicha empresa la que suscribió y colocó directamente el certificado de seguro Nº 0003 (correspondiente a la póliza flotante 850444), no habiendo tenido participación Corredores de Seguros S.A. declarando que Lampe & Schwartze no pagó comisión alguna a favor de Consultores de Seguros S.A.

Siendo que dicho documento no fue presentado ante órgano de regulación dicha documentación, no constrastaba con la cursante en el expediente remitido por la Autoridad de Regulación, generando contradicción.

Ahora bien, al haberse presentado prueba ante instancia jerárquica por el recurrente; este acto abre la competencia de que la Unidad de Recursos Jerárquicos del SIREFI a través de Viceministro de Política Tributaria como consecuencia de la excusa presentada por el Viceministro de Pensiones y Servicios Financieros de llegar a establecer la verdad material principio general del Derecho Administrativo (Artículo 4 inciso d) de la Ley No. 2341), en oposición a la verdad formal, conforme ha determinado los precedentes administrativos, mismos que para mayor ilustración pasamos a citar:

"…la doctrina en Derecho Administrativo ha sostenido de manera uniforme que, en cuanto al principio de verdad material en el procedimiento administrativo, el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que hayan sido alegados y probados o no por el administrado. La autoridad administrativa, en conse-

cuencia, no debe ajustarse ni ceñirse únicamente a las pruebas aportadas por las partes (verdad formal) y si la decisión administrativa no se ajustara a los hechos materiales, la decisión de la administración pública estaría viciada. Así, el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda objetiva de la verdad material, de la realidad y circunstancias de los hechos tal cual aquella y estas son, independientemente de cómo hayan sido alegadas o propuestas y, en su caso, probadas por las partes; por ello el órgano administrativo ***está en la obligación*** *de adecuar su accionar orientado a la verdad jurídica objetiva para superar, inclusive con actuaciones de oficio, las restricciones que puedan derivar de la verdad jurídica meramente formal presentada por las partes…"*
(RJ RF SG SIREFI 48/2006 de 2/08/2006)"

Como se ha podido apreciar, es obligación de la administración dentro del procedimiento administrativo por mandato imperativo del artículo 4, inciso d) de la Ley de Procedimiento Administrativo No. 2341 de 23 de abril de 2002 y en especial del artículo 57 inc. II) del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175, el requerir la documentación, cual se procedió en el caso de autos, mediante nota MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 077/2009, donde se solicitó información sobre aspectos puntuales que lleguen a evidenciar la participación de Consultores de Seguros S.A. en la colocación del la póliza de seguro de transporte flotante Nº 850444 misma que da respuesta mediante nota IN-BOL D.G.E. Nº 878/2009 de 26 de noviembre de 2009, en la que textualmente señala:

"1. La oferta de Seguros para el tema mencionado en el párrafo primero, fue presentada por los Sres. "Consultores de Seguros S.A." de acuerdo a notas CITE GC/1012/08 de fecha 26 de febrero de 2008 y CITE: GC02284/08 de fecha 7 de mayo de 2009, mismas que adjuntamos a la presente en fotocopias.

2. La Empresa "Consultores de Seguros S.A.", mediante nota CITE GC/1376/08 de fecha 17 de marzo de 2008 (adjunta) entregó a la Ex Secretaria Ejecutiva PL-480 un Certificado de Seguro un Certificado de Seguro Nº 0000003 de la póliza Nº850444 (adjunta), en el cual se realizaban las aplicaciones respectivas (adjuntas); este certificado, menciona a los Sres. Consultores de Seguros.

3. "Consultores de Seguros S.A.", presento su oferta de Servicios mediante nota con CITE: GC/4265/07 del 8 de octubre de 2007 (adjunta) y se empezó a trabajar con este corredor el tema de seguros, ya que por su naturaleza técnica y especifica era necesario, al no contar la institución con peritos de planta, ni presupuesto para la contratación de asesores en este rubro.

4. La Ex Secretaria Ejecutiva PL-480 contrato la póliza Nº 580444 de acuerdo a la opciones presentadas por "Consultores de Seguros S.A." como muestra la documentación de respaldo adjunta a la presente y no en forma directa en Bremen República Federal de Alemania."

Contando con todos los elementos de convicción necesarios, el expediente en su integridad fue valorado, conforme se pudo observar de los incisos anteriores, en estricto apego al procedimiento y principios administrativos, por el cual rige sus actos.

6. Sobre las fotocopias simples y su carácter probatorio en materia administrativa

El recurrente asevera que las pruebas analizadas por la Ex SPVS no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1311 del Código Civil, al ser fotocopias simples, a las que no puede darse legalidad.

Al respecto el recurrente no debe olvidar los diferentes ámbitos del derecho y su ley especial, ya que la mencionada disposición normativa (Art. 1311 del CC) invocada por el recurrente no aplica en materia administrativa, debido a los

principios reguladores por la que debe regirse, donde encontramos el principio de buena fe y en especial la obligación de búsqueda de la verdad material en oposición a la verdad formal que se aplica en materia civil, siendo por lo tanto incongruente el pretender mezclar dos ámbitos jurisdiccionales diferentes en derecho.
Esta aplicación de los principios administrativos, se da en todo proceso administrativo, y en el caso de autos, aplicó tanto para la instancia recurrida como al recurrente quien presentó copia simple de la certificación de reciente obtención.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR totalmente la Resolución Administrativa SPVS-IS 341 de 30 de abril de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirma la Resolución Administrativa SPVS/IS No. 113 de 03 de marzo de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.

RESOLUCIÓN RECURRIDA

SPVS/IV Nº 174 DE 24 DE MARZO DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

EX SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES, VALORES Y SEGUROS

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 019/2009 DE 04 DE DICIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA

MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 019/2009

La Paz, 4 de diciembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.**, contra la Resolución Administrativa SPVS-IV Nº 174 de 24 de marzo de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó la Resolución Administrativa SPVS-IV Nº. 062 de 06 de febrero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Superintendencia, el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/N° 45 de 25 de noviembre de2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema de Regulación Financiera, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros y todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado en fecha 31 de marzo de 2009, **CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.** representada legalmente por Hernán Mauricio Viscarra Vargas y Renzo Boris Nuñez Quiroga, tal como acreditan los Testimonios de Poder Nos. 1106/2008 de 04 de septiembre de 2008 y Nº 1300/2008 de 22 de octubre de 2008, otorgados ambos por ante Notaría de Fe Pública No. 007 a cargo de la Notario Dra. Silvia Noya Laguna, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 174 de 24 de marzo de 2009, emitida por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante la cual se confirmó la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 062 de 06 de febrero de 2009.

Que, mediante nota SPVS Nº 400/2009 de fecha 01 de abril de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros remitió a la Ex Superintendencia General del SIREFI, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 174 de 24 de marzo de 2009, recurso que fue admitido a través del Decreto de Admisión de 08 de abril de 2009.

Que, mediante Resolución Administrativa Nº 19/2009, publicada en el Matutino la Razón de fecha 06 de mayo de 2009, la Ex Superintendencia General del SIREFI, resolvió la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios en los procedimientos administrativos, así como las solicitudes presentadas ante la Superintendencia General Sistema de Regulación financiera, hasta que la nueva autoridad notifique al interesado con la Radicatoria del proceso.

Que, mediante Auto de fecha 7 de julio de 2009, el señor Ministro de Economía y Finanzas Públicas acepta la excusa presentada por el Ing. Mario Guillen Suarez, disponiendo la separación del citado funcionario para el conocimiento y sustanciación del Recurso interpuesto por **CREDIFONDOSOCIEDADADMINISTRADORADEFONDOSDEINVERSION S.A.,** designando al Lic. Roberto Ugarte Q. Viceministro de Política Tributaria, para que asuman las responsabilidades y obligaciones conferidas a los mismos, en la tramitación del proceso recursivo señalado hasta su conclusión.

Que, mediante Resolución Ministerial No. 277 de 23 de julio de 2009 emitida por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se levanta la suspensión de plazos ordinarios y extraordinarios de los procesos administrativos interpuestos ante la Ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera, determinándose que para los trámites en curso, debe emitirse Auto de Radicatoria para cada trámite, en un plazo no mayor a los cinco días hábiles administrativos de notificado con la citada Resolución Ministerial.

Que, mediante Auto de Radicatoria de fecha 29 de julio de 2009, notificado el 31 de julio de 2009, se radicó el proceso administrativo en el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

Que, mediante Resolución Administrativa Jerárquica Nº 001/2009 de 16 de octubre de 2009, notificada en fecha 20 de octubre de 2009 el Ministerio de Economía y Finanzas resolvió ampliar por 30 días hábiles administrativos el plazo para resolver el Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCION ADMINISTRATIVA SPVS-IV No. 062 DE 06 DE FEBRERO DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa SPVS-IV No. 062 de 06 de febrero de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resuelve lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 1º.***
>
> *Sancionar a **CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.** con multa equivalente en Bolivianos a $us. 30.000.- (Treinta mil 00/100 Dólares Norteamericanos) de conformidad a lo prescrito por el art. 12 inc. b), art. 19 y 20 inc. b) Primer Rango: numerales 4, 5 y 8 y Segundo Rango: numeral 8 del Decreto Supremo Nº 26156, por infracciones a lo dispuesto por los artículos 107 inc. b) y 98 de la Ley del Mercado de Valores y artículos 64, 36, 43 inc. b), de la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 421/2004 y sus modificaciones."*
>
> ***"ARTICULO 2º***
>
> *Disponer la obligatoriedad de cumplimiento de las medidas y acciones, a ser adoptadas y consecuentemente efectuadas por CREDIFONDO SAFI, destinas* (sic) *a mejorar y optimizar sus labores de administración, de acuerdo a un plan a ser presentado por dicha entidad a la Intendencia en un plazo de diez (10) días*

calendario, en el marco de la normativa interna de la sociedad, de la Normativa de Fondos de inversión y sus Sociedades Administradoras y de la Ley del Mercado de Valores, mismo que debe ser ejecutado en un plazo de hasta treinta (30) días calendario de su presentación a la Intendencia de Valores."

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

En fecha 26 de febrero de 2009, **CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.**, presenta Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 062 de 06 de febrero de 2009, presentando los siguientes argumentos:

"RELACION DE HECHOS.-

De acuerdo a lo expresado en los antecedentes, el procedimiento y la resolución que observamos basaron sus consideraciones y sanción, en la denuncia interpuesta por el Sr. Marcelo Isaac Urbach Treiger, que en resumen manifiesta:

1. *Que reconoce expresamente la existencia y validez de cuatro (4) contratos de participación. El cuarto contrato firmado por un tercero en su representación.*
2. *Que reconoce la entrega de dinero realizada en las cuatro cuentas abiertas de acuerdo a los cuatro (4) contratos mencionados en el inciso a), de los siguientes montos:*

a.	*Contrato de 18 de noviembre de 2004*	*$us. 27.335.713,72*
b.	*Contrato de 22 de marzo de 2005*	*$us. 6.850.305,23*
c.	*Contrato de 1 de julio de 2005*	*$us. 6.016.870,90*
d.	*Contrato de 2 de febrero de 2006*	*$us. 1.493.675,76*

3. *Afirma que se ha procedido a una rescisión unilateral de los cuatro (4) contratos. Es importante hacer notar las comunicaciones que existieron entre el participante y CREDIFONDO para proceder al cierre de las mencionadas cuentas, como consta en los antecedentes del informe de la SPVS.*

4. *Reconoce haber realizado rescates parciales y que se ´habrían quedado en poder de Credifondo´ las siguientes sumas de dinero:*

a.	*Contrato de 18 de noviembre de 2004*	*$us. 22.240.534,20*
b.	*Contrato de 22 de marzo de 2005*	*$us. 5.108.780,81*
c.	*Contrato de 1 de julio de 2005*	*$us. 6.016.870.90*
d.	*Contrato de 2 de febrero de 2006*	*$us. 1.493.675,76*

5. *Expresa que **CREDIFONDO** rehuyó entregar documentación de rescate de cuotas. Se aclara que la documentación fue entregada.*

6. *Solicita a la Superintendencia que: ´ordene la entrega inmediata a mi persona de mis aportes de participación mencionados y sea bajo las previsiones de procederse a la intervención y liquidación prevista…´*

Posteriormente y debido a esta denuncia, la SPVS realiza una Inspección, evacuando posteriormente el informe SPVS/IV/DI 194/2008 de 8 de octubre de 2008, que a su vez origina la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062,

*misma que resuelve imponer una sanción a **CREDIFONDO** con una multa en Bolivianos equivalente a TREINTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS (US$ 30.000.-), bajo las siguientes consideraciones:*

a. ***CREDIFONDO** incurrió en incumplimiento de: el inciso b) del Art. 107 y Art. 98 de la Ley del Mercado de Valores; de los Arts. 64,36,43 Inc. b) de la Resolución Administrativa 421/2004 y sus modificaciones toda vez que en ningún momento **CREDIFONDO** desvirtúa dichas omisiones e infracciones, limitándose a aclarar y describir las circunstancias de las infracciones ocurridas.*

b. *Que de la valoración de las circunstancias de las infracciones incurridas, éstas se habrían debido a omisiones y faltas leves y graves incurridas…. Que no afectarían a los resultados de la SAFI, por lo que no derivaría un perjuicio al propio mercado, por lo que no daría origen a la obtención de ventajas directas o indirectas para sí, pero sí en algunos casos, para terceros como consecuencia de dichos actos, hechos y omisiones lo que derivaría en un riesgo en la seguridad de las operaciones de la Sociedad en el Mercado de Valores.*

c. *Que dichas omisiones y actos de infracción representan causal para la imposición de una sanción administrativa de multa, en sujeción a lo dispuesto en el Art. 110 de la Ley del Mercado de Valores y el Art. 7 inc. c) del Decreto Supremo Nº 26156.*

d. *Que los argumentos utilizados por CREDIFONDO, en los descargos presentados, no justifican ni desvirtúan la infracción cometida, correspondiendo la aplicación de la multa mencionada.*

ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

a. *La Resolución Administrativa SPVS-IV-No-062 se funda únicamente en la inspección y el posterior informe, ignorando sistemáticamente los argumentos de la denuncia, concentrándose en la percepción de la inspección, contraviniendo de esta manera el Art.28 inc. b) de la Ley 2341: Son elementos esenciales del acto administrativo:' b) Causa: Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y el derecho aplicable', y el inciso e) Fundamento: 'Deberá ser fundamentado expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo'.*

b. *La resolución tampoco considera el Art. 30 de la Ley 2341, ya que se motiva únicamente en la inspección y no en la denuncia realizada.*

c. *La aplicación de la sanción a CREDIFONDO se funda en el contenido del inciso b) del artículo 12 del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores, atribuyendo culpa a CREDIFONDO como si se hubiera obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas para si o para terceros, situación que no se ha determinado ni evaluado en la emisión de la citada Resolución de sanción. En este sentido, al referirse a una supuesta conducta culpable de CREDIFONDO, la citada Resolución Administrativa SPVS-IV-No.62 afecta un derecho subjetivo, sobretodo tomando en cuenta que la misma resolución, en el acápite referido en el inciso b) arriba transcrito, no se establece perjuicio a la SAFI y al Mercado de Valores y subjetivamente se menciona **"pero si en algún caso para terceros", sin identificar quienes serían esos terceros beneficiados y a qué ventajas directas o indirectas se refiere**. Si la imposición de sanciones a través de multas pecuniarias tiene como objetivo equilibrar en justicia el daño provocado, la Resolución Administrativa SPVS-IV-No.62 debió evaluar este punto concretamente.*

*d. Se violenta el **Principio de Imparcialidad** al haber puesto preliminarmente en conocimiento del denunciante el Informe SPVS/IV/D/194/2008, colocando a CREDIFONDO en estado de indefensión y desconocimiento. Ocasionando que este informe se torne como definitivo cuando existían otros actos administrativos que debían realizarse previamente, violando lo preceptuado en el inciso f) del Art. 4 de la ley 2341: Principio de Imparcialidad: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencias entre los administrados.*

e. Adicionalmente esta entrega anticipada e injustificada del mencionado informe ha ocasionado que otra autoridad con jurisdicción diferente tenga conocimiento del caso, poniendo en duda la competencia de la SPVS causando un enorme perjuicio a CREDIFONDO ya que los datos informativos se tomaron como definitivos. En conclusión se delega competencia en este caso.

*f. Se violenta el **Principio de Legitimidad** porque la invocación de las normas del Reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas de la Ley del Mercado de Valores (inciso b) del párrafo I del artículo 12, 13 y 20, como justificativos de la Multa de la Resolución, no tiene correspondencia entre el incumplimiento y la sanción.*

*g. Respecto a los **Principios de Legalidad y de Legitimidad**, éstos no son tomados en cuenta ya que la **SPVS** no resuelve el planteamiento central de la denuncia, ni aclara la posición de **CREDIFONDO** respecto a la misma.*

*h. En cuanto a la vulneración flagrante del **Principio de Igualdad y Proporcionalidad**, y bajo la consideración que CREDIFONDO no cuestiona ser sujeto de una sanción por haber incumplido una norma, la vulneración se demuestra cuando la SPVS impone una sanción de **Multa** que no corresponde al incumplimiento señalado, para el cual más bien aplica una **Amonestación** de acuerdo a las normas en vigencia. En el mismo sentido, la **SPVS** no logra explicar cómo se hace el cálculo para que una infracción que debe ser amonestada, resulte en una **multa** pecuniaria, tampoco hace una evaluación del supuesto perjuicio económico provocado. Entonces en la determinación de la sanción no se tomó en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones, en relación a la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del mercado de valores.*

PETITORIO

Por las razones y argumentos legales expuestos, solicitamos a su autoridad se revoque la Resolución SPVS-IV-No.62 de 6 de febrero do 2009, dejando sin efecto la sanción desproporcionada que nos ha sido impuesta".

CONSIDERANDO:

Que, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, mediante Resolución Administrativa SPVS-IV No. 174 de 24 de marzo de 2009, resuelve confirmar la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 062 de 06 de febrero de 2009, en todos sus términos, con los siguientes fundamentos:

*"**CONSIDERANDO:***

Que, mediante informe SPVS/IV/DI-055/2009 emitido por la Dirección de Intermediarios de la Intendencia de Valores con relación al Recurso de Revocatoria interpuesto por CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., se realiza el análisis técnico de los argumentos presentados en dicho recurso, señalando y concluyendo:

Que, en el marco de las funciones de la Dirección de Intermediarios de la Intendencia de Valores, se procede a realizar un análisis de las razones y justificativos técnicos para la realización de la inspección a Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., basados en los argumentos de los incisos a) y b), del apartado "argumentos de hecho y de derecho" del memorial del 26 de febrero de 2009.

Que, en el marco de la denuncia del Sr. Marcelo Urbach del 7 de abril de 2008, en la que solicita "…Al efecto PIDO se dicte resolución expresa, ordenando la entrega inmediata a mi persona de mis aportes de participación mencionados y sea bajo prevenciones de procederse a la intervención y liquidación prevista en el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores en caso de incumplimiento.", por lo que mediante nota SPVS/IV/N° 3041/2004 del 17 de abril de 2008, la Superintendencia en cumplimiento a lo establecido por el numeral II del artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº2341 de fecha 23 de abril de 2002 a fin de conocer, evaluar y determinar las circunstancias del caso, abre un "periodo de información previa", otorgando a Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. un plazo de cinco (5) días hábiles administrativos, computables a partir de la notificación con dicha nota, para que formule las explicaciones que considere pertinentes sobre esta denuncia.

Que, el 23 de abril de 2008 mediante nota CFO-315/2008, la Sociedad presenta las explicaciones correspondientes adjuntado fotocopias de documentación de respaldo.

Que, una vez revisada las fotocopias de la documentación presentada por Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., la Superintendencia consideró que dichas explicaciones presentadas por la Sociedad con nota CFO-315/2008, fueron insuficientes por lo que, con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio referente al caso en cuestión, mediante nota SPVS/IV/DI/ Nº355/2008 de fecha 9 de mayo del 2008, solicita documentación e información adicional específica al caso, y se otorga un plazo de diez (10) días hábiles administrativos para la respuesta.

Que, en respuesta, Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., mediante nota CFO – 414/2008 de fecha 21 de mayo de 2008, remitió en forma parcial la documentación y solicitó una prórroga de veinte (20) días hábiles administrativos para completar la información. Mediante nota SPVS: 395/2008 de fecha 26 de mayo de 2008, se aceptó la solicitud de prórroga dejando en claro que toda la documentación original debería permanecer en las oficinas de Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.

Que, Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., mediante nota CFO – 470/2008 de fecha 13 de junio de 2008, presenta la información solicitada en la nota SPVS/IV/DI/Nº355/2008.

Una vez revisada y analizada la documentación se identificaron riesgos de posibles incumplimientos a la normativa vigente, por lo que, la Intendencia de Valores con el propósito de adquirir mayor evidencia sobre los posibles incumplimientos o infracciones a la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas, procedió a planificar en el marco del artículo 15 numerales 1 y 2 de la Ley 1834 del Mercado de Valores, sus reglamentos y en base a los objetivos básicos de la inspección contenidos en la Parte Primera Titulo I puntos uno, siete y nueve del Manual de Inspecciones para Intermediarios del Mercado de Valores aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV- No. 193/01 del 4 de mayo de 2001, que dispone "1. Verificar que quienes participen o entren al mercado de valores ajusten sus operaciones a las normas que lo regulan……7. Investigar o aclarar situaciones en ejercicio de la labor de supervisión o hechos relacionados con quejas o denuncias….9.Obtener elementos de juicio para evaluar la necesidad de iniciar acciones correctivas en el mercado de valores", una inspección a Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.

Que, mediante nota SPVS/IV/ N° 610/2008, se comunica de manera oficial a Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., el inicio de una inspección técnica a las cuatro cuentas Nº 28019251, Nº 28019252, Nº 28019253 y Nº 28019254 a propósito de la denuncia del 7 de abril de 2008, sobre aspectos de apertura de cuenta, modificación, compras y rescates de cuotas de participación y otros relativos a la administración de las mismas.

Que, la Superintendencia a raíz de la inspección iniciada a Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., el 18 de agosto de 2008, obtuvo elementos de juicio y evidencia de incumplimientos o infracciones a la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos y sus resoluciones administrativas, producto de la revisión de las cuatro cuentas Nº 28019251, Nº 28019252, Nº 28019253 y Nº 28019254, dichos incumplimientos fueron revelados en el informe SPVS/IV/DI/Nº194/2008 y ratificados con el informe SPVS/IV/DI-033/2009, dentro del proceso administrativo sancionatorio iniciado con la nota de cargo SPVS-Nº980/2008.

Que, el informe SPVS/IV/DI/Nº194/2008, constituye la fase final del proceso de inspección y su contenido reúne las condiciones técnicas previstas en el Manual de Inspecciones para Intermediarios del Mercado de Valores aprobado mediante Resolución Administrativa SPVS-IV- No. 193/01 del 4 de mayo de 2001, asimismo, este informe concluye, sobre la naturaleza del trámite administrativo planteado a denuncia del Sr. Marcelo Urbach del 7 de abril de 2008, en el marco del artículo 15, funciones y atribuciones de esta Superintendencia, conferidas a través de la Ley 1834 "Ley del Mercado de Valores" del 31 de marzo de 1998, en el apartado ocho incisos I y III, tema central de la denuncia del Sr. Marcelo Urbach del 9 de abril de 2008.

Que, al obtener elementos de juicio y evidencia de incumplimientos o infracciones a la normativa vigente, la Superintendencia en cumplimiento de sus funciones y atribuciones conferidas en el articulo 15 numeral 17) de la Ley 1834 y en aplicación del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores, dispuso sancionar a la Sociedad mediante la emisión de la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/09 del 06 febrero de 2009.

Que, que en cumplimiento del artículo dos de la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/09 del 06 febrero de 2009, la Sociedad mediante nota CFO 304/2009 del 25 de febrero de 2009, presento a la Intendencia de Valores un plan de acción propuesto para tomar las acciones y medidas destinadas a mejorar y optimizar la labor de administración, situación que ratifica la existencia de deficiencias operativas en la administración.

Que, por tanto, el memorial de recurso de revocatoria del 26 de febrero de 2009, presentado por Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. en contra la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/09 del 06 febrero de 2009, no expone argumentos de hecho y derecho que desvirtúen las infracciones señaladas en los informes mencionados y sancionadas con la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/09 del 06 febrero de 2009, en consecuencia, la Dirección de Intermediarios de la Intendencia de Valores, ***ratifica*** *todos los incumplimientos e infracciones a lo dispuesto en los artículos 107 inc. b) y 98 de la Ley del Mercado de Valores y artículos 64, 36, 43 inc. b) de la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 421/2004 y sus modificaciones.*

Que, en cuanto a los argumentos de orden legal contenidos en el memorial de recurso de revocatoria del 26 de febrero de 2009, presentado por Credifondo Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. en contra la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/09 del 06 febrero de 2009, la Unidad Legal de Valores debe emitir informe correspondiente.

CONSIDERANDO:

Que mediante informe SPVS/DL-101/2009 emitido por el departamento Legal de la superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros con relación al recurso de Revocatoria interpuesto por ***CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.****, se realiza el análisis de los argumentos presentados en dicho recurso, señalando:*

Que, la Dirección Legal de la SPVS en una primera instancia procede a la citación y notificación y posteriormente al análisis de los descargos y argumentos esgrimidos por ***CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.*** *mediante nota CFO-189/2008 de presentación de descargos a la Nota de Cargo SPVS- Nº 980/2008, en sujeción a lo dispuesto por el Art. 67 del Decreto Supremo Nº 27175, previa consideración del informe SPVS/IV/DI-033/2009 emitido por la Intendencia de Valores que analiza técnicamente los mismos, en el marco dispuesto por el Art. 3 y Art. 11 del Decreto Supremo Nº 26156, del Decreto Supremo Nº 27175 y de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341.*

Que, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros en el marco legal y legítimo descrito precedentemente emite la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062/2009, en circunspección del principio de Legalidad (aplicación del DS Nº 26156 y demás normas, siempre que las mismas hayan sido emitidas con carácter previo a la comisión del hecho, acto u omisión constitutivo de la infracción), principio de Legitimidad (la Superintendencia realiza sus actos y ejerce sus funciones, facultades y atribuciones en sujeción a los (sic.) dispuesto por la Ley de Propiedad y Crédito Popular, la Ley del Mercado de Valores, sus reglamentos y demás disposiciones) y el principio de Igualdad y Proporcionalidad (tomando en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con la finalidad de precautelar en todo momento el desarrollo sano, seguro, transparente y competitivo del Mercado de Valores).

Que, ***CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.*** *se halla bajo la competencia, tuición y fiscalización de la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros como ente regulador y regulado* (sic).

Que, en el marco de sus competencias y ejercicio de sus atribuciones administrativas, motivada por la denuncia formulada por el Sr. Marcelo Urbach y previo proceso investigativo (art. 81 de la Ley Nº 1834 y demás normativa reglamentaria) en consideración y atención del informe SPVS/IV/DI 194/2008 emitido por la Intendencia de Valores que determina la existencia de actos y omisiones e indicios de incumplimiento de la Ley del Mercado de Valores y de la normativa administrativa que regula la labor de las sociedades administradoras de fondos de inversión, en el presente caso, específicamente en cuanto a las cuentas señaladas en la denuncia presentada por el Sr. Marcelo Urbach, se procede en sujeción a lo dispuesto por el art. 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo a la iniciación del proceso administrativo en contra de CREDIFONDO SAFI mediante Nota de Cargo SPVS 980/2008, determinando un periodo de prueba de siete (7) días inicialmente, mismos que fue ampliado a quince (15) días a solicitud de dicha entidad, en atención al legitimo derecho a la defensa y al plazo máximo dispuesto por el art. 83 de la Ley Nº 2341 y art. 67 del Decreto Supremo Nº 27175, presentando sus descargos dentro del plazo establecido, emitiendo la Superintendencia la Resolución Administrativa respectiva en el plazo establecido por Ley y Decreto reglamentario, previa consideración y análisis técnico y legal de los descargos presentados, habiendo sido demostradas y ratificadas las infracciones imputadas, cuyas razones de decisión fueron debidamente expuestos y argumentados en la Resolución Administrativa Sancionatoria SPVS 062/2009. Por lo que es (sic) *evidencia el cumplimiento de los elementos esenciales del acto administrativo, en específico del inc. b) y e) del art. 28 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Acto motivado que resuelve el señalado proceso administrativo en virtud a disposiciones legales y reglamentarias expresas, cumpliendo con lo dispuesto por el art. 30 de la citada Ley.*

Que, el texto señalado en el inciso c) de los argumentos de hecho y derecho formulados por CREDIFONDO SAFI en su Recurso de Revocatoria textualmente considera: "Que, de la valoración de las circunstancias de las infracciones incurridas por ***CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.****, éstas se habrían debido a omisiones y faltas leves y graves incurridas por dicha entidad del Mercado de Valores, que no afectaría a los resultados de la SAFI, por lo que no derivaría en perjuicio al propio mercado, por lo que no daría origen a la obtención de ventajas directas o indirectas para si, pero si en algún caso para terceros como consecuencia de dichos actos, hechos y omisiones, lo que derivaría en un riesgo en la seguridad de las operaciones de la sociedad en el Mercado de Valores". Por lo que, del contenido y argumentación del citado párrafo de los considerandos de la Resolución Administrativa Sancionantoria, el cual debe ser analizado en el contexto de la misma, es que este se fundamenta en las omisiones e infracciones cometidas por CREDIFONDO SAFI en sus labores de administración, falencias cometidas e incurridas por culpa (es decir actos y hechos cometidos por negligencia o imprudencia que pudieron o debieron evitarse) que en cualquier caso podrían derivar en perjuicio para terceros (participantes), como efecto de las mismas, perjuicios que no son necesariamente económicos, sino administrativos, de atención al participante o cliente, de tiempo y otros efectos colaterales. Deficiencias de administración que fueron aceptadas implícitamente y se hallan en proceso de rectificación, al presentar CREDIFONDO SAFI todo un plan de acción propuesto para las acciones y medidas destinadas a mejorar y optimizar las labores de administración (se adjunta Plan) corroborando los argumentos de hecho y derecho expuestos en la Resolución Administrativa SPVS 062/2009 y en específico del párrafo señalado, por lo que no existe afectación a un derecho subjetivo de la SAFI, más que los que dicha entidad se los a (sic) causado, en cuanto a su administración.*

Que, la sanción de multa impuesta corresponde a la inconducta (sic.)tipifica y sanciona por los numerales 4 (Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas por la Superintendencia), 5 (Negar o dilatar sin causa justificada, la entrega de la información y/o documentación que fuera formalmente solicitada por la Superintendencia) y 8 (Llevar por parte de las entidades fiscalizadas por la Superintendencia controles deficientes) del Primer Rango y 8 (Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de estos) del Segundo Rango, en aplicación de la cuantía determinada por el inc. b) del artículo 13 del Decreto Supremo Nº 26156, mismo que determina, que la aplicación de los rangos se sujetará a lo dispuesto por el Capítulo I del Título III del citado Decreto Supremo, en el marco del artículo 7 inc. c) del mismo.

Que, por los fundamentos expuestos de hecho y derecho, no obstante de la falta de fundamentación por parte de CREDIFONDO SAFI en cuanto a la supuesta inobservancia de los principios de: legitimidad, legalidad, igualdad y proporcionalidad en el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Resolución Administrativa SPVS-IV-Nº 062 de 6 de febrero de 2009, es que habiendo demostrado el cumplimiento de los mismos y otros que rigen todo proceso administrativo sancionatorio, así como la imposición de la sanción establecida y de la medida correctiva por parte de dicha entidad administradora, es que en el marco del plazo fijado por el art. 49 del Decreto Supremo Nº 27175 corresponde emitir la resolución administrativa en una de las formas establecidas por le (sic.) art. 43 del citado cuerpo normativo, sien (sic.) en el presente caso la dispuesta por el inciso a) del numeral I del señalado artículo.

CONSIDERANDO:

Que, el Recurso de Revocatoria interpuesto por el intermediario ***CREDIFONDOSociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.****, se tramita en sujeción a lo dispuesto por los artículos 46, 47, 48, y 49 del Decreto Supremo Nº 27175 de Reglamento a la Ley del Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI.*

Que, desde el punto de vista legal, el proceso administrativo es un procedimiento formal y no sustancial, por lo que la administración y en particular la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros actúa bajo los principios consagrados en la Ley de Procedimiento Administrativo y Decreto Reglamentario, tales como: principio de sometimiento pleno a la ley (por el cual la administración pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso), principio de verdad material (la administración pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil), es decir el término "verdad material" debe ser tomado en su sentido correcto: por un lado, en el sentido de la verdad sustraída a la influencia que las partes, por su comportamiento procesal, quieran ejercer sobre ella, por otro lado, en el sentido de una verdad que, no siendo 'absoluta' u 'ontológica' ha de ser antes que nada una verdad judicial, práctica una verdad procesalmente válida. Y el principio de buena fe (en la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe, la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos, orientarán el procedimiento administrativo)…"

***3.-* RECURSO JERARQUICO.-**

En fecha 31 de marzo de 2009, **CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A .,** presenta Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa SPVS/IV Nº 174 de 24 de marzo de 2009, expresando lo siguiente:

"ANTECEDENTES

- *En fecha 12 de febrero de 2009, **CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A.** (en adelante **CREDIFONDO**) fue notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 062 de fecha 6 de febrero de 2009, por la cual la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (en adelante **SPVS**) resuelve imponer una sanción a CREDIFONDO con una multa en Bolivianos equivalente a TREINTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS (US$ 30.000.-).*
- *De acuerdo a las formalidades requeridas se procedió a la cancelación del importe correspondiente a la multa establecida por la Resolución mencionada.*
- *La citada resolución basó sus consideraciones y la sanción señalada, en la denuncia interpuesta por el Sr. Marcelo Isaac Urbach Treiger, la posterior inspección realizada a CREDIFONDO y el informe emitido en consecuencia.*
- *Mediante memorial de fecha 26 de febrero **CREDIFONDO** presenta recurso de revocatoria a la resolución antes descrita.*
- *En fecha 24 de marzo de 2009 **CREDIFONDO** es notificada con la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 174 de fecha 24 de marzo, sobre el Recurso de Revocatoria interpuesto por **CREDIFONDO,** en el que la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (en adelante **SPVS**) resuelve: "Confirmar en todos sus extremos la resolución Administrativa SPVS-IV-No. 062 de 6 de febrero de 2009 y la sanción impuesta…".*

RECURSO JERARQUICO

*Habiendo sido notificados con la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 174, y en plazo oportuno, de acuerdo a lo señalado por el Art. 53 del Decreto Supremo Nª 27175, impugnamos el contenido y determinación de la Resolución mencionada, debido a que la misma no desvirtúa los argumentos expuestos por **CREDIFONDO** en el Recurso de Revocatoria, al existir una manifiesta vulneración de derechos subjetivos e intereses legítimos de **CREDIFONDO además de haber evitado pronunciarse sobre aspectos de fondo que explicaremos posteriormente.***

El presente Recurso se plantea en mérito al artículo 114 de la Ley No. 1834 de 31 de marzo de 1998 (Ley del Mercado de Valores), los articulo 56 y 66 de la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo y los articulo 52 y siguientes del reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Sistema de Regulación Financiera – SIREFI, aprobado mediante Decreto Supremo No. 27175 de 15 de septiembre de 2003.

RELACION DE LOS HECHOS

De acuerdo a lo expresado en los antecedentes, la resolución que observamos basa sus consideraciones en la denuncia presentada por Marcelo Urbach de acuerdo a los siguientes puntos:

- *Que se reconoce expresamente la existencia y validez de cuatro (4) contratos de participación. El cuarto contrato firmado por un tercero e su representación.*
- *Que reconoce la entrega de dinero realizada en las cuatro en las cuatro cuentas abiertas de acuerdo a los (4) contratos mencionados en el inciso a), de los siguientes montos:*

a. Contrato de 18 de noviembre de 2004	*$us. 27.335.713,72*
b. Contrato de 22 de marzo de 2005	*$us. 6.850.305,23*
c. Contrato de 1 de julio de 2005	*$us. 6.016.870,90*
d. Contrato de 2 de febrero de 2006	*$us. 1.493.675,76*

- *Expresa que CREDIFONDO rehuyó entregar la documentación de rescate de cuotas. Se aclara que la documentación fue entregada.*
- *Solicita la Superintendencia que: "ordene la entrega inmediata a mi persona de mis aportes de participación mencionados y sea bajo las previsiones de procederse a la intervención y liquidación prevista…".*

*Posteriormente y debido a esta denuncia, la **SPVS** realiza una Inspección, generando el informe SPVS/IV/DI 194/2008 de 8 de octubre de 2008, que a la vez deriva en la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 062, que impone a CREDIFONDO como sanción una multa en Bolivianos equivalente a TREINTA MIL 00/100 DÓLARES AMERICANOS (US$ 30.000.-), ratificada por la resolución SPVS-IV Nº 174. Los fundamentos de tal resolución se resumen de la siguiente manera:*

a. *CREDIFONDO incurrió en incumplimiento del inciso b) del Art. 107 y Art. 98 de la Ley del Mercado de Valores; de los Arts. 64,36, 43 Inc. B) de la Resolución Administrativa 421/2004 y sus modificaciones toda vez que en ningún momento **CREDIFONDO** desvirtúa dichas omisiones e infracciones, limitándose a aclarar y describir las circunstancias de las infracciones ocurridas.*
b. *Que valorando las circunstancias relativas a las infracciones incurridas, éstas se habrían debido a omisiones y faltas leves y graves… que no afectarían a los resultados de la SAFI, por lo que no derivaría un perjuicio al propio mercado y tampoco originaría la obtención de ventajas directas o indirectas para sí, pero si en algunos casos, para terceros como consecuencia de dichos actos, hechos y omisiones lo que derivaría en un riesgo en la seguridad de la operaciones de la Sociedad en el Marcado de Valores.*
c. *Que dichas omisiones y actos de infracción representan causal para la imposición de una sanción administrativa de multa, en sujeción a los dispuesto en el Art. 110 de la Ley del Mercado de Valores y el Art. 7 inc. c) del decreto Supremo Nº 26156.*
d. *Que los argumentos utilizados por **CREDIFONDO**, en los descargos presentados, no justifican ni desvirtúan la infracción cometida, correspondiendo la aplicación de la multa mencionada.*

Posteriormente CREDIFONDO plante a el Recurso de Revocatoria, emitiendo la SPVS la Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 174, señalando, entre otros fundamentos que, la sanción de multa impuesta

corresponde a "la inconducta tipifica y sanciona por lo numerales 4 (Incumplir o infringir las propias normas internas de las entidades supervisadas y fiscalizadas de la Superintendencia) 5 (Negar o dilatar sin causa justificada, la entrega de la información y/o documentación que fuera formalmente solicitada por la Superintendencia) 8 (Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de éstos) del segundo Rango en aplicación de la cuantía determinada por el inciso b) del Art. 13 del Ds. 26156."

ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

La Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 174 no hace más que ratificar las consideraciones de la resolución Nº 62, dejando nuevamente de lado argumentos sustanciales y descargos expuestos y presentados por ***CREDIFONDO*** *que hacen tanto a la denuncia del Sr. Urbach como a la tramitación del presente proceso administrativo, por lo que no aceptamos los argumentos expuestos, dejando establecido lo siguiente:*

a) Se ha omitido sistemáticamente responder la denuncia interpuesta, concentrándose en la identificación de procesos operativos generales y no en los temas que de forma particular acusa la misma. No obstante esa omisión – inexplicable – la resolución impugnada identifica elementos sumamente importantes como:

- *Se reconocen por el denunciante los contratos suscritos (4 contratos uno por cada cuenta).*
- *Se evidencia (menciona expresamente) que el dinero correspondiente a la compra de cuotas, fue rescatado en su integridad, es decir no quedó en* ***CREDIFONDO****.*

b) *La aplicación de la sanción a* ***CREDIFONDO*** *se funda en el contenido del inciso b) del artículo 13 del reglamento de Aplicación de Sanciones Administrativas y en las Infracciones Especificas que señala el Art. 20 del mismo reglamento, al efecto se menciona el numeral 8 de las Infracciones de segundo Rango: "Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo normas legales que regulan dicha administración sin prevalecer en todo momento los intereses de estos".* ***Al respecto hacemos notar que los incumplimientos observados se han referido en todo momento a la operativa interna de CREDIFONDO y no así a la administración del Fondo como tal y menos a perjuicios a los participantes del mismo. En ninguna instancia del proceso administrativo (inspección, informe, la imposición de cargos, etc.) la SPVS ha señalado específicamente la vulneración de esta norma. Imponernos la sanción con este tipo implica no solamente subjetividad, sino prejuzgamiento, por lo que no correspondería en equidad, la multa impuesta.***

c) *relacionado con el inciso b) anterior tampoco se puede sostener haber "Causado perjuicio en forma directa o indirecta a personas naturales, personas jurídicas* ***obteniendo directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas para si o para terceros.*** *En este sentido, al referirse a una supuesta conducta culpable de* ***CREDIFONDO****, la citada Resolución Administrativa SPVS-IV-No. 62 afecta un derecho subjetivo, sobretodo tomando en cuenta que en la misma resolución – en el acápite referido – no se establece perjuicio a la SAFI y al Mercado de Valores y* ***subjetivamente*** *se alude a "terceros",* ***sin identificar quienes serian esos terceros beneficiados y a qué ventajas directas o indirectas se refiere, nuevamente se realiza una apreciación subjetiva***

d) Reiteramos que el ***Principio de Imparcialidad, que no es más que una garantía destinada a evitar todo género de discriminación o diferencia entre los administrados ha sido violentado. Esta garantía fue tendenciosamente negada a CREDIFONDO, prueba fehacientemente de ello es que la existencia del informe*** *SPVS/IV/DI 194/2008 fue de su conocimiento por intermedio de un requerimiento Fiscal dispuesto en el Distrito de Santa Cruz sobre una investigación de competencia diferente; luego la SPVS a solicitud de la SAFI recién nos permite el acceso, pero nunca explica (más bien evita) qué motivó el tratamiento inequitativo con esta parte en beneficio del denunciante.*

Este hecho desnuda graves irregularidades en la administración del procedimiento y, sobre todo, desmerece toda imparcialidad del administrador, afectando de manera irreparable el desarrollo de un proceso sin vicios. En esencia, salvo desconocimiento sustancial, la informalidad administrativa no es un elemento procesal que permita despreciar reglas y principios básicos, como en el presente caso ha ocurrido con la garantía de imparcialidad.

Al haber permitido que ese informe, sin descargos o aclaraciones, ***y menos una resolución que lo respalde,*** *se destine y emplee por otra autoridad, en este caso el Ministerio Público, implica una tacita perdida de competencia, en tanto existieron decisiones (requerimientos) adoptadas en función a ese documento antes que la SPVS se pronuncie. Si el propósito no era declinar la competencia, ¿ tal vez fue provocar la indefensión de CREDIFONDO?. En todo caso, queda claro que hubo un favorecimiento no equitativo en detrimento de una de las partes.*

Esto ha colocado a CREDIFONDO en estado de indefensión y desconocimiento. Ocasionando que este informe se tome como definitivo cuando existan otros actos administrativos que debían realizarse previamente, violando lo preceptuado en el inciso f) del Art. 4 de la ley234.

e) *Asimismo se ha violentado el contenido del Art. 48, parágrafo II de la Ley 2341que establece que lo informes dentro de un proceso administrativo, solo serán facultativos y no obligaran a la autoridad administrativa a resolver conforme a ellos. Basados en este precepto* ***NO DEBIO PONERSE EN CONOCIMIENTO DEL SR. URBACH EL INFORME SPVS /IV/DI/194/2008 y menos terminar en el Ministerio Público y que éste los asuma como propios y definitivos en una investigación distinta y ajena a CREDIFONDO. Este punto tampoco ha sido mencionado siendo que toca al fondo de este proceso.***
Por último, aclaramos que no negamos la competencia del ente regulador para proceder a la revisión de los procesos de CREDIFONDO, ***pero es necesario hacer notar que con esta actuación es el ente fiscalizador quién está negando su propia competencia en el proceso que nos ocupa.***

f) *En cuanto a la vulneración flagrante del* ***Principio de igualdad y Proporcionalidad,*** *y bajo la consideración que* ***CREDIFONDO*** *no cuestiona ser sujeto de una sanción por haber incumplido una norma, la vulneración se demuestra cuando la* ***SPVS*** *impone una sanción de* ***Multa*** *que no corresponde al incumplimiento señalado. En el mismo sentido la* ***SPVS*** *no logra explicar cómo se hace el cálculo para esa infracción, ya que no se demostró objetivamente el incumplimiento al numeral 8 de las infracciones de segundo Rango del Decreto Supremo 26156: `Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo normas legales que regulan dicha administración sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de éstos´, no existiendo una evaluación de la infracción de esta norma y/o del supuesto perjuicio provocado. Entonces, en la* ***determinación de la sanción no se tomó en cuenta la proporcionalidad de los hechos, actos u omisiones con relación a la descripción del tipo, no correspondiendo la multa aplicada.***

Por último, ratificamos in extenso todos los descargos operativos presentados en este proceso y que fueron desestimados sin consideración ni valoración alguna y que hacen a la denuncia e investigación efectuada.

PETITORIO

Por la rezones y argumentos legales expuestos, solicitamos a su autoridad se eleve el presente recurso más sus antecedentes a la autoridad llamada por Ley para pronunciarse sobre el presente recurso, dejando sin efecto el contenido de la resolución para dilucidar el correspondiente revoque la Resolución SPVS-IV-No. 174 de 24 de marzo de 2009, revisando y dejando sin efecto la sanción impuesta."

4.- ALEGATOS TERCERO INTERESADO.-

Mediante memorial presentado al Viceministerio de Política Tributaria recepcionando en fecha 10 de septiembre de 2009, Marcelo Isaac Urbach Treiger se apersona ante esta instancia jerárquica alegando lo que a continuación se transcribe.

> ***"PRESENTA ACTUADOS JUDICIALES***
>
> *Adjunto al presente escrito tengo a bien presentar fotocopias legalizadas extraídas del procedimiento de medida preparatoria de demanda tramitado con la citación de CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., en la cual el señor juez de partido quinto de materia civil y comercial de la ciudad de Santa Cruz, mediante resolución de fecha 21 de julio de 2009, tiene declarado la presunción de inexistencia de la siguiente documentación, que mi persona considera inexistente y cuya exhibición fue solicitada por mi parte y ordenada por el juzgador público:*
>
> *1.- las constancias escritas de que se me hubiesen entregado los estados de cuentas que menciona en su carta CFO-257/2008, de fecha 4 de abril de 2008.*
>
> *2.- El documento en que cursa la supuesta manifestación de satisfacción de mi parte con la conclusión del proceso, es decir con la recisión unilateral por parte de CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A. de los contratos de participación de fecha 18 de noviembre de 2004, 22 de marzo de 2005, 01 de julio de 2005 y 02 de febrero de 2006, celebrados con mi persona.*
>
> *3.- Los testimonios originales de los mandatos, otorgados ante Notario de Fe Pública, de los representantes supuestamente constituidos por mi persona ante CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A., en los cuales conste la facultad de rescatar mis cuotas de participación entregadas a esa sociedad mercantil a merito de los contratos de participación de fecha 18 de noviembre de 2004, 22 de marzo de 2005, 01 de julio de 2005 y 02 de febrero de 2006.*
> *Asimismo se adjunta la certificación de fecha 02 de septiembre de 2009, expedida por el Dr. Jorge Alberto Borda Kuajara, en la que consta que el auto de fecha 21 de julio de 2009, antes mencionado, se encuentra ejecutoriado.*
> *Actuados judiciales de los que se evidencia que CREDIFONDO Sociedad Administradora de Fondos de Inversión S.A.no ha presentado ante el juzgador público, **por no existir**, los documentos que acrediten que me haya devuelto mis aportes de participación que le entregue a mérito de los contratos de participación de fecha 18 de noviembre de 2004, 22 de marzo de 2005, 01 de julio de 2005 y 02 de febrero de 2006 que celebro con mi persona.*
> *A merito de los documentos públicos presentados, PIDO a su autoridad tenga a bien dictar resolución ordenando la entrega inmediata a mi persona de mis aportes de participación detallados en denuncia de fecha 07 de abril de 2008, con más los intereses comerciales que mis dineros tengan devengados y devenguen hasta la fecha de su entrega. Sea bajo prevenciones de procederse a la intervención y liquidación prevista en el Art. 99 de la Ley de Mercados de Valores en caso de incumplimiento."*

CONSIDERANDO:

Que, realizada la revisión de los antecedentes, documentos y audiencia de exposición oral de fundamentos que cursan en el expediente, alegatos de tercero interesado, corresponde desarrollar los fundamentos jurídicos de la presente Resolución Jerárquica.

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

De acuerdo a lo señalado en el recurso jerárquico presentado se colige que CREDIFONFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSION S.A. (en adelante CREDIFONDO) establece agravios específicos que motivan el recurso siendo pertinente individualizarlos para pronunciarse en derecho.

1.- Sobre la denuncia presentada.-

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

Al respecto en la denuncia presentada a la SPVS, Marcelo Isaac Urbach Treiger solicita de forma expresa lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

2.- Sobre la fundamentación en la aplicación de la sanción.-

El cuestionamiento de fondo lo realiza CREDIFONDO circunscribiéndose a la sanción impuesta por el órgano de regulación de acuerdo a la aplicación del inciso b) del artículo 13 del Reglamento de Sanciones Administrativas establecidas en la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo No. 26156 de 12 de abril de 2001 y de infracciones específicas establecidas en el artículo 20 de la citada disposición legal correspondiendo su transcripción y posterior análisis.

Inciso b), Articulo 13.- *"Multa: Se aplicará esta sanción a quienes incurran en infracciones u omisiones cometidas por culpa, así como en los casos en los que se haya obtenido directa o indirectamente cualquier tipo de ventajas o beneficios para sí o para terceros y/o se hayan ocasionado perjuicios económicos."*

Articulo 20, inciso b), Segundo Rango, Numeral 8.- "Administrar recursos de terceros o patrimonios autónomos infringiendo las normas legales que regulan dicha administración sin hacer prevalecer en todo momento los intereses de estos."

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

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

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

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

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

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

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

Entonces tenemos que, CREDIFONDO voluntariamente omitió una serie de procedimientos legales e internos en la administración y control de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04, tal como se evidencia de los antecedentes del presente proceso y que no han sido descargadas por CREDIFONDO, citando como ejemplo la falta del llenado de los formularios PCC-03 UIF para operaciones de más de $us. 10.000, correspondencia dirigida al Banco de Crédito del Perú y no a CREDIFONDO, autorizando al primero la inclusión de firmas autorizadas, tareas efectuadas fuera de los alcances al contrato de distribución suscrito entre partes, etc., reflejando una conducta negligente, inobservando los reglamentos internos de la institución y la normativa vigente individualizada en la Resolución Administrativa Sancionatoria SPVS-IV No 062 de 06 de febrero de 2009 en los siete cargos y sus diferentes incisos, aspectos constitutivos que denotan culpa del regulado, concurriendo de esta manera el elemento fundamental para la procedencia de la aplicabilidad del artículo 13, inc. b) del Decreto Supremo No. 26156.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.- Sobre el artículo 48, parágrafo II de la Ley 2341.-

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

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

Tal como se dijo anteriormente, el Capítulo VI, Procedimiento Sancionador de la Ley 2341 de 15 de abril de 2002, Sección Segunda, señala las etapas del procedimiento administrativo en el que necesariamente deberá iniciarse con las diligencias Preliminares, a los presuntos responsables, para luego iniciar el proceso administrativo sancionador mediante la imputación de cargos imputados. En ese contexto normativo, los actos anteriores realizados –como el Informe Técnico SPVS/IV/DI 194/2208 – corresponden a Diligencias Preliminares previas antes de la iniciación de un procedimiento sancionador.

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

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

5.- Sobre el Principio de Igualdad y Proporcionalidad.-

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente, sobre el principio de proporcionalidad en la aplicación de sanciones, el precedente administrativo reflejado en la Resolución Jerárquica No. 38/2005 establece que:

> *"El principio de proporcionalidad impone que el contenido de toda decisión de las autoridades administrativas dé carácter general o particular, deba corresponder, en primer término a la ley y normas derivadas aplicables, ajustarse a los fines de la norma que lo autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y responder a la idea de justicia o verdad material.*
>
> *Este Principio en materia sancionadora, implicara la relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer. Es una cuestión que debe resolver en cada caso la Administración Pública en el ejercicio de su poder sancionador que le ha sido conferido.*

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

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

En este contexto, la culpa de CREDIFONDO en la administración de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04, fue plenamente establecida tanto por el órgano de regulación como en esta instancia jerárquica, las infracciones cometidas se encuentran plenamente identificadas como contravenciones administrativas al punto que CREDIFONDO en el recurso de jerárquico presentado, señala que *"no cuestiona ser sujeto de una sanción por haber incumplido una norma"* (*inc. f de los argumentos de hecho y derecho*) y los hechos sancionados se traducen en varios cargos infringiendo disposiciones legales de la Ley del Mercado de Valores, disposiciones legales regulatorias, normativa interna del propio fondo que guardan estricta relación con la responsabilidad de administración de CREDIFONDO, adecuadas mediante una valoración discrecional de la conducta con la sanción a imponer en concordancia de lo establecido por el artículo 13 del Decreto supremo 26256.

Sobre el principio de igualdad considerado en la doctrina no solamente como un principio, sino también como un valor supremo que no impone que todos los destinatarios de las normas hayan de tener inexcusablemente idénticos derechos y obligaciones. Por el contrario, a situaciones distintas pueden anudarse consecuencias jurídicas diferenciadas.

En este sentido el jurisconsulto José Antonio Rivera Santibáñez señala que: *"para efectuar un análisis sobre los alcances del valor de igualdad es necesario acudir a la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual 'Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual'. Sin embargo, aunque en este enunciado se puede distinguir con claridad dos partes diferenciadas por los conceptos de igualdad y desigualdad, su solo enunciación carece de utilidad para discusiones o decisiones acerca de los tratos desiguales tolerables o intolerables; por ello la fórmula requiere un desarrollo más profundo que permita aclarar sus términos.*

En efecto, el concepto de igualdad es relativo; dependiendo del sujeto, objeto o circunstancia en la que se aplicara, puede tener una diversa significación en consecuencia, la fórmula aristotélica tiene sentido solo en la medida en que se pueda responder las siguientes interrogantes: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad de qué?, ¿igualdad de base en que criterio? En cuanto a los sujetos pueden ser varios no todos, muchos o pocos; en cuanto al objeto puede ser derechos, obligaciones, condiciones de vida, oportunidades, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; en cuanto a los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc." (Dr. José A. Rivera S. Temas de Derecho Procesal Constitucional Págs. 232-236).

Siguiendo esta línea, el Tribunal Constitucional en su Sentencia Constitucional 083/2000 de 24 de noviembre de 2000, estableció el siguiente concepto: *"la igualdad en su genuino sentido, no consiste en la audiencia de toda distinción respecto a situaciones diferentes, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando la hipótesis que existe una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto a estas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego – lo que quebrantaría la igualdad – sino primordialmente al equilibrio que impone un trato diferente para circunstancias no coincidentes, lo que significa que la*

igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo modo y lugar."

Ahora bien siguiendo la precitada doctrina y jurisprudencia, se tiene que CREDIFONDO señala una vulneración flagrante del principio de igualdad – inc. f) del Recurso Jerárquico presentado – que lo relaciona con el principio de proporcionalidad desarrollado líneas arriba, demostrando dicha vulneración en cuanto la SPVS impone una multa de sanción que no corresponde al incumplimiento señalado.

Al respecto, la propia doctrina señala que la igualdad no corresponde a un igualitarismo ciego de acuerdo a la imposición de otro tipo de sanciones y/o multas a los demás regulados así mismo y como se dijo anteriormente el incumplimiento a las normas que conciernen al derecho regulatorio incluida la obligatoriedad de contar con una normativa interna y cumplirla denota un actuar fuera del contexto legal establecido con circunstancias particulares para el efecto adecuando la sanción e imposición de una multa adecuado a las circunstancias, los hechos, y la magnitud de la vulneración al ordenamiento legal.

6.- Sobre lo solicitado por el Tercero Interesado.-

El Sr. Marcelo Isaac Urbach Treiger a tiempo de presentar diferentes actuados procesales, solicita en forma expresa se dicte Resolución ordenado la entrega inmediata de sus aportes de participación más intereses bajo prevenciones de procederse a la intervención y liquidación de CREDIFONDO.

Como se dijo anteriormente si bien en cierto que el peticionante tiene todo el derecho que la ley le asiste a realizar peticiones, no es menos cierto que dichas peticiones debe ser realizadas dentro el marco de las competencias atribuidas a los diferentes órganos administrativos y jurisdiccionales para obtener un pronunciamiento conforme a derecho en el marco de sus funciones, atribuciones sin poder extralimitarse en lo que la competencia regla de acuerdo al principio de separación de funciones que al efecto corresponde desarrollar:

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

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

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

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

Desde este punto de vista normativo, la Ex Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros no tiene restringida su labor **regulatoria**, **fiscalizadora y de supervisión** de velar por la transparencia del sistema, la armonía del mercado, el cumplimiento de la ley y la protección de los consumidores; empero no es parte de una labor regulatoria y de supervisión el pronunciarse sobre aspectos de resarcimiento de daños civiles que se hubiesen ocasionado los regulados fuera del ámbito de la regulación.

Precisamente, es obligación del Estado poner a disposición de los ciudadanos todos y cada uno de los mecanismos legales para que estos pretendan hacer valer sus derechos ante autoridad competente, no pudiendo dirimirse todas las pretensiones que los sujetos de derecho pretenden hacer valer ante una sola autoridad y/o un órgano de poder ya que por la naturaleza de los hechos y el derecho será competente más de una autoridad, con la facultad de solicitar la cooperación de las otras instancias legales (administrativas, judiciales, electorales, sociales, etc.).

Dentro del ámbito administrativo y de regulación sobre el mercado de valores, debe observarse que en determinados casos –como el presente- la controversia puede surgir entre el cliente o usuario del servicio y la entidad que lo presta sujeta a regulación, donde el objeto de la denuncia fue el perjuicio económico que sufre el cliente (Marcelo Urbach) por la administración de las cuentas, aspecto que no le atribuye al órgano de regulación la competencia para disponer sobre aspectos de orden civil, sino investigar mediante los mecanismos de control y fiscalización si el regulado cumplió con las disposiciones legales del derecho regulatorio, el mercado regulado bajo pena de imponer sanciones y multas a los incumplimientos realizados.

Para terminar el presente análisis, es necesario resaltar que de acuerdo a los antecedentes presentados por el Sr. Marcelo Urbach Treiger, a esta instancia jerárquica, se colige que existen acciones judiciales con el propósito de dirimir la pretensión del denunciante sobre la devolución de sus aportes de participación de las cuentas 2809125-01, 2809125-02, 2809125-03, 2809125-04 a CREDIFONDO, aspecto que corrobora que quien es competente para dirimir dicho conflicto no es la instancia administrativa.

Por lo expuesto, de acuerdo a lo alegado por Marcelo Isaac Urbach Treigen esta instancia jerárquica administrativa no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos de competencia civil, habiendo dentro el marco del derecho administrativo regulatorio realizar una compulsa y análisis del regulado sobre el cumplimiento de las normas de regulación que atinge al mercado en particular (que en el presente caso es el de valores), y menos aún sobre una resolución que resuelve una **medida preparatoria** de demanda, que como su nombre señala permitirá al Sr. Urbach, iniciar las acciones legales que en derecho le corresponda ante jurisdicción en la que solicito la medida preparatoria.

Sin perjuicio de la compulsa realizada, la competencia de esta instancia jerárquica se encuentra plenamente establecida conforme lo dispone el artículo 1º inciso III de la Ley No. 3076 de20 de julio de 2005 que modifica la ley de Procedimiento No. 2341 en la que establece: …la Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera "SIREFI" (hoy Ministerio de Economía y Finanzas Públicas), tiene competencia privativa e indelegable para conocer y resolver los recursos jerárquicos contra las Resoluciones del (…) Superintendente de Pensiones Valores y Seguros (ahora Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero y Autoridad de Supervisión y Control Social de Pensiones)…" De ello se infiere que la competencia del órgano jerárquico se limita al control de legalidad y legitimidad de los actos emitidos por los entes de regulación sectorial-financiera en materia de pensiones, valores, seguros, bancos y demás entidades de intermediación financiera.

En este sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas Publicas, no tiene competencia alguna para deliberar ni pronunciarse sobre aspectos que no se encuentran dentro el marco de su competencia.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 174 de 24 de marzo de 2009 de 31 de marzo de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirma la Resolución Administrativa SPVS-IV No. 062 de 06 de febrero de 2009, ambas emitidas por la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros,

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

RECURRENTE

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

RESOLUCIÓN RECURRIDA

AP/ DPNC Nº 55.2009 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2009

AUTORIDAD RECURRIDA

AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN Y CONTROL SOCIAL DE PENSIONES

RESOLUCIÓN

MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 020/2009 DE 17 DE DICIEMBRE DE 2009

FALLO

CONFIRMA TOTALMENTE

RESOLUCIÓN MINISTERIAL JERÁRQUICA
MEFP/VPSF/URJ-SIREFI 020/2009

La Paz, 17 de diciembre de 2009

VISTOS:

El Recurso Jerárquico interpuesto por **FUTURO DE BOLIVIAS.A. ADMINISTRADORADE FONDOS DE PENSIONES**, la Resolución Administrativa AP/DPNC Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros respectivamente; los antecedentes que conforman el expediente elevado por dicha Autoridad; el Informe Legal MEFP/VPSF/URJ-SIREFI/Nº 050/2009 de 04 de diciembre de 2009, emitido por la Unidad de Recursos Jerárquicos del Sistema Financiero, dependiente del Viceministerio de Pensiones y Servicios Financieros; todo lo demás que ver convino y se tuvo presente.

CONSIDERANDO:

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

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

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

CONSIDERANDO:

Que, por memorial presentado el 22 de septiembre de 2009, **FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES,** legalmente representada por su Gerente General Julio Vargas León, conforme al Testimonio de Poder Nº 563/01 de fecha 3 de octubre de 2001 otorgado por ante Notaria de Fe Pública de Primera Clase del Distrito Judicial de La Paz, Rebeca Mendoza Gallardo, interpuso Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009 que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones y la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, respectivamente.

Que, mediante carta AP/DJ/934/2009 de 23 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones remitió en fecha 28 del mismo mes, el Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009, recurso que fue admitido a través del Auto de Admisión de 30 de septiembre de 2009.

Que, mediante Auto de 8 de octubre de 2009 emitido por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, se acepta y aprueba la excusa presentada por el Ing. Mario Guillén Suárez, disponiéndose su separación para el conocimiento y sustanciación del Recurso Jerárquico, designándose al Lic. Roberto Ugarte Q., Viceministro de Política Tributaria, para que asuma las responsabilidades y obligaciones en la tramitación del proceso recursivo hasta su conclusión.

CONSIDERANDO:

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

1. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA/SPVS/IP Nº 092 DE 26 DE FEBRERO DE 2009

Mediante Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero 2009, notificada el 17 de marzo de 2009, la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros resolvió:

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

*a) En relación al **Cargo Nº 1,** se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con una multa en Bolivianos equivalente a Quinientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us.500,oo.-), en el marco de lo dispuesto en la Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008 de 25 de julio de 2008 y el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

*b) En relación al **Cargo Nº 2,** al haberse establecido que la conducta antijurídica es reiterativa se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por siete casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Mil Cuatrocientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us. 1.400,oo), en el marco de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 8 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004.*

*c) En relación al **Cargo Nº 3,** se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por tres casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Trescientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us.300,oo), en el marco de lo dispuesto en el Artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa Nº 511/2005 de 24 de junio de 2005.*

*d) En relación al **Cargo Nº 4,** se sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por cuatro casos, con una multa en Bolivianos, equivalente a Cuatrocientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us.400,oo), en el marco de los dispuesto en el Artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002.*

*e) En relación al **Cargo Nº 5,** al haberse establecido que la conducta antijurídica es reiterativa se sanción a Futuro de Bolivia S.A. AFP, por once casos, con una multa en Bolivianos equivalente a Dos Mil Doscientos 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América ($us.2.200,oo), en el marco de lo dispuesto en los Artículos 6 y 7 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004.*

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

ARTICULO 3º.- I. *La reposición al Fondo de Capitalización Colectiva de Bs.19.800 (Diecinueve Mil Ochocientos 00/100 Bolivianos), con relación al inc. e) del Artículo 1º de la presente resolución, más el rendimiento que la AFP debe reconocer al Fondo por los intereses no devengados. Para el cálculo del rendimiento citado, se considerará la tasa de interés promedio que pagaron las cuentas corrientes mantenidas en el FCC en Bolivianos, vigentes en el periodo comprendido entre la fecha de pago con error y la fecha del pago de la reposición al FCC…"*

2. RECURSO DE REVOCATORIA.-

Por memorial presentado el 7 de abril de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES, interpuso Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, bajo los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

"*(...) La presente Resolución Administrativa recurrida, nos aplica varias sanciones por incumplimiento del Art. 19 del D.S. 27175 de 15 de septiembre de 2003, el párrafo segundo del Artículo 6, 7 y 8 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004, el Art. 3º punto ii de la Resolución Administrativa Nº 511/2005 de 24 de junio de 2005, el Art. 10 de la Resolución Administrativa Nº 1004/2004 de 20 de diciembre de 2002 y la Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008 de 25 de julio de 2008.*

La Resolución recurrida, atenta nuestros derechos subjetivos e intereses legítimos ya que obvia informes y justificaciones presentados por nuestra institución en calidad de descargos vulnerando nuestro derecho a la presunción de inocencia de la que gozamos y aplicando a conveniencia disposiciones legales en forma injusta y desigual, por lo que en pleno ejercicio de nuestros derechos, solicitamos respetuosamente se la revoque ajustándola estrictamente a las disposiciones legales vigentes, en atención a los siguientes fundamentos legales:

I. ANTECEDENTES

Mediante nota SPVS-Nº 028.2009 de fecha 14 de enero de 2009, notificada el 27 de enero de los corrientes, su institución nos comunicó y presentó una relación de cinco (5) cargos, que resultaron de la evaluación del Margen de Efectividad en el pago del Bonosol luego de la fiscalización que realizaron sus personeros.

Nuestra institución mediante notas: 1) FUT SUP BS 1854-2008 de 4 de agosto del 2008; 2) FUT SUP BS 1891-2008 de 8 de agosto de 2008 y 3) FUT SUP BS 1968-2008 de 19 de agosto de 2008, presentó un Informe Final de Gestión de Descargos sobre todos los pagos con defecto y pagos con error de la gestión 2007, mismos que los presentamos para la evaluación del Margen de Efectividad alcanzado por nuestra empresa en el pago del Bonosol del 2007.

Pese a la abundante documentación y justificación de descargos, su institución procedió a la iniciación del procedimiento sancionatorio, imponiéndonos multas pecuniarias y reposiciones al FCC.

II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO.

De los antecedentes precedentes, nos permitimos señalar lo (sic) *siguientes*:

Con relación al Cargo Nº 1.

Mediante notas FUT.SUP.BS 1854 de 04 de agosto de 2008, FUT.SUP.BS 1891 de 08 de agosto de 2008 y la nota FUT.SUP.BS. 1968 de 19 de agosto de 2008, nuestra institución cumplió con el requerimiento de la SPVS.

En la primera nota FUT.SUP.BS 1854, ante la excesiva información solicitada por su institución, les solicitamos una ampliación de plazo para la presentación del Informa (sic) *Preliminar de pagos de Bonosol, a la cual jamás respondieron.*

Sin embargo, con el fin de poder cumplir su requerimiento, en fecha 8 de agosto de 2008 mediante nota FUT.SUP.BS 1891, remitimos los archivos que comprendían el informe solicitado, situación que demuestra que nunca existió por parte de la AFP la intención de incumplir lo requerido mediante la Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008.

Este hecho, lamentablemente no fue debidamente valorado y pese a todos los descargos ofrecidos nos sancionan de forma desproporcionada, aplicando la calificación y aplicación de sanción de forma general y en conjunto por todos los cargos descritos en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 092 recurrida.

Al respecto consideramos, que no se realizó la calificación de forma particular al cargo, y se sanciona sin una previa calificación, omitiendo el procedimiento establecido en los artículos 286, 287 y 291 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997 que no se encuentra expresado en la parte Resolutiva de la Resolución 092, estableciéndose una falta de 'gravedad leve', obviando que caso tiene distintas peculiaridades y comprenden diferente orden de observaciones de infracción por lo que debería haberse realizado la calificación de cargos de forma individualizada en la Nota de cargos Nº 028.

Con relación al Cargo Nº 2.-

Se desprende de la nota de Cargos SPVS Nº 028.2009, en su anexo II, que sirve de respaldo y fundamento para la sanción comprendida en el inciso b) del artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 092, determinando que la infracción se habría efectuado por incumplimiento del párrafo segundo del artículo 8 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004.

Adicionalmente, la SPVS califica a nuestra empresa por una conducta reincidente, citando las Resolución Administrativas de sanción IP Nº 268 de 14 de marzo de 2006, la Resolución Administrativa Nº 759 de 24 de septiembre de 2007 y la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1089 de diciembre de 2007, en el inciso b) de la Resolución recurrida, situación que no es tan evidente de acuerdo al siguiente cuadro:

Nº	CODIGO		NUB	DOC. Nº	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOMBRES	FECHA PAGO	GESTION PAGO	OBSERVACION
1	A	85	400129591	620744	MAMANI	CALLE		ANDREA	12/12/2007	2007	Comprende observación registrada en sistema por Probable Adulteración de Documentos de identificación del Beneficiario. Por lo que corresponde ser revocada la sanción en este caso

Por el caso anterior descrito consideramos que la SPVS debe realizar una nueva revisión y valoración del cargo realizado y por ende de la sanción impuesta, una vez que tomando como ejemplo la existencia del

caso reportado, bien se da paso a la duda razonable sobre la veracidad del informe técnico en el que se basó la sanción indicada, en este aspecto se debe considerar que ante la duda esta debe favorecer al regulado.

*Es importante mencionar también que en la calificación de la infracción y la graduación de la sanción efectuada por la SPVS, se establece la existencia de **reiteración** de la citada infracción en el inciso b) que determina la sanción pecuniaria. Es importante hacerle notar que en el Quinto Considerando párrafo primero (Pág.7) la SPVS explica que '...de donde se establece que Futuro de Bolivia S.A. AFP, **reincide en la conducta** sobre 'pagos con defecto' no reportados y 'pagos no regularizables' con error; infracciones sancionadas a la AFP por los mismos conceptos, mediante la Resolución Administrativa IP Nº 268...,etc'.*

*El Derecho Administrativo Sancionador, tanto la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado han establecido y es de aceptación generalizada que los principios que son de uso del Derecho Penal son extensibles y forman parte también del Derecho Administrativo Sancionador de manera matizada, es decir con adecuaciones al ámbito del Derecho Administrativo, no pudiendo realizarse una aplicación mecánica de los principios del Derecho Penal al Administrativo lo que implicaría un carácter supletorio que debe necesariamente encontrarse en la norma de manera expresa si fuese el caso, en este sentido coincidimos en la existencia de las denominadas agravantes y atenuantes como referentes de valoración de las infracciones y de graduación de la sanción en el Procedimiento Administrativo Sancionador, entre estos elementos se comprende el tema de la reincidencia y la reiteración, sin embargo es importante esclarecer en primer lugar que existe dentro la doctrina una diferencia importante entre estos dos términos, para este efecto citamos a Elena Marín de Espinosa Cevallos (La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales. Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 83 y 84), que deduce tres clases de reincidencia: '1. Reincidencia simple: por la cual basta la comisión de un delito después de la condena irrevocable por otro delito. Este segundo delito debe ser cometido en el transcurso de la precedente condena. 2. Reincidencia Agravada: la reincidencia será agravada cuando se cometa el nuevo delito antes de los cinco años de la anterior condena, que se cometa el nuevo delito después de la ejecución de la pena, y que se cometa un nuevo delito de la misma índole. 3. Reiteración: prevista para aquellos casos en que el nuevo delito es realizado por quien ya había reiterado en la comisión de hechos delictivos. Esta última se configura por la simple comisión de hechos infractores, sin que sea necesario que la persona haya sido anteriormente condenada en sentencia firme.', de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico en materia penal, hay reincidencia con la comisión de un nuevo delito, existiendo sentencia ejecutoriada, además establece que dicha comisión sea realizada dentro el plazo de cinco años de la sentencia (Art. 41º Ley 1768), en este sentido la Ley de Procedimiento Administrativo o normas conexas al Sistema de Regulación Financiera no comprenden este instituto jurídico menos establecen plazos u otros pormenores que reglamenten su aplicación, la reiteración contiene otro significado que en la norma no establece de forma clara sus características, una vez que puede tomarse incluso en desproporcionada ya que no existe parámetros para su consideración, **de tal forma que en la Resolución Administrativa es perceptible la ambigüedad en el fundamento realizado por la SPVS respecto a este tema,** estos aspectos no coinciden con el principio de Congruencia que explica que '...El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final.*

La resolución se torna confusa cuando se considera el concepto de reincidencia, que no se encuentra comprendida en la normativa del sector de Pensiones o la reiteración. La reincidencia debe expresarse de forma clara para su aplicación, y que en el caso presente, la resolución administrativa enerva el romano II del artículo 73º de la Ley de Procedimiento Administrativo que explica que '...II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones

reglamentarias.', este aspecto implica además que la SPVS a omitido también el sujetar sus actuaciones al Principio de sometimiento Pleno a la ley expresado en el inciso c) del artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, una vez que sanciona sin respaldo normativo por los motivos explicados líneas arriba.

Asimismo, debemos señalar que la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 092 se torna arbitraria viciándose por la imposición de una sanción no normada que plasma para la AFP un entorno jurídico inseguro, ya que se desconoce los parámetros lógicos utilizados para fijarse el monto pecuniario.

Con relación al Cargo Nº 3.-

La AFP es sancionada por la supuesta infracción del inciso ii del artículo 3 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004, con respecto a los siguientes casos, que se desglosan en el siguiente cuadro y que comprenden toda la documentación de respaldo que es producida en calidad de prueba en la cual se puede evidenciar que en todos estos casos se cumplió a cabalidad el procedimiento establecido para este tipo de reclamos de pago, que desvirtúa de forma clara la infracción impuestas por la SPVS:

Nº	CODIGO		NUB	DOC. Nº	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	APELLIDO ESPOSO	NOM-BRES	FECHA PAGO	GEST. PAGO	OBSERVACION
1	F	79	220920396	126570	Rivadeneira		Tamayo	María	11/05/2007	2007	Se adjunta El Formulario de Desbloqueo Nº 02032273 de 22/11/2007 y documentación de respaldo, que desvirtúa la sanción impuesta, constituyendo respaldo suficiente para su revocación
2	F	80	220293594	2221923	Quispe	Poma		Constancio	28/05/2007	2007	Se adjunta El Formulario de Desbloqueo Nº 02026453 de 26/09/2007 y documentación de respaldo, que desvirtúa la sanción impuesta, constituyendo respaldo suficiente para su revocación
3	F	87	300093900	1195489	García		López	Victoria	13/09/2007	2007	El trámite no fue observado por lo que no corresponde la presentación de documentación de regularización

Como podrá ver del desglose precedente, se establece que todos estos casos cumplen con el procedimiento establecido de pago, por lo que solicitamos analizar nuevamente el presente cargo y eliminar la multa impuesta.

Con relación Cargo Nº 4.-

Para un mejor análisis del Artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, citado de manera conveniente y parcial, a continuación nos permitimos transcribirlo in extenso:

'DECIMO.- (Procedimiento de Pago Observado). *En los casos en que el beneficiario tenga el mismo número de documento de identidad que otro, o tenga un homónimo, o este observado por la Intendencia de Pensiones el registro en la Base de Datos de los Beneficiarios del Bonosol presentaran la escritura* ***Observado,*** *en cuyo caso dicha persona deberá presentar, para que se efectivice, el pago, adicionalmente:*

Certificado de Nacimiento o Certificado de Bautizo, y
Certificado de Matrimonio, si es mujer registrada en la Base de Datos de los Beneficiarios del Bonosol como casada.

Los extranjeros nacionalizados deberán acreditar además la fecha de su nacionalización, que deberá ser anterior al 31 de diciembre de 1995, entregando fotocopia legalizada de la Resolución Suprema de Nacionalización y fotocopia del documento de identidad.

Si la Libreta de Servicio Militar no lleva fecha de nacimiento o fotografía, o tiene el numero de matricula de reclutamiento que no coincide con el de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, el beneficiario deberá actualizar su registro con el de su carnet de identidad, conforme al procedimiento de registro.

El mismo procedimiento se deberá seguir en cualquier otro caso similar, en el que no coincidan exactamente los datos del documento de identidad y la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol'

De la lectura extensa de este artículo, fácilmente se puede concluir que si consideramos de forma aislada el párrafo segundo del citado artículo, su contexto cambia radicalmente, operando de forma contraria a lo que extensamente significa.

Para esta (sic) *comprendido dentro de tramites Observados se debería seguir el procedimiento de presentación de documentación que se detalla posteriormente, situación que no ocurrió con estos casos ya que nunca tuvieron la calidad de observados.*

Para que exista el carácter de 'observado' de un registro para el cumplimiento del pago de Bonosol, el artículo establece que el registro del beneficiario comprenda en la Base de Datos: 1) Que el beneficiario tenga un mismo de C.I. que otro beneficiario; 2) Que Tenga un Homónimo; 3) Que este registrado como observado por la Intendencia de Pensiones en la BDBB con la escritura 'Observado'.

La observación referida, es realizada por la SPVS, y siguen el curso de cualquier reclamo mediante el llenado del formulario y adjuntando la documentación correspondiente (numeral 2.20 de la 'Guía Bonosol'), si no existiera observación del pago, se procede de acuerdo al artículo Tercero y Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004.

Por lo manifestado, reiteramos que ninguno de los casos cuentan con tal referente, habiéndose emitido el pago de acuerdo a normativa, tal como se especifica en el siguiente cuadro:

Nº	NOMBRE	NUB	C.I.	RESPUESTA OBSERVACIONES
1	IBIS ALBA QUIROGA DE PAZ	7001637703	1990870	No presenta en la base de datos histórica, tramite alguno de reclamo por bloqueo de pago, lo que significa que no existía observación realizada por parte de la SPVS, no existe un homónimo o numero de cedula idéntico al de otro beneficiario, causales establecidas en el artículo 10º de la R.A. 1004/2002 que se presentan al momento del cobro por lo que no existe razón para solicitar la documentación que se observa extrañada, la cedula de identidad refiere igualmente nacionalidad boliviana de acuerdo al art. 28º de la C.P.E.
2	ANA PASSUELO DE ANNA	300109126	775571	Se entiende que el pago observado es el correspondiente al 05/09/2007, mismo que habría sido pagado correctamente, en vista de que al artículo 10 refiere la presentación de documentación complementaria en los casos de la existencia de homónimos, documento de identidad idéntico a otro beneficiario o de la existencia de observación por parte de la SPVS, en este caso tal observación no existe, inclusive existe un tramite de reclamo por bloqueo IAG de 29/08/2007, su cedula refiere nacionalidad boliviana según artículo 38 de la C.P.E.
3	FRANCINE MARIE SIMONE	220577395	2046931	El caso no presenta alguna de las causales establecidas en el artículo 10º de la R.A: 1004, hecho por el cual no corresponde se realice habilitación de parte de la AFP, ni solicitud de documentación adicional, por lo que no corresponde regularización que fuese observada por la SPVS. La cedula de identidad de la beneficiaria establece nacionalidad Bélgica-Boliviana que data del 2005, por lo que si hubiese existido una observación anterior se hubiese tenido que regularizar con anterior, existiendo en el histórico simplemente tramite de actualización de fecha 29/08/2006.
4	JOSEF GEISSER MULLER	900169603	397143	La papeleta de pago de igual forma que en los anteriores indica nacionalidad boliviana, en este caso el beneficiario tampoco presenta una de las causales establecidas en el artículo 10º de la R.A. 1004 supuestamente incumplido, por tanto al momento del cobro no se encontraba observado y no correspondía la solicitud de documentación adicional.

Por los antecedentes descritos, no debería aplicarse la sanción en la Resolución recurrida.

Con relación al Cargo Nº 5.- *La infracción que comprende el presente cargo señala la existencia de pagos comprendidos con 'error' y que deberán ser comprendidos fuera del margen de efectividad, aspecto normado en el artículo 6º y 7º de la Resolución administrativa Nº 257 de 07 de junio de 2004, al respecto se realiza el detalle de la documentación que desvirtúa la supuesta infracción en cuadro a continuación:*

Nº	NOMBRE	NUB	C.I.	RESPUESTA OBSERVACIONES
1	GUILLERMINA HUARACHI DE CHOQUE	200127643	3103415	Este caso fue informado mediante nota FUT. SUP.BS 1891/2008. Adjunta boleta de pago Nº 3988942.
2	PAULINA MOLLO DE ARUQ-UIPA	22905875	6099709	Se remite fotocopia de boleta de pago Nº 3527297 que muestra la huella digital de la beneficiaria tanto en la boleta como en la fotocopia de cedula de Identidad de esta forma la observación de pago con 'error' es inexistente, por lo que no corresponde la sanción impuesta por la SPVS.
3	ELENA TORREZ DE ESCAL-ANTE	900148891	559192	Se remite fotocopia de boleta de pago Nº 3966519 por la cual se evidencia que no corresponde a un pago con 'Error', ya que las únicas causales establecidas en el artículo 6º de la R.A. Nº 257, son la inexistencia del Comprobante de Pago, o que el comprobante no cuenta con la firma o huella dactilar del beneficiario, ambas causales no existen por lo que no corresponde la sanción aplicada por la SPVS.
4	PORFIRIO BLANCO LINARES	200301186	304035	Además dela documentación existente con la boleta de pago Nº 3211638, este muestra la firma del beneficiario por lo que se considera que no existe la supuesta infracción debiendo revocarse la sanción impuesta.
5	ANDRES ALIAGA LUQUE	220910944	10161	
6	ISABEL MAMANI ANTONIO	200126210	82399	Se adjunta fotocopia de la boleta de pago Nº 3663560 de fecha 24/11/2007, que muestra además de su existencia la huella dactilar de la beneficiaria por lo que no corresponde comprenderse dicho pago con 'Error', solicitamos en ese sentido se realice la revocatoria de la sanción impuesta realizada por la SPVS.
7	HILDA SIERRA DE SILVA	220011183	2327854	Se remite fotocopia de la boleta de pago Nº 2729911, que muestra la inexistencia de una de las causales para ser considerado pago con 'Error', por lo que no corresponde la sanción impuesta que solicitamos sea revocada.
8	JESUSA PINTO SURCI	900135801	6769076	Pagado por la AFP, el tramite responde a una solicitud de pago a domicilio, del cual se presenta documentación
9	DORA GUTIERREZ SUAREZ	700270352	1500855	Se remite fotocopia de la boleta de pago Nº 423227, que muestra la inexistencia de una de las causales para ser considerado pago con 'Error', por lo que no corresponde la sanción impuesta que solicitamos sea revocada
10	GUILLERMO JOSE CASAS ADRIAN	220158935	130147	Se remite fotocopia de la boleta de pago Nº 2954840, que muestra la huella dactilar del beneficiario, por lo que solicitamos sea levantado el cargo que fuese realizado por la SPVS.
11	ISIDORA FLORES DE MAMANI	220926503	6113893	Se remite fotocopias de comprobante de pago Nº 3665149 con la huella dactilar correspondiente, por lo que solicitamos sea desestimado el cargo existente.

Del detalle de los casos expuesto en el cuadro anterior, claramente puede establecerse que no existe la comisión de infracción por parte de nuestra empresa, debiendo ser revocada en estricto cumplimiento de la ley y normas conexas que reglamentan el S.S.O. y el procedimiento administrativo, siendo suficientes los documentos producidos que en calidad de prueba.

Cabe señalar, que el objeto de la resolución se encuentra de igual forma afectada, toda vez que no cumple de manera exacta con los elementos esenciales comprendidos en el artículo 28º de la Ley de Procedimiento administrativo b), c) y e), aclarados y reiterados en el artículo 28 del Decreto Supremo Nº 27113 de 23 de julio de 2003, que en su romano II e inciso d) y f) explican que la resolución comprendida como la certificación o juicio de valor sobre la materia sujeta a conocimiento, debe ser precisa y clara, no debe encontrarse en contradicción con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas, una vez que se demuestra por la AFP que el fundamento de hecho y derecho de la resolución expuesta en su parte considerativa no condice de manera exacta con la parte resolutiva del acto administrativo ahora impugnado.

III. PETITORIO.

Por todo lo expuesto, nos extraña la asimétrica sanción impuesta en este caso, ya que con auxilio del uso de la jurisprudencia comprendida como el conjunto de fallos firmes y uniformes dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado, citamos la SG SIREFI RJ 38/2005 de 15 de septiembre de 2005, que explica '...se deben tomar en cuenta los siguientes parámetros que forman parte inmanente del principio de proporcionalidad como ser: a) Que los hechos imputados se encuentren previamente calificados como faltas o infracciones en la norma aplicable, b) Que el hecho sancionado se encuentre plenamente probado y c) ***Que el ejercicio de la potestad sancionadora debe ponderar, en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida****...' complementado después que '... para el fin de adecuar debidamente entre la gravedad del hecho y la sanción aplicada, la misma debe someterse a los siguientes criterios para su graduación, además de los contenidos en las normas de carácter sancionador: a) La existencia de intencionalidad, dolo, culpa, negligencia, imprudencia, impericia o reiteración, b) La naturaleza de los perjuicios causados y c) La reincidencia en las comisión...', no existe la 'ponderación' por parte de la SPVS de las circunstancias concurrentes citadas, mismas que no requerían de mayor información que las mismas notas adjuntas a la Nota de cargo 028, en este sentido ampliando el argumento hacemos conocer que la referida reestructuración imposibilitó a la AFP el cumplimiento en el plazo establecido del requerimiento normado en la Circular Nº SPVS7IP7DPNC/86/2008* (sic)*, resaltamos que este hecho no demuestra de parte de la AFP intencionalidad de incumplimiento, tampoco se ha fundamentado menos demostrado que hubiese mediado la falta de diligencia, impericia, o culpa en el actuar de la AFP, por tanto no existe un fundamento para la sanción pecuniaria cuando la SPVS no especifica exactamente cual la lógica utilizada para establecer la infracción, la calificación y la sanción dentro la valoración de los hechos y documentos existentes mediante el uso de la sana crítica prevista en el romano II del artículo 67 del Decreto Supremo 27175 de 15 de septiembre de 2003.*

Por lo que concluimos manifestando que al no existir una evaluación equitativa de los hechos y de los documentos conocidos por la SPVS, originándose de esta forma una calificación general sin considerar las particularidades de la infracción, que no condice además con los principios del Derecho Administrativo como son el de proporcionalidad, de igual forma no se considero la valoración de la documentación y hechos con la sana crítica, solicitamos se revoque la Resolución Administrativa SPVS/IP/Nº 092/2009' (...)"

3. RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA AP/DPNC Nº 55.2009 DE 02 DE SEPTIEMBRE DE 2009.-

Mediante Resolución Administrativa AP/DPNC Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones resolvió confirmar parcialmente la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, basándose en los siguientes fundamentos:

"***CONSIDERANDO:***

Que, en función a los argumentos planteados y la documentación presentada por Futuro de Bolivia S.A. AFP en el Recurso de Revocatoria y el memorial de fecha 27 de abril de 2009, cabe indicar lo siguiente:

Con relación al Cargo Nº 1

La ex Intendencia de Pensiones mediante Circular SPVS/IP/DPNC/86/2008 de 25 de julio de 2008 (C. 86/2008), estableció el cronograma de actividades a seguir para determinar el margen de efectividad de pagos Bonosol realizados por las AFP durante el período comprendido entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de la gestión 2007, con el fin de que una vez concluida las actividades se concilie la información entre la AFP y el regulador. En ese sentido, la ex Intendencia de Pensiones remite a Futuro de Bolivia AFP S.A. vía correo electrónico, la Base de Datos de Reporte de Pagos Bonosol con Defecto de la gestión 2007.

De los antecedentes del presente caso de autos se establece que Futuro de Bolivia S.A. AFP no envió la información para el cierre de las regularizaciones de pagos Bonosol con defecto de la gestión 2007, de acuerdo al cronograma señalado en la C. 86/2008; pidiendo, en lugar de lo requerido, ampliación del plazo para la presentación del Informe Preliminar hasta el 08 de agosto de 2008, mediante nota FUT SUP BS 1854-2008 de 04 de agosto de 2008, imposibilitando de esta manera la instructiva señalada en la norma.

En fecha 08 de agosto de 2008, mediante nota FUT.SUP. 1891-2008, Futuro de Bolivia AFP S.A. remite en medio magnético Informe Preliminar de pagos Bonosol con Defecto 2007, el cual una vez sujeto a evaluación por la ex Intendencia de Pensiones, se evidencia que la información contenida no corresponde a lo requerido por norma, lo que nuevamente imposibilitó la conciliación de Pagos con Defecto de los Pagos Bonosol 2007, y por ende el incumplimiento del cronograma de actividades y fechas previstas, que expresamente determinan las tareas a realizarse, las fechas de su cumplimiento, el responsable de la actividad y los resultados que se esperan.

Mediante nota FUT.UP.BS. 1968/2008 de 19 de agosto de 2008, Futuro de Bolivia S.A. AFP, remite en medio magnético la información conforme lo precisa la C. 86/2008, indicando lo siguiente: 'Tenemos a bien realizar el ***reenvío de la información*** *remitida con nota FUT.SUP.BS 1891 de 08 de agosto de 2008,* ***misma que debido a un error involuntario comprendió información incompleta*** *de pagos con Defecto de acuerdo a lo requerido, con este fin remitimos adjunto a la presente el archivo correspondiente'. Al respecto, de acuerdo a lo expresado por la misma AFP, el regulado reconoce que para dar cumplimiento a la C. 86/2008 ha realizado más de un envío de información a la ex Intendencia de Pensiones, aceptando que con el primer envío la información era incompleta, por causas que fueron admitidas por la misma AFP, generando como consecuencia el incumplimiento al cronograma establecido por norma. Asimismo, el regulado deja al soslayo la presentación de la nota FUT SUP BS 1854-2008 de 04 de agosto de 2008, por la cual en lugar de enviar la información solicita la ampliación del plazo arguyendo que existe una gran cantidad de casos para analizar, sin considerar que el control y seguimiento para el presente procedimiento es constante. Por tanto, resulta contradictorio el argumento de la AFP cuando ésta indica que con las notas enviadas cumplió con el requerimiento de la ex SPVS.*

Futuro de Bolivia S.A. AFP también señala en su Recurso de Revocatoria lo siguiente: '...nunca existió por parte de la AFP la intención de incumplir lo requerido mediante Circular SPVS/IP/DPNC/86/20008...'. Al respecto, lo expresado por el regulado viene a ratificar el incumplimiento a la norma imputada, consecuente la aceptación de la responsabilidad en cuanto al hecho antijurídico ahora sancionado; toda vez que la entrega de información requerida no fue dentro de los términos legales preestablecidos. Asimismo, se debe considerar que la infracción no solamente ha culminado con el solo incumplimiento en el envío de la información, sino que ha ocasionado además que no se desarrolle el cronograma dentro de las fechas previstas para determinar el margen de efectividad de pagos Bonosol, así como el poder contar con la conciliación de la información entre la AFP y el regulador, de acuerdo a lo establecido en la C. 86/2008; demostrando de esta manera la preterintencionalidad de la conducta imprimida por el regulado, aspecto que fue debidamente considerado por la ex SPVS en el momento de calificar el hecho a imponer la sanción, la cual fue calificada acorde a la proporcionalidad exigida por norma, la verificación de los hechos y los resultados generados como consecuencia de la infracción.

Asimismo, la ex SPVS consideró también al emitir la R.A. 92/2009, la ausencia de descargos que de alguna manera hubieran podido ser valorados en cuanto a sus argumentos y efectos, conforme lo ordena el procedimiento específico para el sector de pensiones, establecido taxativamente en la Parte I del Capítulo VIII del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, el cual establece un plazo de diez días hábiles administrativos, computables a partir del día siguiente de notificada la entidad con la nota de cargos, para que presente sus descargos, y en el evento de no hacerlo, se emita la Resolución Administrativa correspondiente. Por lo tanto, resulta incongruente y temerario el argumento de la AFP, cuando ésta indica que el regulador habría omitido el procedimiento establecido para el régimen de las sanciones.

Finalmente, se recuerda al regulado que la AP, en el ejercicio de la potestad administrativa que por norma le asiste, se manifiesta también ante sus regulados mediante actos administrativos de alcance particular, que producen efectos jurídicos obligatorios sobre el administrado. Bajo esa línea de comprensión, de la serie de actos administrativos emitidos, se encuentran los actos de menor jerarquía cuya obligatoriedad esta prevista en el artículo 19 del Decreto Supremo Nº 27175 de 15 de septiembre de 2003, que señala: 'Los actos administrativos de menor jerarquía o de orden operativo como ***circulares,*** *órdenes y directivas* ***obligarán a los regulados*** *cuando los mismos sean objeto de notificación o publicación'.*

Por los motivos expuestos, al no ser suficientes los argumentos presentados por la AFP, se debe confirmar el cargo sancionado.

Con relación al Cargo Nº 2

Para el presente análisis, corresponde precisar que ante la falta de presentación de descargos por la AFP, la ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros, sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP en aplicación al párrafo segundo del artículo 8 de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 07 de junio de 2004, al no reportar siete (07) pagos Bonosol con defectos cancelados en la gestión 2007.

Futuro de Bolivia S.A. AFP, en la primera parte del Recurso de Revocatoria, hace referencia a un conjunto de Resoluciones Administrativas donde la SPVS habría calificado la sanción como reiterativa, situación que según el regulado se evidenciaría a través del cuadro descriptivo donde se refleja el caso de la Beneficiaria Andrea Mamani Calle con NUB 400129591. Al respecto, de la evaluación de este argumento, el mismo resulta ser inconsistente y confuso, al no describirse con claridad el nexo causal del argumento expuesto respecto al cuadro descriptivo, así como con el concepto de la duda favorable.

Por tanto, se recuerda al regulado que la forma de presentación de los recursos debe ser realizada con la fundamentación debida y términos claros e inequívocos.

Asimismo, con relación a la documentación que Futuro de Bolivia S.A. AFP adjunta al Recurso de Revocatoria, es importante aclarar que la fotocopia del documento de identidad 620744 a nombre Andrea Mamani Calle utilizada para el cobro del Bonosol de las gestiones 2005, 2006 y 2007 en fecha 12 de diciembre de 2007, es ilegible, por lo que se considera este pago como Pago con Defecto Operativo, según lo establecido Artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 511 de 24 de junio de 2005; razón por la cual el descargo no es suficiente para levantar la sanción.

En lo referente a los seis casos restantes, la AFP al no emitir pronunciamiento expreso ni remitir la documentación de respaldo que permita evaluar el cargo sancionado, permite al regulador ratificar la sanción impuesta.

Con relación al argumento de la aplicación de la sanción para infracciones reiterativas, se debe tener presente que para reputar reiteración en una infracción, se exige la reincidencia de una misma conducta antijurídica que, anteriormente, hubiere sido objeto de sanción en sede administrativa. A este efecto, se precisan ineludiblemente dos condiciones: a) la preexistencia de una infracción sancionada cuyo agente incurre en la misma conducta; b) el atentado al mismo bien jurídicamente tutelado (objeto). Es claro que, de no coexistir ambas condiciones, no es posible, jurídicamente, predicar la reiteración de una infracción en el orden administrativo.

Bajo esa línea de comprensión legal, la ex SPVS sancionó a Futuro de Bolivia S.A. AFP más de una vez con cargos respecto a 'pagos con defecto' no reportados; infracciones sancionadas por el mismo concepto, mediante la Resolución Administrativa IP Nº 268 de 14 de marzo de 2006, la Resolución Administrativa Nº 759 de 24 de septiembre de 2007 y la Resolución Administrativa SPVS/IPNº 1089 de 19 de diciembre de 2007; constituyéndose de esta manera en una conducta reiterativa, sinónimo de reincidencia, al imputarse nuevamente en el cargo Nº 2 de la nota de Cargos CITE: SPVS – Nº 028.2009 de 14 de enero de 2009, que motiva el presente proceso administrativo sancionatorio.

Asimismo, la ex SPVS al emitir la Resolución Administrativa que sanciona a Futuro de Bolivia S.A. AFP con multa pecuniaria por ser además reiterativa, consideró los principios aplicables para el procedimiento sancionador como lo son el de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, procedimiento punitivo e irretroactividad previstos en los artículos 71 al 78 de la Ley de Procedimiento Administrativo, así como la normativa prevista en el Régimen de Sanciones establecido en el Decreto Supremo Nº 24469 en sus artículos 285 al 291, donde se prevé expresamente el concepto de reiteración como un concepto aplicable para la imposición de multas y sanciones pecuniarias, cuando exista una conducta reiterativa o en su caso con gravedad leve.

La AFP también en su impugnación indica lo siguiente: '...los principios que son de uso del Derecho Penal son extensibles y forman parte también del Derecho Administrativo Sancionador de manera matizada, es decir con adecuaciones al ámbito del Derecho Administrativo, no pudiendo realizarse una aplicación mecánica de los principios del Derecho Penal al Administrativo lo que implicaría un carácter supletorio...'. Al respecto, es importante tomar en cuenta lo expresado por la ex Superintendencia General del Sistema de Regulación Financiera SIREFI a través de la Resolución Jerárquica SG SIREFI RJ 50/2005 de 8 de diciembre de 2005, la cual refiere lo siguiente: '...los principios inspiradores punitivos del derecho penal son de aplicación a la materia administrativa, pero con un alcance desigual, puesto que si bien no se puede despojar al administrado u operador, de los derechos y garantías que le corresponden ante la Administra-

ción Pública por el desconocimiento de principios jurídicos básicos con el de legalidad, debido proceso, etc., pero, al mismo tiempo, tampoco se puede alentar el incumplimiento de obligaciones administrativas que tienen los operadores para con los usuarios o beneficiarios, resultantes de contratos, licitaciones o emergentes de la propia Ley que norma estas relaciones, al pretender una aplicación ortodoxa de los elementos del derecho penal'. En ese sentido, se concluye que las normas y principios administrativos que rigen la actividad administrativa de la AP, en ningún momento y bajo ningún concepto dieron lugar a una aplicación mecánica o supletoria del derecho Penal respecto al Administrativo como lo pretende hacer entender el regulado, por lo que si bien existen aspectos que vinculan al derecho punitivo por excelencia con el Administrativo, sin embargo, no es menos cierto que la interrelación de los mismos en algunos aspectos, han dado lugar a una nueva e independiente rama especializada del Derecho, denominada Derecho Penal Administrativo.

Con relación al Cargo Nº 3

La ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros sanciona el cargo imputado a Futuro de Bolivia S.A. AFP, debido a que no presentó a la Comisión Fiscalizadora la documentación requerida que respalda la regularización de tres (03) pagos cuyos defectos fueron regularizados de acuerdo a lo comunicado por la AFP a la SPVS, incumpliendo lo previsto en el artículo 3 punto ii de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 511 de 24 de junio de 2005.

Del análisis del Recurso de Revocatoria presentado por Futuro de Bolivia S.A. AFP y la documentación de desbloqueo adjunta, correspondiente a pagos con Defecto Operativo de los casos de los Beneficiarios Constancia Quispe Poma y María Rivadeneira Tamayo, se advierte que la AFP demuestra que cuenta con la documentación requerida para levantar el bloqueo. Por tanto, corresponderá que la sanción impuesta sea levantada en cuanto a estos dos casos.

Para el caso de la Beneficiaria Victoria García López, la AFP en su argumentación refiere lo siguiente: 'El trámite no fue observado por lo que no corresponde la presentación de documentación de regularización'. Al respecto, corresponde indicar que el pago del Bonosol 2007 fue efectuado en fecha 13 de septiembre de 2007, con comprobante de pago Formulario Único de Transacción – FML Nº 4159775, el cual figura como observado, requiriendo por norma la presentación de Certificado de Nacimiento y Certificado de Matrimonio.

En ese entendido, la AFP no adjunta el Certificado de Matrimonio correspondiente a la Sra. García, lo que constituye en Pago con Defecto Operativo, según lo establecido en el Artículo Primero de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 511 de 24 de junio de 2005, lo que es confirmado por Futuro de Bolivia AFP S.A. al reportar el mencionado Pago con Defecto Operativo en el archivo magnético 01191107.dpo en fecha 20 de noviembre de 2007, informando sobre la regularización del mencionado Pago con Defecto mediante nota FUT.SUP.BS. 3710/2007 de fecha 11 de diciembre de 2007; no considera que la documentación que respalda la regularización no fue presentada a la comisión fiscalizadora hasta ahora. Por lo expuesto, se ratifica la sanción impuesta para este caso.

Con relación al Cargo Nº 4

Futuro de Bolivia S.A. AFP, fue objeto de sanción en el presente cargo, debido a que no presentó a la Comisión Fiscalizadora la documentación requerida que respalda la regularización de cuatro (04) pagos realizados a extranjeros nacionalizados, consistentes en fotocopia legalizada de la Resolución Suprema o en su caso el documento legal probatorio de su nacionalización; infringiendo lo dispuesto en el artículo 10 de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004 de 20 de diciembre de 2002.

La AFP argumenta lo siguiente: 'De la lectura extensa de este artículo, fácilmente se puede concluir que si consideramos de forma aislada el párrafo segundo del citado artículo, su contexto cambia radicalmente, operando a lo que extensamente significa...'. Al respecto, el análisis interpretativo por la AFP respecto a la norma imputada, no condice exactamente con el hecho descrito en la notificación de cargos, debido a que la misma obliga a realizar la regularización de pagos de Bonosol a extranjeros con la documentación requerida, consistente en la Resolución Suprema o en su lugar el documento legal probatorio de su nacionalización.

Asimismo, de acuerdo al Anexo II de la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 511 de 24 de junio de 2005, Tabla de Clasificación de Defectos de Pagos, se establece la Clasificación con Código 070 cuya descripción de defecto es: 'No cuente con ninguno de los documentos adicionales de los registros que se encontraban con la marca de 'Observado' o registrados como extranjeros al momento de realizado el pago.'. En ese sentido, contradictorio a los argumentos utilizados para revocar el cargo, Futuro de Bolivia s.A. AFP reporta el pago Bonosol 2007 correspondiente al Beneficiario Josef Geisser Muller, como pago con Defecto Operativo con Clasificación 070, en el archivo magnético 01100308.dpo en fecha 03 de marzo de 2008, el mismo que no fue regularizado en ningún momento.

Por lo anteriormente expuesto, los argumentos de la AFP son insuficientes para revocar la sanción impuesta a los cuatro casos.

Con relación al Cargo Nº 5

La AFP fue sujeta a sanción al establecerse la existencia de once (11) pagos con error (pagos no regularizables), definidos en el artículo 6 de la Resolución Administrativa Nº 257 de 07 de junio de 2004, los mismos que están sujetos a proceso sancionatorio conforme al artículo 7 de la misma normativa.

Ahora bien, revisada la documentación enviada por la AFP y los argumentos expuestos en el Recurso de Revocatoria se establece que en el caso de pago de Bonosol correspondiente a la Sra. Guillermina Huarachi Choque, se adjunta boleta de pago Nº 39822942 en la que no se evidencia la firma ni la impresión digital de la Beneficiaria, por consecuencia de acuerdo al artículo 6 de la Resolución Administrativa Nº 257 de 07 de junio de 2004 constituye un Pago con Error; razón por la cual el presente caso la sanción debe ser ratificada.

En relación al caso de la Beneficiaria Jesusa Pinto Surcí, Futuro de Bolivia S.A. AFP no adjunta documentación alguna, resultando insuficiente la argumentación ofrecida al no comprobarse objetivamente lo aseverado; por tanto, se ratifica el cargo sancionado.

Con respecto a los casos correspondientes a los Sres. Paulina Mollo de Aruquipa, Elena Tórrez de Escalante, Porfirio Blanco Linares, Andrés Aliaga Luque, Isabel Mamani Antonio, Hilda Sierra de Silva, Dora Gutiérrez Suárez, Guillermo José Casas Adrián e Isidora Flores de Mamani; se subraya que la documentación de respaldo de pagos de Bonosol no fue presentada sino hasta la interposición del Recurso de Revocatoria; sin perjuicio de lo expresado, en atención al Principio de la Verdad Material la AP realizó la evaluación de los mismos, llegando a la conclusión de que son suficientes para levantar el cargo sancionado para estos nueve casos, por tanto corresponde modificarse el monto de la multa'(...)".

4. RECURSO JERÁRQUICO.-

Por memorial presentado el 22 de septiembre de 2009, FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES presentó Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNCNº 55.2009 de 24 de

agosto de 2009, notificada el 08 de septiembre de 2009, que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, en mérito a los siguientes fundamentos:

"I. <u>ANTECEDENTES:</u>

1. *Mediante nota SPVS-Nº 028.2009 de fecha 14 de enero de 2009, notificada a nuestra empresa el 27 de enero de 2009, la ex SPVS nos detallo la relación de cinco (5) cargos relacionados a la evaluación del Margen de Efectividad en el pago del Bonosol.*

2. *Con Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, notificada a nuestra institución en fecha 17 de marzo de 2009, el ente regulador (SPVS) sanciona a Futuro de Bolivia S.A. – AFP en los cinco (5) cargos correspondientes.*

3. *Dentro del plazo establecido en el Artículo 48 del Decreto Supremo Nº 27175 del 15 de septiembre del 2003 para el Sistema de Regulación Financiera, que tiene por objeto reglamentar la Ley Nº 2341 de 25 de abril de 2001 – Ley de Procedimiento Administrativo, interponemos Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa SPVS/IP/ Nº 092 de 26 de febrero de 2009, emitida por la Superintendencia de Pensiones Valores y Seguros ('SPVS') y notificada a nuestra institución en fecha 17 de marzo de 2009.*

4. *En fecha 27 de febrero de 2009 interpusimos el Recurso de Revocatoria contra la Resolución Administrativa 034/2009.*

5. *Con Resolución Administrativa AP/DPNC Nº 55.2009 de fecha 02 de septiembre de 2009 y notificada a la AFP en fecha 08 de septiembre de 2009, la AP resuelve confirmar parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009.*

Dentro del plazo establecido en el Art. 51, 52 y 53 del Decreto Supremo Nº 27175 del 15 de septiembre de 2003, interponemos el presente Recurso Jerárquico contra la Resolución Administrativa AP/DPNC Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009 emitida por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones (AP), que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 092/2009 de 26 de febrero de 2009, por no ajustarse a los requerimientos y condiciones que los expusimos en nuestro Recurso de Revocatoria planteado, de acuerdo a los siguientes términos:

II. FUNDAMENTO DE HECHO Y DE DERECHO

a) ***En relación al Cargo Nº 2.-*** *El fondo del presente cargo no guarda relación con la doctrina existente en cuanto a la concepción de Reincidencia y Reiteración, a tiempo de recordarnos que los recurso* (sic) *deben contener fundamentación debida y términos claros e inequívocos, en este sentido es importante reformular la exposición de argumentos en el fondo:*

- *En este sentido reiteramos los antecedentes mediante nota de Cargo SPVS Nº 028.2009, en su anexo II, que sirve de respaldo y fundamento para la sanción comprendida en el inciso b) del artículo 1º de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 092, que la infracción se habría efectuado por incumplimiento del párrafo segundo del artículo 8º de la Resolución Administrativa Nº 257/2004 de 7 de junio de 2004, además de haberse establecido por parte de la SPVS la calificación de una conducta* ***<u>reincidente</u>*** *por la AFP. En este cargo de acuerdo al Quinto Considerando de la*

R.A. 092, citando las Resolución (sic) *Administrativas de sanción IP Nº 268 de 14 de marzo de 2006, la Resolución Administrativa Nº 759 de 24 de septiembre de 2007 y la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 1089 de diciembre de 2007, sobre el inciso b) se refiere que en el caso comprendido en el cuadro siguiente, si se registra la observación realizada por la AFP además del reporte señalado por norma. En este punto se menciona en su parte Resolutiva inciso b) lo siguiente:. 'En relación al Cargo N2* (sic), *al haberse establecido que la conducta antijurídica es* ***reiterativa*** *se sanciona a Futuro de Bolivia...', demostrándose de esta forma el uso indistinto de ambos términos, este hecho es ratificado en la R.A. 55.2009 por la AP, cuando en el párrafo cuarto de la pagina 7 reitera al explicar '...constituyéndose de esta manera en* ***una conducta reiterativa, sinónimo de reincidencia,*** *al imputarse nuevamente...', los cuales de acuerdo a doctrina del Derecho Penal guardan diferente significado, 'Reincidencia es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa, y Reiteración es la circunstancia que puede ser agravante, derivada de anteriores condenas del reo por delitos de Índole diversa del que se juzga.' (Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales de Manuel Osorio), criterio encontrado también en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas:'Repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente, la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado. Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la misma sanción y la tendencia a la habitualidad.'*

Es decir, en la acepción común del término, la reincidencia opera sin que sea requisito el hecho que la persona haya sido sancionada con anterioridad, basta con que la persona cometa nuevamente falta para que se le tenga por reincidente. Circunstancia que se aparta de lo dispuesto en materia penal, tal como señala la doctrina en Derecho Penal, la reincidencia refiere a la situación determinada por la pluralidad de delitos sucesivos, concurrentes en una persona, todas ya juzgados se haya o no cumplido la pena. En consecuencia, se considera reincidente a la persona que comete un nuevo hecho punible, después de haber sido condenado por sentencia firme.

Cabe mencionar que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico en materia penal, hay reincidencia con la comisión de un nuevo delito existiendo sentencia ejecutoriada, además establece que dicha comisión será realizada dentro de cinco años de la sentencia (Art. 41º Ley 1768), en este sentido la Ley de Procedimiento Administrativo o normas conexas no comprenden este instituto jurídico (refiriéndonos a la reincidencia) menos establecen plazos y otros pormenores que reglamenten su aplicación.

La reiteración contiene otro significado que fue explicado anteriormente, que si bien se encuentra mencionada en el inciso b) del artículo 287 del Decreto Supremo N 24469 de 17 de enero de 1997, el cual para su aplicación no cuenta con la determinación de sus características, una vez que puede tornarse incluso en desproporcionada ya que no existe parámetros para su consideración, tal como ejemplo: debe determinar, que la consecución de un determinado numero de infracciones en un periodo a normar y que no cuente con sentencia ejecutoriada anterior, se comprenderá como conducta reiterativa, que servirá de agravante para efectos de la sanción a imponer.

Continuando en este razonamiento de Derecho, podemos afirmar que en la Resolución Administrativa es perceptible de ambigüedad en cuanto al uso de estos términos, este aspecto no condice con el principio de Congruencia que explica que '...El acto administrativo debe encontrarse acorde al principio de congruencia que en materia administrativa, implica que las resoluciones pronunciadas por la Administración, deben ser claras, precisas y coherentes respecto a las pretensiones que constituyen el objeto de la petición, debiendo guardar estrecha relación los hechos imputados y la resolución final. La motivación que contiene la resolución administrativa, respecto de la congruencia, debe guardar relación con el problema que se pretende resolver y de esta forma pueda el particular conocer a cabalidad el motivo de la decisión a que se arribe; y en caso de ser desfavorable, impugnarla ante autoridad competente. A través de la motivación, elemento objetivo del acto administrativo, la Administración deberá plasmar las razones de hecho y de derecho que la determinaron e indujeron a adoptar su decisión...'.

En la resolución se torna confuso si se esta considerando la reincidencia que no se encuentra comprendida en la normativa del sector de Pensiones o la reiteración que si se encuentra normada pero sin reglamentación en cuanto a su aplicación. Por lo que corresponde insistir en que la reincidencia debe configurarse de forma clara para su aplicación, debe establecer cuando y como exactamente deberá comprenderse como reincidencia, de que forma será sancionado en la graduación de la imposición de la sanción pecuniaria, aspecto no normados y que en el caso presente, la resolución administrativa enerva el romano II del artículo 73º de la Ley de Procedimiento Administrativo que explica que '...II. Solo podrán imponerse aquellas sanciones administrativas expresamente establecidas en las leyes y disposiciones reglamentarias', este aspecto implica además que la actuación de la extinta SPVS y la AP al confirmar dicha sanción, ha omitido también el sujetar sus actuaciones al Principio de Sometimiento Pleno a la ley expresado en el inciso c) del artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341, una vez que sanciona sin respaldo normativo por los motivos explicados líneas arriba, de este modo el inciso b) de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 092 se comprende viciada por la imposición de una sanción no normada que repercute para la AFP un entorno jurídico inseguro, ya que se desconoce cuales los parámetros utilizados para fijarse el monto pecuniario.

De forma conclusiva expresamos que el nexo que fuese extrañado por la entidad de regulación, no comprende que los argumentos en su estructura refieren una división en cuanto a los Cargos, los cuales cada uno guarda sus propias características y argumentos.

En este sentido en cuanto a las argumentaciones del presente cargo señalamos que comprende el uso indistinto de los términos e institutos del Derecho Penal que son aplicados en el Derecho Administrativa Sancionador el cual es denominado también en la Resolución emitida por la AP como Derecho Penal Administrativo, de manera indistinta por parte del regulador, que afectaría el fundamento del acto administrativo. Por lo que solicitamos sean considerados los argumentos de derecho con el objeto de revocar la sanción impuesta y sea emitida de acuerdo a norma.

1. *En relación al Cargo Nº 4.-* *En el presente cargo se ve por conveniente reiterar los argumentos que fueron efectuados en el Recurso de Revocatoria, una vez que consideramos que no fue entendida a cabalidad; dicha argumentación que reproducimos versaba en el siguiente sentido: Para un mejor análisis del Artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, citando de manera parcial el citado artículo, corresponde en ese sentido realizar la cita de manera completa:*

DECIMO.- (Procedimiento de Pago Observado). *En los casos en que el beneficiario **(1)** tenga el mismo numero de documento de identidad que otro, **(2)** o tenga un homónimo, o este **(3)** observado por la Intendencia de Pensiones el registro en la Base de Datos de los Beneficiarios del Bonosol presentaran la escritura **Observada**, en cuyo caso dicha persona deberá presentar, para que se efectivice, el pago, adicionalmente:*

Certificado de Nacimiento o Certificado de Bautizo, y
Certificado de Matrimonio, si es mujer registrada en la Base de Datos de los Beneficiarios del Bonosol como casada.

Los extranjeros nacionalizados deberán acreditar además la fecha de su nacionalización, que deberá ser anterior al 31 de diciembre de 1995, entregando fotocopia legalizada de la Resolución Suprema de Nacionalización y fotocopia del documento de identidad.

Si la Libreta del Servicio Militar no lleva fecha de nacimiento o fotografía, o tiene el numero de matricula de reclutamiento que no coincide con el de la Base de Datos de Beneficiarios del Bonosol, el beneficiario deberá actualizar su registro con el de su carnet de identidad, conforme al procedimiento de registro.

*El mismo procedimiento se deberá seguir en cualquier otro caso similar, en el que no coincidan exactamente los datos del documento de identidad y la Base de Beneficiarios del Bonosol (**Las negrillas y la numeración entre paréntesis del primer párrafo es nuestro).***

De la lectura realizada, se puede concluir, que considerado de forma aislada el párrafo segundo del citado artículo su contexto cambia radicalmente, operando de forma contraria, comenzando de la lectura del
nomen iuris y el párrafo primero del mismo se comprende que:

- *Que los trámites Observados deberán seguir el procedimiento de presentar la documentación que detalla posteriormente, pero recalquemos en este punto que estos pagos debieron estar primero observados, para cumplir con la norma solicitando al Beneficiario los documentos explicados líneas abajo en el referido artículo.*

- *Para que exista el carácter de 'observado' de un registro para el cumplimiento del pago de Bonosol, el artículo establece que el registro del beneficiario comprenda en la Base de Datos: 1) Que el beneficiario tenga un mismo numero de C.I. que otro beneficiario; 2) Que Tenga un Homónimo; 3) Que este registrado como observado por la Intendencia de Pensiones en la BDBB con la escritura 'Observado'.*

- *Dicha observación explica el mismo párrafo es realizada por la SPVS, dichas observaciones siguen posteriormente el curso de cualquier reclamo mediante el llenado*

de formulario siendo adjunta la documentación correspondiente (numeral 2.20 de la 'Guía Bonosol'), si no existe observación del pago, para dicho efecto se procede de acuerdo al artículo Tercero y Noveno de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004, en su operativa este tipo de tramites una vez que se encuentra registrado en el BDBB como 'observado' no se viabiliza el pago, instruyéndose al beneficiario en la entidad financiera se apersone a la AFP, iniciándose el correspondiente llenado de formulario, etc.

- *En el presente caso, reiteramos, ninguno de los casos cuenta con tal referente, habiéndose emitido el pago de acuerdo a normativa, tal como se especifica en detalle de acuerdo (*sic*) siguiente:*

Nº	NOMBRE	NUB	C.I.	RESPUESTA OBSERVACIONES
1	IBIS ALBA QUIROGA DE PAZ	7001637703	1990870	No presenta en la base de datos histórica, tramite alguno de reclamo por bloqueo de pago, lo que significa que no existía observación realizada por parte de la SPVS, no existe un homónimo o número de cedula idéntico al de otro beneficiario, causales establecidas en el artículo 10º de la R.A. 1004/2002 que se presentan al momento del cobro por lo que no existe razón para solicitar la documentación que se observa extrañada, la cedula de identidad refiere igualmente nacionalidad boliviana de acuerdo al art. 28º de la C.P.E. (Título V de la Nueva C.P.E.)
2	ANA PASSUELO DE ANNA	300109126	775571	Se entiende que el pago observado es el correspondiente al 05/09/2007, mismo que habría sido pagado correctamente, en vista de que el artículo 10 refiere la presentación de documentación complementaria en los casos de la existencia de homónimos, documento de identidad idéntico a otro beneficiario o de la existencia de observación por parte de la SPVS, en este caso tal observación no existe, inclusive existe un trámite de reclamo por bloqueo IAG de 29/08/2007, su cedula refiere nacionalidad boliviana según artículo 28 de la C.P.E. (Título V de la Nueva C.P.E.)
3	FRANCINE MARIE SIMONE	220577395	2046931	El caso no presenta alguna de las causales establecidas en el artículo 10º de la R.A. 1004, hecho por el cual no corresponde se realice habilitación de pago de la AFP, ni solicitud de documentación adicional, por lo que no corresponde regularización que fuese observada por la SPVS. La cedula de identidad de la beneficiaria establece nacionalidad Bélgica-Boliviana que data del 2005, por lo que si hubiese existido una observación anterior se hubiese tenido que regularizar con anterioridad, existiendo en el histórico simplemente trámite de actualización de fecha 29/08/2006 (Título V de la Nueva C.P.E.)
4	JOSEF GEISSER MULLER	900169603	397143	La papeleta de pago de igual forma que en los anteriores indica nacionalidad boliviana, en este caso el beneficiario tampoco presenta una de las causales establecidas en el artículo 10º de la R.A. 1004 supuestamente incumplido, por tanto al momento del cobro no se encontraba observado y o (sic) correspondía la solicitud de documentación adicional (Título V de la Nueva C.P.E.)

- *En la resolución de confirmación la Autoridad de Regulación y Fiscalización refiere el caso del señor Josef Geisser Muller, pago que muestra reporte con Defecto Operativo con Clasificación IAO 070, cuyo archivo fue remitido en fecha 03 de marzo de 2008; dicho caso que sirve como ejemplo en el presente cargo como fundamento para desvirtuar los argumentos de la AFP y debe notarse que no refiere los otros tres casos correspondientes a los beneficiarios Ibis Alba Quiroga de Paz con C.I.1990870, Ana Passuelo de Anna con C..I. 775171 y Francine Marie Simona con C.I. 2046931, estos tres casos en primer lugar no presentan ninguna observación en sus pagos ni antes ni después de la gestión 2007, por lo que no corresponde de ninguna forma la supuesta infracción que fuese sancionada por la ex SPVS; en el caso del señor Geisser no comprende la AP en su evaluación, que el citado bloqueo preventivo IAO es efectuado en el pago de la gestión 2007 (29/12/207* (sic)), *el cual fue efectuado e informado correctamente de acuerdo a normativa por la AFP, hecho que es respaldado por la misma resolución de confirmación emitido*(a) *por la entidad de regulación (Pág. 9 párrafo segundo al cargo 4. La AP no considera que este bloqueo deberá ser regularizado o reclamado por el beneficiario para los cobros de Renta Dignidad a los cuales no podría acceder mientras no regularice la citada* ***Observación,*** *dicho reclamo pudo ser atendido por la AFP solo hasta el 30 de junio de 2008 de acuerdo a Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 210 de fecha 29 de febrero de 2008 que reglamenta el D.S. 29400 de 29 de diciembre de 2007 y D.S. 29424 de 17 de enero de 2008.*

Por los antecedentes citados, no existe para la sanción de estos casos que comprenden infracción al artículo Décimo de la Resolución Administrativa Nº 1004 de 20 de diciembre de 2002, contraviniendo el romano I del artículo 73º de la Ley de Procedimiento Administrativo Nº 2341 que expresa el Principio de Tipicidad, las acciones presuntamente efectuadas u omitidas por la AFP son inexistentes, de igual forma no existe norma que respalde la pretendida infracción, hecho por el cual solicitamos sea desestimada la sanción impuesta.

PETITORIO.

Por lo expuesto, solicitamos que la autoridad remitir el presente recurso ante la autoridad competente, para que sea esta institución quien, en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico proceda a dictar la correspondiente Resolución revocando la Resolución Administrativa Nº 55.2009 que confirma parcialmente la Resolución Administrativa SPVS/IP Nº 092 de 26 de febrero de 2009, en virtud a los argumentos legales señalados en el presente Recurso Jerárquico, así como los justificativos y descargos presentados y ampliamente detallados en el Recurso de Revocatoria anteriormente interpuesto, en razón a que nuestra impugnación goza de todo respaldo legal y vigente.' (...)"

5. **EXPOSICIÓN ORAL DE FUNDAMENTOS.-**

El 28 de octubre de 2009, cumpliendo lo establecido en el artículo 58 del Decreto Supremo Nº 27175 y atendiendo la solicitud del recurrente se llevó a cabo la Audiencia de Exposición Oral de Fundamentos, en la que FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES ratificó todos los argumentos contenidos en su Recurso Jerárquico.

CONSIDERANDO:

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

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

1. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA.-

1.1. Relación de Agravios presentados.-

De lo manifestado por el recurrente en el Recurso Jerárquico, se desprenden los siguientes fundamentos:

a) Para el cargo Nº 2 la Resolución impugnada utiliza como sinónimos los términos de reincidencia y reiteración tornándola confusa, aspecto que condice con el principio de congruencia.
b) Para el cargo Nº 4 la entidad de regulación hace una lectura incompleta del contenido del artículo 10 de la Resolución Administrativa Nº 1004/2002, toda vez que la solicitud de documentación complementaria procede únicamente para los casos observados y se pretende sancionar por no haber solicitado a beneficiarios extranjeros la Resolución de Naturalización sin haber sido previamente observados.

1.1.1. Sobre la Reiteración / Reincidencia

Según el Diccionario de sinónimos y antónimos © 2005 Espasa-Calpe **REITERACIÓN** es la repetición de una cosa que se ha dicho o ejecutado antes. Palabra que tiene los siguientes sinónimos: **REINCIDENCIA,** repetición, insistencia, ratificación, redundancia, recaída y reproducción.

Según lo transcrito, debiera considerarse que reiteración y reincidencia comparten una misma acepción.

Sin embargo, a efectos de adquirir una cabal comprensión sobre estos términos, se hace necesario ahondar en el tema acudiendo al auxilio de la doctrina, sobre los criterios de graduación, y así determinar la legalidad de la aplicación de la sanción y las agravantes impuestas a la conducta del regulado.

Desde la comprobación de los hechos que constituyen el ilícito administrativo hasta la imposición de una sanción concreta existen determinadas etapas. Como dice Nieto García (Derecho Administrativo Sancionador, 4ª ed. Tecnos Madrid 2005, p. 317) "*La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción. b) Subsunción del tipo en una clase de infracción. c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción. d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase. Estas fases, son la tipificación, la calificación, la graduación y la cuantificación",* interesando al tema de análisis los dos últimos.

Siguiendo a Juan Manuel Sánchez-Terán (Los Criterios de Graduación, Ed. Lex Nova S.A. Valladolid 2007, p. 322) "*...existe una serie de instituciones que se caracterizan por constituir la reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado.*

La reincidencia, tiene su origen en el Derecho Penal, y figura en todos los Códigos Penales como una de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, pasando al Derecho Administrativo Sancionador con el mismo sentido respecto a la responsabilidad administrativa.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito, siempre que sea de la misma naturaleza".

Entonces serán elementos constitutivos de la reincidencia:

i. La concurrencia con otra infracción de la misma naturaleza cometida con anterioridad por el mismo sujeto responsable.
ii. La necesidad de que la previa Resolución Sancionatoria haya alcanzado firmeza en sede administrativa.

Es claro que, de no coexistir ambas condiciones no es posible, jurídicamente, predicar la reincidencia de una infracción en el orden administrativo.

A diferencia de la reiteración que se analizará en este apartado, la reincidencia no ha sido recogida, con dicho denominativo, en la economía jurídica administrativa ni regulatoria nacional por lo que no cuenta con una definición propia.

Continuando con Juan Manuel Sánchez-Terán, "*La **Reiteración,** se limita a calificar como elemento agravante de la conducta infractora la "reiteración en las conductas prohibidas", siendo necesario para otorgar relevancia jurídica a tal reiteración que la misma exista en cuanto las conductas en las que encuentra su base han de haber quedado establecidas ya de forma definitiva, esto es, por resolución firme".*

Entonces serán elementos constitutivos de la reiteración:

i. La reiteración de conductas prohibidas en la ley y normas conexas (infracciones de la misma o distinta naturaleza)
ii. La existencia de resolución administrativa firme de hechos sancionados con anterioridad a la comisión de la nueva infracción.

Puede apreciarse de lo analizado que, la diferencia existente entre ambos institutos es bastante sutil, aunque el fin de ambas es servir de agravante a las conductas infractoras.

En el caso concreto, el artículo 287 del Decreto Supremo Nº 24469 de 17 de enero de 1997, Reglamento a la Ley de Pensiones, establece en el inciso b) que: "*Las sanciones que se aplicarán, por la Superintendencia, variarán desde una amonestación hasta la cancelación del registro y revocatoria de la autorización, según la gravedad de la infracción, acción u omisión de acuerdo a lo siguiente: (...) b) Multas y sanciones pecuniarias, establecidas en su monto por la Superintendencia, para conductas **'reiterativas'** de lo anterior y para infracciones, actos u omisiones con gravedad leve o media"*

Efectivamente y como lo expresa el regulado en el Recurso de Revocatoria "*...la resolución se torna confusa si se está considerando la reincidencia que no se encuentra comprendida en la normativa del sector de Pensiones...*", no obstante debe resaltarse que el **espíritu de la norma** y la intención que tuvo el legislador, su autor, a momento de emitir la norma y acoger el término de reiteración fue el de establecer un elemento agravante de las conductas infractoras de una misma naturaleza.

En aplicación de la doctrina expuesta resulta evidente, a juicio de esta instancia, que la ponderación realizada al respecto por la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones, debe mantenerse, máxime si, como es el caso, Futuro de Bolivia S.A. AFP, fue sancionada por hechos de la misma naturaleza (Artículo 8 parágrafo segundo de la R.A. 257/2004) mediante Resoluciones Administrativas 268/2006, 759/2007 y 1089/2007.

Finalmente, el argumento expuesto por la entidad recurrente de que: "*...la reiteración si se encuentra normada pero sin reglamentación en cuanto a su aplicación...*" y que: "*debe establecerse cómo exactamente deberá comprenderse, de qué forma será sancionado en la graduación de la imposición de la sanción pecuniaria...",* constituye un argumento subjetivo que carece de objetividad y consiguientemente no puede ser considerado en la presente resolución, pues no es competencia de este Órgano de Estado ingresar a discutir sobre la pertinencia o no de la solicitada reglamentación. Debiendo además señalarse que la facultad de regulación y supervisión están reservados para el ente regulador y para el Estado y no así para los regulados quienes están constreñidos al cumplimiento de las normas.

1.1.2. Sobre la documentación complementaria en caso de beneficiarios extranjeros.-

Las AFP's, según versa del artículo Primero de la Resolución Administrativa-SPVS-P Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, en concordancia con el artículo 6 de la Ley del BONOSOL de fecha 28 de noviembre de 2002, recibieron la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL de la Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros.

Con dicha Base de Datos procedieron al pago del beneficio a favor de todos los **ciudadanos bolivianos** residentes en el territorio nacional que hubieren cumplido veintiún años al 31 de diciembre de 1995, siendo su responsabilidad adoptar las previsiones necesarias para la prestación adecuada del servicio y la comprobación de que el pago fue efectuado correctamente, conforme lo determina la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002.

Considerando que la Base de Datos proporcionada por la Ex SPVS no está discriminada entre, beneficiarios bolivianos de origen y extranjeros naturalizados voluntariamente o que hubieran adquirido la nacionalidad boliviana por matrimonio, la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002 establece que las AFP's tienen la obligación de comprobar que el pago fue correctamente efectuado (inc. d Art. Cuarto), así como seguir el procedimiento de pago de BONOSOL, establecido en el Capítulo IV de la citada Resolución Administrativa, tanto para el pago normal (Artículo Noveno) como el de pago observado (Artículo Décimo).

En cuanto al pago observado descrito en el Artículo Décimo de la precitada Resolución Administrativa, texto ordenado, la norma determina tres tipos claramente identificados:

- Los casos en que el Beneficiario tenga el mismo número de documento de identidad que otro, o tenga homónimo, o esté observado por la Intendencia de Pensiones en cuyo caso la Base de Datos de los Beneficiarios del BONOSOL, mostrarán que los registros cuentan con estado "observado".
- Corresponde a extranjeros nacionalizados, quienes deben acreditar su fecha de nacionalización sea anterior al 31 de diciembre de 1995, sea a través de la fotocopia legalizada de la Resolución Suprema de Nacionalización u otro documento que acredita tal situación.
- El tercer caso corresponde a casos en los que se detecte que la Libreta de Servicio Militar no lleva fecha de nacimiento o fotografía, o tiene el número de matrícula de reclutamiento que no coincide con el de la Base de Datos de Beneficiarios de BONOSOL, en cuyo caso, el Beneficiario se encuentra obligado a actualizar su registro.

La norma regulatoria en análisis, a su vez, permite la existencia de otros casos similares, determinando que se seguirá el mismo procedimiento cuando no coincidan exactamente los datos del documento de identidad y la Base de Datos de Beneficiarios del BONOSOL.

Por lo tanto, queda claro, que realizando una lectura teleológica y sistemática de la norma, no podemos llegar a la conclusión a la que arriba la Administradora de Fondos de Pensiones, hoy recurrente, toda vez, que la regulación no permite tal confusión, debido fundamentalmente a tres razones de orden estrictamente legal, mismas que se pasan a exponer:

- La primera de ellas, es la obligación de la AFP de pagar correctamente el Beneficio del BONOSOL, donde no puede pasarse por alto aquellos extranjeros, que no tenían la calidad de ciudadanos bolivianos al 31 de diciembre de 1995.

- La segunda razón, es que el Capítulo IV de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002, claramente diferencia el procedimiento que se sigue, para aquellos casos en los que el pago debe recabarse mayor documentación a la del pago normal, donde se establece que para los casos de extranjeros, como se vio, el Beneficiario a tiempo del pago debe presentar adicionalmente documentación que acredite que el mismo tiene derecho al beneficio del BONOSOL. Este requisito, no puede asimilarlo al que pretende el recurrente, debido a que el caso de tener el mismo número de documento de identidad, o tener homónimo, o estar observado por la entonces Autoridad Fiscalizadora, no restringe que el Beneficiario presente el documento que acredite que ha adquirido la nacionalidad boliviana antes del 31 de diciembre de 1995, caso contrario, lo que sucede, es a tiempo de la revisión del pago ex post, el mismo sea considerado **como un pago con defecto.**

- La tercera razón, es que, en el supuesto que la AFP no pague correctamente y no tuviera los controles necesarios a tiempo del pago (más allá de perjudicarse la AFP para la determinación del margen de efectividad), la AFP en la revisión ex post, a la que se encuentra obligada, hubiere encontrado que se canceló el BONOSOL, en favor de un Beneficiario extranjero nacionalizado residente en Bolivia, sin la documentación requerida para el efecto, generando un pago con defecto y estaría obligada a solicitar documentación adicional (Fotocopia legalizada de Resolución Suprema de Nacionalización o documento legal probatorio **y fotocopia del documento de identidad**) que acredite que la fecha de adquisición de la nacionalidad boliviana es anterior al 31 de diciembre de 1995, debiendo a su vez proceder al bloqueo IAO. Ahora bien, la regularización del detectado o no pago con defecto, se realiza conforme la normativa aplicable al caso, cual es la Resolución Administrativa SPVS-IP No. 511 de 24 de junio de 2005 (RA 511/2005), que modifica y amplia la Resolución Administrativa SPVS No. 257 de 7 de junio de 2004 y no así basados en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002. Por lo que queda claro, que existe un procedimiento para cada momento del pago, uno es a tiempo del pago mismo, y el otro es posterior y corresponde a la regularización.

Del procedimiento analizado *supra* y aplicado al caso concreto se puede concluir lo siguiente:

a) La obligación de contar con toda la documentación de respaldo para el pago del BONOSOL, a extranjeros nacionalizados, está establecida en la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002 de 20 de diciembre de 2002 y no es requisito *sine quanon*, como lo afirma el recurrente de "que estos casos debieron, previamente, estar observados".

b) De la prueba cursante a fs. 81 a 100 del expediente administrativo, se constata que ninguno de los 4 casos cuenta con fotocopias legalizadas de la Resolución Suprema de Nacionalización o documento legal probatorio, únicamente se adjuntan las fotocopias de cédulas de identidad en las que claramente se establece que son **Bolivianos por imperio del artículo 38 de la Constitución Política del Estado,** situación que obligaba a la AFP a tiempo del pago a recabar la documentación adicional que acreditaba la fecha de nacionalización, a efectos de determinar si le correspondía o no el pago.
Esta situación debió llamar la atención del cajero de la entidad financiera a quien el recurrente, bajo su entera responsabilidad, ha contratado.

c) De los 4 casos, por los que se imputó el cargo Nº 4 y que la AFP debió haber bloqueado preventivamente con AIO para que la Intendencia de Pensiones lo registre como OBSERVADO, conforme manda el artículo Décimo de la Resolución Administrativa SPVS-IP Nº 1004/2002, sólo el caso del señor Josef Geisser Muller fue reportado por la AFP **con defecto operativo**, como lo menciona el recurrente en su memorial al decir "*...pago que muestra reporte con Defecto Operativo con Clasificación IAO 070, cuyo archivo fue remitido en fecha 03 de marzo de 2008* (a la Ex SPVS)*...".*
Esta situación, a su vez nos permite confirmar que la AFP al determinar la existencia de un pago con defecto, está reconociendo, que el pago fue mal realizado, es decir no cuenta con la documentación adicional requerido para el efecto.

Que, la entidad recurrente no ha manifestado agravios respecto a los cargos 1, 3 y 5, por lo que esta instancia jerárquica considera que no le irroga perjuicio, sea en el fondo, sea en las sanciones impuestas, postura que, por sí sola, basta para ahorrar mayores consideraciones de orden jurídico y concluir por su confirmación.

CONSIDERANDO:

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

POR TANTO:

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

RESUELVE:

ARTÍCULO ÚNICO.- CONFIRMAR TOTALMENTE la Resolución Administrativa AP Nº 55.2009 de 02 de septiembre de 2009, que en Recurso de Revocatoria confirmó parcialmente la Resolución Administrativa/SPVS/IP Nº 092 de 26 febrero de 2009.

Regístrese, notifíquese y archívese.

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

Ministerio de
ECONOMÍA
Y
FINANZAS PÚBLICAS
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

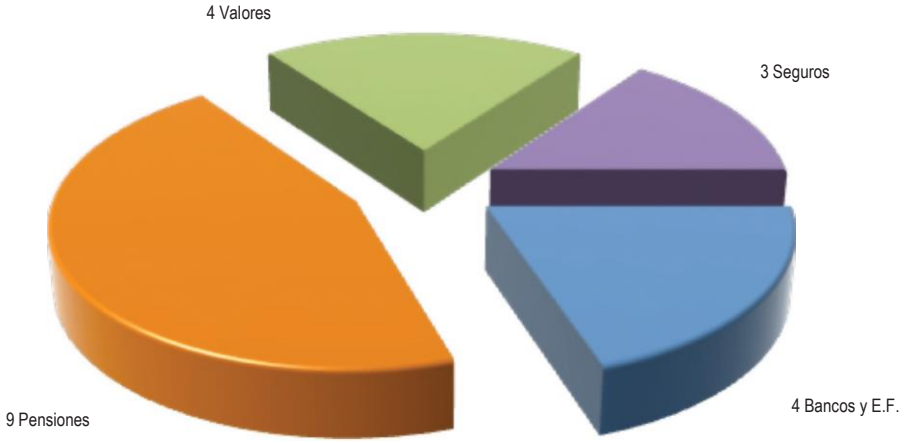
ESTADÍSTICAS

RECURSOS JERÁRQUICOS PRESENTADOS ANTE EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS
VICEMINISTERIO DE PENSIONES Y SERVICIOS FINANCIEROS - UNIDAD DE RECURSOS JERÁRQUICOS DEL SISTEMA DE REGULACIÓN FINANCIERA - GESTIÓN 2009

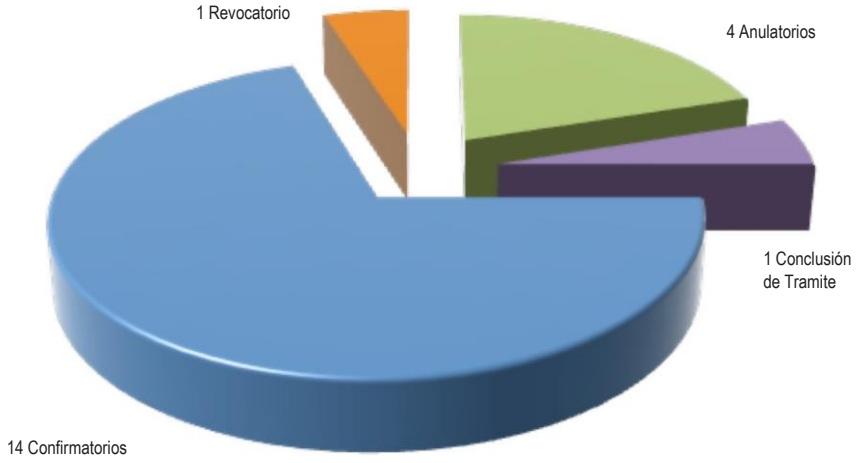
Nº	Entidad Recurrida	Recurrente	Resolución Ministerial Jerárquica	Fecha	Resolución
001	EX - SBEF	BANCO MERCANTIL SANTA CRUZ S.A., BANCO ECONÓMICO S.A., BANCO BISA S.A., BANCO NACIONAL DE BOLIVIA S.A., BANCO DE CREDITO DE BOLIVIA S.A., BANCO LOS ANDES PROCREDIT S.A. Y BANCO GANADERO S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 001/2009	09.09.2009	CONCLUIDO POR EXTINCIÓN DE SU OBJETO Y CAUSA
002	EX - SBEF	FONDO FINANCIERO PRIVADO PARA EL FOMENTO A LAS INICIATIVAS ECONOMICAS FFP-FIE S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO PRODEM S.A., FONDO FINANCIERO PRIVADO FASSIL S.A., ECO FUTURO FFP S.A. Y FORTALEZA FONDO FINANCIERO PRIVADO FFP S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 002/2009	09.09.2009	CONFIRMA PARCIALMENTE Y DECLARA CONCLUIDA LA IMPUGNACIÓN INTERPUESTA AL ART. 7, SECC I, DEL REG. DE TASAS DE INTERES
003	EX - SPVS	BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 003/2009	14.09.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
004	EX - SPVS	CALIFICADORA DE RIESGO PACIFIC CREDIT RATING S.A. (PCR)	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 004/2009	14.09.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
005	EX - SPVS	BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 005/2009	19.10.2009	CONFIRMA PARCIALMENTE
006	EX - SPVS	BBVA PREVISIÓN ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 006/2009	19.10.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
007	EX - SPVS	ENTIDAD ENCARGADA DE CALIFICAR (EEC) A.C.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 007/2009	22.10.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
008	EX - SPVS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 008/2009	22.10.2009	REVOCA TOTALMENTE
009	EX - SPVS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 009/2009	23.10.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
010	EX - SPVS	ALIANZA VIDA SEGUROS Y REASEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 010/2009	23.10.2009	ANULA
011	EX - SPVS	FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 011/2009	03.11.2009	CONFIRMA PARCIALMENTE
012	ASFI	ALIANZA SEGUROS Y REASEGUROS S.A. E.M.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 012/2009	20.11.2009	ANULA
013	ASFI	NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 013/2009	27.11.2009	CONFIRMA PARCIALMENTE
014	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 014/2009	27.11.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
015	EX - SBEF	JULIO HUMBERTO VALENZUELA GONZÁLES "JUVALGO LTDA."	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 015/2009	30.11.2009	ANULA
016	ASFI	BANCO BISA S.A.; SUDAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN SRL	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 016/2009	30.11.2009	ANULA
017	AP	NAFIBO SOCIEDAD DE TITULARIZACIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 017/2009	30.11.2009	CONFIRMA PARCIALMENTE
018	EX - SPVS	CONSULTORES DE SEGUROS S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 018/2009	30.11.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
019	EX - SPVS	CREDIFONDO SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE INVERSIÓN S.A.	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 019/2009	04.12.2009	CONFIRMA TOTALMENTE
020	AP	FUTURO DE BOLIVIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES	MEFP/VPSF/URJ–SIREFI 020/2009	17.12.2009	CONFIRMA TOTALMENTE

EX - SBEF: Ex Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras
EX - SPVS: Ex Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros
AP : Autoridad de Fiscalización y Control Social de Pensiones
ASFI: Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero

RECURSOS JERÁRQUICOS POR SECTOR RESUELTOS POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS - GESTIÓN 2009

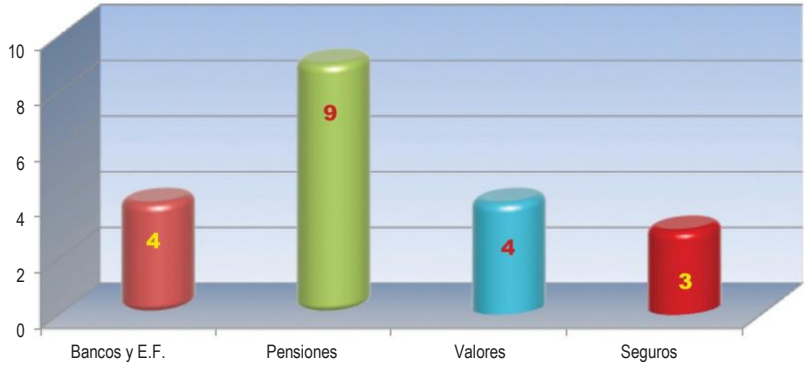
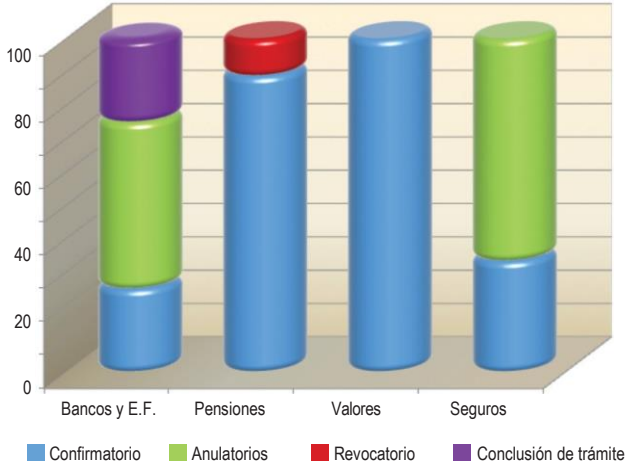


TIPO DE FALLOS DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS - GESTIÓN 2009



TIPOS	Bancos y Entidades Financieras	Pensiones	Valores	Seguros	TOTAL
CONFIRMATORIOS	1	8	4	1	**14**
REVOCATORIO		1			**1**
ANULATORIOS	2			2	**4**
CONCLUSION DE TRÁMITE	1				**1**
TOTAL	**4**	**9**	**4**	**3**	**20**

RECURSOS JERÁRQUICOS RESUELTOS POR TIPO DE MERCADO
GESTIÓN 2009



RECURSOS JERARQUICOS RESUELTOS
POR SECTOR Y TIPO DE FALLO - 2009