



La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las once horas treinta minutos del día doce de agosto de dos mil dieciséis, pronunciada por el Comité de Apelaciones, en el recurso de apelación con referencia CA-02-2016, promovido por Servicios de Vigilancia Cuscatleca, Sociedad Anónima de Capital Variable, por medio de su representante legal, señor Luis Herber Castaneda Somoza, y que literalmente dice:

CA-02-2016

**COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO:** San Salvador, a las once horas con treinta minutos del día doce de agosto de dos mil dieciséis.

Por agregado el escrito mediante el cual el señor Superintendente del Sistema Financiero (en adelante el Superintendente) emite opinión sobre el presente recurso de apelación, presentado el día dos del corriente mes y año.

Visto en apelación el acto pronunciado por el Superintendente del Sistema Financiero, a las once horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de marzo del presente año, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-82-2013, promovido contra la sociedad **SERVICIOS DE VIGILANCIA CUSCATLECA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE**, que se abrevia **SERVIC., S.A. DE C.V.**, en el cual, entre otros puntos, impuso las siguientes sanciones: a) Multa de un mil cuatrocientos sesenta y tres dólares con sesenta y cuatro centavos (US\$ 1,463.64) por incumplimientos de la obligación de declarar las cotizaciones de sus trabajadores, conforme ordena el art. 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (en adelante, LSAP), conducta tipificada como infracción en el art. 159 de la misma ley; b) Multa de ochocientos veintiocho dólares con sesenta y tres centavos (US\$ 828.63) más los recargos moratorios de cuatro mil cuatrocientos ochenta y ocho dólares con cuarenta y un centavos (US\$ 4,488.41) por incumplir con la obligación de pagar las cotizaciones de sus trabajadores, conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y 19 de la LSAP, conductas tipificadas como infracciones en el art. 161 número 1 de la referida ley.

**Y CONSIDERANDO:**

I. Que la sociedad apelante por medio de su representante legal, señor **LUIS HERBER CASTANEDA SOMOZA**, expresó no estar de acuerdo con la resolución impugnada porque las multas se han impuesto con base a parámetros vagos y discrecionales, ya que la Administradora de Fondos de Pensiones Confla (en adelante AFP Confla) no proporcionó a la Superintendencia del Sistema Financiero (en adelante SSF) la información correcta y veraz que le sirviera de base para tal efecto. Que al no establecerse de forma clara y precisa los períodos o meses que supuestamente no han sido declarados y no pagados, la resolución recurrida carece de motivación. Sobre esto último, señala que en

el romano V) de la resolución, se consigna que según memorándum "ISP-OP-10/2014" su representada reporta mora en el pago de cotizaciones previsionales, por los siguientes montos y conceptos: Mora por declaración y no pago de cotizaciones previsionales, la suma de US\$16,260.46, por los mismos períodos de devengue a los inicialmente considerados para el inicio del presente procedimiento sancionador. Expone la apelante que dicho cálculo es la base para establecer la mora, refiriéndose únicamente "a los conceptos y períodos de devengue por los que se ordenó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador". En su opinión, se trata de conceptos inciertos y falsos, ya que si se refiere a los períodos mencionados al inicio de la resolución, esos mismos ya fueron declarados; por lo cual, no existe la infracción de no declaración y no pago, según copia de planillas de cotizaciones previsionales que adjuntó al escrito de apelación. Arguye entonces que, previo a la emisión del acto impugnado, AFP Confla debió establecer cálculos reales; de lo contrario, no era posible establecer una multa ya que ésta corresponde a un porcentaje del total de la mora real.

Por otro lado, aduce que en la resolución cuestionada se ordena a AFP Confla que cobre judicialmente a la apelante la mora, por lo que dicha entidad ha solicitado realizar el proceso de depuración, pero no especifica fechas ni gestor encargado; situación que, a su juicio, confirma lo antes expuesto, ya que si se ordena un cobro judicial éste debe ser con base a datos reales y no inciertos o falsos.

Finalmente, expone que con la resolución que impugna se ha violado el principio de legalidad, ya que se debió fundamentar en la valoración de pruebas y no calcular una sanción basada en un monto presunto; violándose, además, el principio del debido proceso al no tomarse en consideración los períodos ya declarados según la documentación que adjunta.

II. Mediante resolución pronunciada por este Comité a las once horas quince minutos del dos de junio de este año, se dio intervención al señor LUIS HERBER CASTANEDA SOMOZA en carácter de representante legal de SERVIC., S.A. DE C.V., se admitió el recurso de apelación interpuesto, se suspendieron los efectos del acto impugnado y se tuvo por agregada la documentación presentada como prueba.

En esa misma resolución, se requirió a AFP Confla el historial de declaraciones y pagos de cotizaciones efectuadas por la sociedad apelante, la cual debía contener: la fecha



de presentación de la declaración, la fecha de pago, el monto total a declarar, el monto total declarado, el monto pagado, el monto pendiente de pagar, los intereses más la rentabilidad dejada de percibir y la cantidad de afiliados, según sea el caso. Asimismo, el nombre de los trabajadores que no fueron declarados en el plazo legal, estableciendo para tal efecto los periodos de las últimas cotizaciones declaradas de dichos empleados y determinar en qué periodo se produjo el incumplimiento de declarar las cotizaciones de los mismos, todo esto según los tipos de mora y periodos que se le han atribuido a la sociedad apelante, según el siguiente detalle: i) Mora por no declaración y no pago: periodos de devengue de junio de 2003 a mayo de 2006; de diciembre de 2006 a julio de 2008; de marzo de 2009 a marzo de 2011; de septiembre de 2011; enero, febrero, abril, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012; y de enero a septiembre de 2013 y ii) Mora por declaración y no pago: periodos de devengue de enero, febrero, mayo, junio, julio, agosto y octubre de 2002; de julio de 2005 a mayo de 2006; de marzo de 2007 a marzo de 2008; mayo y noviembre de 2008; de febrero de 2009 a febrero de 2010; de abril de 2010 a febrero de 2011.

Por medio de escrito presentado el veinte de junio del corriente año, AFP Confía, S.A. respondió al requerimiento de información antes relacionado para lo que adjuntó un disco compacto conteniendo información del historial de declaraciones y mora previsional de SERVIC, S.A. de C.V. Sin embargo, en la nota enviada no se hizo relación alguna al disco compacto que, además, no contempla los montos globales correspondientes a los tipos de mora previsional de la mencionada sociedad.

Mediante auto de las catorce horas con treinta minutos del veintitrés de junio del año en curso, se previno a AFP Confía, S.A. para que proporcionara por escrito la información solicitada debidamente acreditada, todo para garantizar la transparencia de los datos que serían hechos del conocimiento de la apelante y del señor Superintendente. La información fue proporcionada mediante escrito de folio 194, la cual se hizo del conocimiento a la sociedad apelante y al Superintendente, mediante auto de las once horas treinta minutos del cuatro de julio de este año, a efecto de que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran al respecto. No obstante, ninguno emitió opinión sobre la información obtenida.

III. Finalmente, en auto de las catorce horas treinta minutos del catorce de julio del presente año, se mandó a oír al señor Superintendente de conformidad con el art. 67 inc. 4º

RECIBIDO  
DIRECCIÓN DE ASUNTOS  
JURÍDICOS  
Superintendencia del Sistema Financiero

<input checked="" type="checkbox"/>	Original
<input type="checkbox"/>	Fotocopia
<input type="checkbox"/>	Fax
<input type="checkbox"/>	Correo electrónico

Fecha: 16/8/16 Hora: 3:30 PM

Firma: María Ángela Orellana

LSRSF, para que, de estimarlo conveniente, se manifestara acerca de lo expuesto por la apelante en su escrito, así como sobre la información adjunta al mismo. Dicho traslado fue respondido mediante escrito de folios 239 a 240, en el cual, en síntesis manifestó:

Sobre la mora por declaración y no pago, precisó que ésta fue revelada mediante el informe ISP-384/2013. Que durante el procedimiento sancionador, la sociedad apelante presentó un estado de cuentas para empleadores (folios 36 al 39 del expediente sancionador) con el que se confirmó su insolvencia frente al fondo de pensiones y se tuvo por confesada la infracción. En cuanto a la mora por no declaración y no pago, expresó, que según el estado de cuenta para empleadores (folios 39 al 54 del expediente sancionador) la sociedad SERVIC, S.A. de C.V. presenta mora por no haber declarado en períodos específicos y respecto a afiliados bien determinados; y, que dichos períodos coinciden con los que han sido objeto de sanción. Por tanto, se desvirtúa la supuesta indeterminación alegada.

Que en el procedimiento sancionatorio se incorporaron los elementos de prueba para desvanecer la presunción de inocencia de la apelante, al quedar demostrada su responsabilidad respecto a las infracciones atribuidas; mientras que la infractora no presentó ninguna prueba de descargo respecto a los tipos de mora que le fueron determinados. Que en la aplicación de las multas, no existe discrecionalidad, ya que la misma LSAP establece las sanciones en función de la mora previsional que se compruebe al patrono; por lo cual, resulta inadmisibile la supuesta discrecionalidad alegada.

Finalmente, el Superintendente señala que, de la simple revisión del expediente sancionatorio, permite apreciar que en su tramitación se respetaron las garantías de audiencia y defensa del empleador, quien tuvo la oportunidad procesal de aportar alegatos y prueba. Además, que el acto impugnado está debidamente motivado, en el cual se expresa la normativa pertinente y los elementos de convicción para tener por probadas las infracciones sancionadas.

Habiéndose concluido con los trámites en el presente recurso de apelación, se procede a emitir la resolución final respectiva.

IV. El acto objeto del presente recurso de apelación es el descrito al inicio de esta resolución, mediante el cual se sancionó a la sociedad SERVIC, S.A. de C.V., con multas y recargos moratorios por el cometimiento de las infracciones previstas en los arts. 159 letra



a) y 161 No. 1 de la LSAP, respecto de los períodos detallados en el memorando número ISP-384/2013 y sus anexos, el cual motivó el inicio de oficio del procedimiento administrativo sancionador PAS-82-2013.

Por tratarse el presente caso de la aplicación de multas por incumplimientos de las obligaciones de declaración y pago de cotizaciones previsionales cometidos en períodos de devengue no consecutivos de junio de 2003 a septiembre de 2013, previo a pronunciarse sobre los señalamientos expuestos por la apelante, este Comité estima oportuno hacer algunas acotaciones sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública, a efecto de determinar si en el caso objeto de estudio, dicha potestad se ha ejercido dentro de los parámetros que la Constitución y la ley indican.

*1) Sobre el ejercicio de la potestad sancionatoria en el tiempo. Prescripción de las infracciones previstas en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP).*

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que, si bien la Administración tiene la facultad constitucional para ejercer el *ius puniendi* del Estado, esta capacidad está limitada por la sujeción a la ley (principio de legalidad en su vertiente positiva, art. 86 inc. final de la Constitución); es decir, para que el despliegue de tal control coercitivo sea jurídicamente eficaz, es necesario que los hechos ventilados se encuentren tipificados como un ilícito y que el accionar de la Administración se realice en el momento oportuno (sentencia de las ocho horas cincuenta y nueve minutos del diecinueve de junio de dos mil catorce, en el proceso con referencia 251-2010).

La LSAP, bajo el acápite "*Caducidad de la acción sancionatoria*", en su art. 153 contempla que: "*La facultad para la aplicación de sanciones por infracciones caducará en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que se cometiere la infracción*". Por tanto, la LSAP fija un plazo dentro del cual la autoridad competente está habilitada para ejercer la potestad sancionatoria ante infracciones previstas en dicho cuerpo legal; y, aun cuando la ley llamó a esta institución "caducidad", es claro que, por corresponder a la extinción del ejercicio del *ius puniendi* debido al transcurso del tiempo, se trata de un plazo de "prescripción", imprecisión terminológica que este Comité ya ha abordado en resoluciones anteriores.

Como es sabido, la prescripción se configura como aquella limitación que extingue la facultad punitiva del Estado, como consecuencia de la inactividad o laxitud de la autoridad competente para ejercerla. Y es que dicha autoridad, al haber dejado transcurrir el tiempo legal máximo para perseguir los ilícitos, se encuentra vedada de enjuiciarlos y reprimirlos, esto con la finalidad de proscribir persecuciones potencialmente perpetuas.

En ese sentido, la prescripción cuenta, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, con un doble fundamento ya que, por un lado, impone a la autoridad el deber de eficacia y celeridad administrativa; y, por el otro, garantiza la seguridad jurídica del administrado al saber hasta qué momento dejará de ser perseguido y, por lo tanto, sancionado, por las infracciones cometidas.

Respecto a la obligación del funcionario a pronunciarse sobre la prescripción, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que *"(...) la existencia de la prescripción es apreciable de oficio (...) y si habiendo prescrito la acción disciplinaria es dictada una resolución definitiva y de fondo, en la futura fase de impugnación dicha deficiencia será la que deba analizarse inicialmente. Lo anterior encuentra su fundamento en razones de orden público, interés general y seguridad jurídica"*—el subrayado es propio— (sentencia del tres de mayo de dos mil trece, en el proceso con referencia 326-2008).

Asimismo, en la citada sentencia y en la sentencia del diecinueve de junio de dos mil catorce en el proceso con referencia 251-2010 (apartado B, número 3.3), la referida Sala ha dispuesto que *"(...) la misma autoridad debe de oficio cerciorarse que la aplicación de su actividad punitiva está siendo ejercida dentro de los límites que el derecho prevé, ya que imponer una pena fuera de los límites jurídicos, se concreta en la imposibilidad de exigir responsabilidades al presunto infractor"* (el subrayado es propio).

Los principios y lineamientos jurisprudenciales antes señalados, sientan las bases para afirmar que, ante el supuesto de prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria—como en el presente caso—, su eventual declaratoria por el ente revisor no rompe en forma alguna el principio de congruencia regulado en el art. 68 inc. 2° LSRSF. Por tauto, cuando una sanción es impugnada vía recurso de apelación, este Comité está facultado y obligado para verificar que haya sido aplicada dentro del límite temporal que dispone la LSAP, inclusive de oficio, porque el administrado, al haber impugnado una resolución



sancionatoria, abre la posibilidad de que se examine tal actuación como un aspecto de mero derecho, y se determine si la autoridad que impuso la sanción contaba o no con la competencia temporal para tales efectos.

Como se ha señalado, en los términos de la LSAP, la autoridad competente tiene un plazo de tres años para ejercer la potestad sancionatoria, el cual, si bien podría considerarse breve (a diferencia del que prevé, por ejemplo, el art. 69 LSRSF), debe aclararse que ello tiene una razón de ser. A juicio de este Comité, responde a la importancia que el legislador otorgó a la eficiencia con que la autoridad administrativa debe actuar en esta materia; es decir, con la debida diligencia ante la advertencia de un incumplimiento de parte de los patronos o empleadores, como en el presente caso, de declarar y pagar las cotizaciones de sus empleados en el plazo establecido por la ley (dentro de los diez días hábiles del siguiente mes), o ante la concurrencia de cualquier otra infracción prevista en la LSAP.

En ese marco, el art. 153 LSAP, impone un deber de celeridad a la autoridad administrativa en tutelar el bien jurídico protegido, en virtud del cual no puede perseguir conductas ilícitas para aplicar sanciones después de transcurridos tres años desde el cometimiento de las mismas. Lo anterior guarda relación con la urgencia de que las sanciones que se impongan produzcan el efecto disuasivo esperado, en el sentido de que el empleador moroso no reincida en la conducta antijurídica para futuros periodos mensuales del pago de las cotizaciones por haber sido sujeto de las multas y recargos moratorios estipulados en la LSAP.

Resulta claro cómo el legislador optó por un sistema de protección al bien jurídico "seguridad social" en el cual el incumplimiento a las obligaciones previsionales sean castigadas dentro de un periodo relativamente breve, buscando el mayor efecto correctivo e inmediato posible, pero dejando intactas las obligaciones frente al fondo de pensiones, las cuales son imprescriptibles (art. 20 LSAP).

En definitiva, por razones de seguridad jurídica, el art. 153 LSAP debe ser aplicado en las condiciones ofrecidas por el mismo legislador; es decir, que la autoridad competente dispone de tres años contados desde la fecha en que se cometiere la presunta infracción para ejercer la facultad sancionadora; es decir, para que —previo procedimiento— determine la responsabilidad y, de comprobarse, aplique las sanciones por incumplimiento a las obligaciones contenidas en dicha ley.

Es preciso destacar que la anterior limitación al ejercicio del *ius puniendi* por el transcurso del tiempo mediante la prescripción en nada afecta la exigibilidad de las obligaciones previsionales adeudadas, situación que garantiza la protección del fondo de pensiones y, en última instancia, la seguridad social y dignidad de los trabajadores. Y es que, paralelamente a la persecución del ilícito, ante la mora en el pago de una cotización, el art. 20 de la LSAP impone la obligación a cargo de la Institución Administradora de Fondo de Pensiones correspondiente, de iniciar la acción administrativa de cobro de forma oficiosa en el plazo de diez días hábiles después de haber concluido el período de cumplimiento de la obligación a cargo del empleador.

Incluso, si en el plazo de treinta días después de iniciada la acción administrativa de cobro no fuera posible la recuperación de las cantidades adeudadas, el citado artículo dispone que la administración está legitimada para iniciar un proceso ejecutivo contra el empleador. Estos mecanismos pretenden garantizar el cumplimiento forzoso de las obligaciones previsionales, de forma inmediata y sin límite temporal, al punto de establecer el legislador que cualquier deuda a favor del fondo de pensiones es imprescriptible (art. 20 inc. 6º LSAP), lo anterior con independencia del ejercicio de las demás potestades conferidas a la SSF.

En suma, este Comité aclara que la acción de cobro no depende del inicio del procedimiento sancionador (por cometimiento de las infracciones previstas en los arts. 159 y 161 LSAP), ni tampoco se ve obstaculizada ni disminuida por el no ejercicio del *ius puniendi* ni por la concurrencia de la prescripción. Por esta razón, la declaratoria de la prescripción no debe considerarse, en estos casos, como la exoneración de la obligación de pago de cotizaciones al empleador moroso.

En correspondencia con la intención manifiesta del legislador de darle preponderancia al cobro de cotizaciones previsionales, no existen razones que justifiquen que una Administradora de Fondo de Pensiones, una vez transcurrido el plazo de ley, no haya iniciado el procedimiento de cobro administrativo contra el empleador moroso o bien, subsecuentemente, no haya promovido el correspondiente proceso ejecutivo, porque como se ha señalado, el art. 20 LSAP confiere estas acciones como un mandato imperativo y no de ejecución voluntaria o sujeta a la discreción de las Administradoras de Fondos de Pensiones.





Del mismo modo, la SSF, como ente supervisor, juega un rol fundamental en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la obligación de cobro a cargo de las administradoras en mención, porque tiene la facultad de exigir a los integrantes del sistema financiero el acatamiento irrestricto de sus obligaciones legales. En esta línea de análisis, el art. 2 LSRSF inc. 2º letra a) señala: "(...) Al efecto compete a la Superintendencia: a) Cumplir y hacer cumplir, en el ámbito de su competencia, las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones aplicables a los supervisados (...)". En el caso en estudio, la trascendencia de la referida supervisión se evidencia en el art. 175 LSAP, al grado que la Superintendencia tiene la potestad de sancionar a las Administradoras de Fondos de Pensiones por incumplimientos a la obligación de iniciar el trámite de las cotizaciones en los plazos establecidos.

En síntesis, las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran obligadas a exigir el cobro de toda mora previsional, en cualquier momento, por constituir una deuda imprescriptible, desatendiendo el tiempo que haya transcurrido y si ha prosperado o no un procedimiento sancionador; actividad (o inactividad) que deberá ser vigilada por la SSF. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal para los empleadores que se apropien indebidamente de las cotizaciones retenidas (art. 245 del Código Penal).

Por tanto, sobre la base de la normativa aplicable, es preciso determinar la fecha de consumación de las infracciones atribuidas a la apelante, ya que será a partir de la misma que se comenzará a contar el plazo dentro del cual la autoridad administrativa esté habilitada para ejercer la potestad sancionatoria.

Bajo el acápite "Obligatoriedad de las cotizaciones", el art. 13 LSAP establece que "Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias en forma mensual al Sistema por parte de los trabajadores y los empleadores" —el resultado es propio—. Sobre la declaración y pago de las cotizaciones, el art. 19 inc. 3º LSAP dispone que "La declaración y pago deberán efectuarse dentro de los diez primeros días hábiles del mes siguiente a aquél en que se devengaron los Ingresos (...) " —el resultado es propio—.

Por otra parte, bajo el epígrafe "Incumplimiento a la obligación de declarar", el art. 159 LSAP establece: "Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la

obligación de presentar la declaración de las cotizaciones al Sistema, lo cual será sancionado de acuerdo a las siguientes disposiciones:

a) Si la declaración se presentare después de vencido el plazo legal para hacerlo, hasta por un máximo de veinte días, se sancionará con una multa equivalente al cinco por ciento de las cotizaciones; y,

b) Si la declaración se presentare posteriormente al plazo señalado en el literal anterior, se sancionará con una multa equivalente al diez por ciento de las cotizaciones";

Asimismo, bajo el acápite "Incumplimiento de la obligación de pagar", el art. 161 LSAP expresa que "Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, en los siguientes casos:

1. "La omisión absoluta del pago de la cotización, dentro del plazo legal señalado, se sancionará con una multa del veinte por ciento de la cotización no pagada más un recargo moratorio del dos por ciento por cada mes o fracción, sin perjuicio de que deberá pagar las mismas y las rentabilidades dejadas de percibir en las respectivas cuentas de los afiliados afectados (...)

Conforme a lo dispuesto en los arts. 159 y 161 LSAP, las respectivas infracciones se cometen llegado el undécimo día del mes siguiente al de devengue de los ingresos afectos, sin que se haya declarado o pagado la totalidad de las cotizaciones de los trabajadores por parte del patrono, sin perjuicio de que el agravio provocado a aquéllos perdure hasta el cumplimiento de las obligaciones del último.

De las citadas normas se colige que las infracciones atribuidas a la apelante tienen las siguientes características:

a) Son conductas omisivas (la no declaración y el no pago dentro del plazo fijado por la ley de las cotizaciones previsionales en su monto total);

b) Son de ejecución inmediata, porque se verifican el undécimo día del mes posterior al de devengue de los ingresos afectos; y,

c) Tienen efectos permanentes o efectos que trascienden a la consumación de la infracción, los cuales cesarán hasta la cancelación total de las cotizaciones dejadas de pagar.

Con relación al plazo de prescripción, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: "como resultado del principio de seguridad jurídica y de



legalidad, la acción penal se extingue, entre otras razones, por el mero transcurso del plazo pertinente, es decir, por la prescripción que opera de pleno derecho y que puede ser declarada en cualquier estado de la causa, toda vez que sean cumplidos los requisitos legales que imponen su declaración. En ese sentido, a través de esta institución, el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley, ello tiene lugar cuando se ha dejado vencer el plazo dispuesto por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación" (sentencia de las ocho horas con treinta minutos del diecisiete de junio de dos mil diez, en el proceso con referencia 37-CAS-2008).

Además, importa resaltar el análisis de la Sala de lo Penal, en la citada sentencia, sobre el momento de consumación del delito de "APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES", previsto en el art. 245 del Código Penal: "(...) el tiempo de prescripción de la acción penal, constituye un punto de discusión planteado por la representante fiscal, en tanto que ella aduce que "no ha cesado la acción delictuosa pues al no haber sido pagadas las cuotas a las instituciones referidas, se continúa vulnerando el bien jurídico tutelado". A criterio de esta Sala, tal visión es completamente equívoca, pues a pesar que la vulneración al bien jurídico ha permanecido en el tiempo, la conducta delictiva consistente en la retención de las cuotas laborales, ya ha cesado en el tiempo, es decir, materialmente no se continúa ejecutando el delito" (el subrayado es propio).

Y agrega la referida Sala en la misma sentencia: "En ese sentido, la última acción delictiva, fue consumada en el año dos mil dos y pretender prolongar en el tiempo la ejecución del delito, durante más de cinco años y máxime cuando la negligencia de acudir al ente jurisdiccional para iniciar la acción penal ha pendido únicamente de la Fiscalía General de la República, excede todo parámetro de legalidad, razonabilidad del proceso y seguridad jurídica (...)"

Sumado a lo anterior, en la sentencia de las quince horas cincuenta minutos del diecisiete de diciembre de dos mil doce, en el recurso de casación con referencia 389-CAS-2011, la Sala de lo Penal afirma que el delito de "APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES" (art. 245 del Código Penal), es alternativo, al contemplar varios

supuestos: la apropiación y la retención; y que, según el ángulo desde el cual quede evidenciada la conducta, ésta puede ser una acción u omisión. Concretamente, indica que: "(...) si se trata de apropiarse puede ser de acción, la simple retención de las cuotas laborales es de OMISIÓN PROPIA o SIMPLE, de mera actividad, [y] requeriría para su configuración típica objetiva y subjetiva el incumplimiento deliberado del deber de pagar".

Justamente este tipo de conductas omisivas son las que se conocen en esta sede: que el patrono no haya declarado o no haya pagado el monto total de las cotizaciones de sus trabajadores en el plazo establecido en la ley. Así las cosas, la lógica expuesta en la primera sentencia citada de la Sala de lo Penal sobre la consumación inmediata del ilícito también es aplicable a las infracciones de los arts. 159 y 161 LSAP. Además, como se ha advertido, la LSAP prevé un elemento temporal crucial para definir el momento de la consumación de la conducta omisiva reprochable: *el solo transcurso del plazo legal sin haber cumplido las obligaciones previsionales respectivas*.

Los pronunciamientos de la Sala de lo Penal, son claros e ilustrativos; principalmente, porque establecen la diferencia entre la comisión del delito (en este caso infracción administrativa) y sus efectos –siendo estos últimos los que trascienden en el tiempo, al primero–; y porque a una conducta omisiva –retención de cotizaciones– equivalente a las que se imputan a la apelante en el presente caso –no declarar y no pagar las cotizaciones en el monto total dentro del plazo legal– se le considera de consumación inmediata. Lo anterior permite confirmar que los efectos permanentes derivados de la no declaración y del no pago de las cotizaciones en su monto total dentro del plazo legalmente establecido, no inciden ni modifican la naturaleza de las infracciones de ejecución inmediata; es decir, no las convierten en infracciones permanentes para el cómputo de la prescripción.

Por otro lado, cabe destacar que en el caso de estudio, se está frente a una multiplicidad de infracciones y no a una única y continuada en el tiempo. Del análisis a la LSAP, específicamente lo relativo a las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161, se concluye que las obligaciones surgen mes a mes. Consecuentemente, su incumplimiento (infracción) se configura periódicamente, lo cual se confirma al estar así diseñada la ley para sancionar cada una de estas infracciones de forma individual (art. 151 LSAP). Bajo



este esquema, en el supuesto fáctico que proceda la multa y los recargos moratorios, éstos se calculan en base a la cotización no declarada y/o no pagada por período mensual infringido. En ese sentido, el plazo para establecer la prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria para cada una de las infracciones comienza a computarse en el mes que se configura el incumplimiento, según los anteriores lineamientos.

Puede concluirse, entonces, que el ejercicio de la potestad sancionatoria por las infracciones de los arts. 159 y 161 LSAP, es legítimo cuando se verifica dentro de los tres años que prevé el art. 153 LSAP, contados a partir del cometimiento de la respectiva infracción en los términos indicados. Ahora bien, para tal cómputo es indispensable también considerar la interrupción del plazo de la prescripción, que consiste en la supresión o anulación del tiempo transcurrido desde el cometimiento del ilícito, a consecuencia de la ocurrencia de ciertos eventos antes de cumplirse el plazo de prescripción previsto en la ley.

Este Comité ya se ha pronunciado que dichos eventos pueden estar definidos expresamente en la norma o, en su defecto, establecerse a partir de la naturaleza de la prescripción; y, que partiendo de que la prescripción tiene por fundamento la seguridad jurídica (proveer certeza al administrado de hasta cuándo es perseguible un ilícito) y la eficacia administrativa (que la Administración actúe con celeridad ante el cometimiento del ilícito), naturalmente el evento que interrumpe y deja sin efecto el tiempo que ha transcurrido antes de cumplirse los tres años (ante el silencio del legislador) es, precisamente, el ejercicio de la potestad en cuestión por parte de la Administración con conocimiento del administrado, el cual se concretiza con la comunicación del auto de inicio del procedimiento sancionatorio respecto de las conductas ilícitas atribuidas al presunto infractor.

En consecuencia, en el presente caso, se tendrán por prescritas todas aquellas infracciones respecto de las cuales no se haya ejercido la potestad sancionatoria dentro del plazo de tres años contados a partir de su cometimiento, entendiendo ejercida tal potestad con la apertura del procedimiento sancionador con conocimiento del administrado, esto es, por medio del emplazamiento respectivo.

**2) Aplicación de la prescripción al caso concreto.**

Al trasladar las anteriores consideraciones al caso concreto, resulta que la sociedad SERVIC, S.A. de C.V., fue sancionada por incumplimientos a la obligación de declarar y pagar las cotizaciones de sus trabajadores en los términos que señalan los arts. 13 y 19 lo cual configura infracción a los arts. 159 y 161 de la LSAP. Los incumplimientos atribuidos corresponden a períodos de devengue no consecutivos de junio de 2003 a septiembre de 2003.

De la revisión al expediente sancionador PAS-82-2013, aparece a folio 18 que el emplazamiento respectivo tuvo lugar el 27 de febrero de 2014, acto con el que se tiene por interrumpido el cómputo del plazo de la prescripción y se abre la posibilidad de sancionar a la presunta infractora. En ese sentido, es necesario determinar la fecha de consumación de las infracciones atribuidas y examinar si dicho emplazamiento se llevó a cabo dentro del plazo de los tres años siguientes; esto es, verificar si, respecto a los ilícitos sancionados, la potestad sancionatoria se encontraba o no prescrita.

Así, partiendo de la fecha de la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio, a continuación se ofrece un detalle de aquellos períodos sobre los cuales había prescrito la potestad sancionatoria de la SSF respecto a las infracciones de no declaración y de no pago dentro del plazo legamente establecido, especificándose las fechas relevantes para tal efecto:

**Respecto a la infracción de no declaración de las cuotas previsionales**

**AFP Confía, S.A.**

(Tomado del Anexo I-A del Memorando ISP-384/2013, folios del 3 al 4)

Período	Vencimiento plazo legal para declarar	Comisión de la infracción	Prescribió el ejercicio de la potestad sancionadora de la SSF
2003-06	14/07/2003	15/07/2003	15/07/2006
2003-07	19/08/2003	20/08/2003	20/08/2006
2003-08	12/09/2003	13/09/2003	13/09/2006
2003-09	14/10/2003	15/10/2003	15/10/2006
2003-10	14/11/2003	15/11/2003	15/11/2006
2003-11	12/12/2003	13/12/2003	13/12/2006
2003-12	15/01/2004	16/01/2004	16/01/2007
2004-01	13/02/2004	14/02/2004	14/02/2007
2004-02	12/03/2004	13/03/2004	13/03/2007
2004-03	16/04/2004	17/04/2004	17/04/2007
2004-04	14/05/2004	15/05/2004	15/05/2007
2004-05	14/06/2004	15/06/2004	15/06/2007
2004-06	14/07/2004	15/07/2004	15/07/2007
2004-07	19/08/2004	20/08/2004	20/08/2007
2004-08	14/09/2004	15/09/2004	15/09/2007
2004-09	14/10/2004	15/10/2004	15/10/2007
2004-10	15/11/2004	16/11/2004	16/11/2007
2004-11	14/12/2004	15/12/2004	15/12/2007
2004-12	14/01/2005	15/01/2005	15/01/2008



2005-01	14/02/2005	15/02/2005	15/02/2008
2005-02	14/03/2005	15/03/2005	15/03/2008
2005-03	14/04/2005	15/04/2005	15/04/2008
2005-04	14/05/2005	14/05/2005	14/05/2008
2005-05	14/06/2005	15/06/2005	15/06/2008
2005-06	14/07/2005	15/07/2005	15/07/2008
2005-07	16/08/2005	17/08/2005	17/08/2008
2005-08	14/09/2005	15/09/2005	15/09/2008
2005-09	14/10/2005	15/10/2005	15/10/2008
2005-10	15/11/2005	16/11/2005	16/11/2008
2005-11	14/12/2005	15/12/2005	15/12/2008
2005-12	13/01/2006	14/01/2006	14/01/2009
2006-01	14/02/2006	15/02/2006	15/02/2009
2006-02	14/03/2006	15/03/2006	15/03/2009
2006-03	15/04/2006	16/04/2006	16/04/2009
2006-04	15/05/2006	16/05/2006	16/05/2009
2006-05	14/06/2006	15/06/2006	15/06/2009
2006-12	15/01/2007	16/01/2007	16/01/2010
2007-01	14/02/2007	15/02/2007	15/02/2010
2007-02	14/03/2007	15/03/2007	15/03/2010
2007-03	17/04/2007	18/04/2007	18/04/2010
2007-04	15/05/2007	16/05/2007	16/05/2010
2007-05	14/06/2007	15/06/2007	15/06/2010
2007-06	13/07/2007	14/07/2007	14/07/2010
2007-07	16/08/2007	17/08/2007	17/08/2010
2007-08	14/09/2007	15/09/2007	15/09/2010
2007-09	12/10/2007	13/10/2007	13/10/2010
2007-10	15/11/2007	16/11/2007	16/11/2010
2007-11	14/12/2007	15/12/2007	15/12/2010
2007-12	15/01/2008	16/01/2008	16/01/2011

2008-01	14/02/2008	15/02/2008	15/02/2011
2008-02	14/03/2008	15/03/2008	15/03/2011
2008-03	14/04/2008	15/04/2008	15/04/2011
2008-04	15/05/2008	16/05/2008	16/05/2011
2008-05	14/06/2008	15/06/2008	15/06/2011
2008-06	14/07/2008	15/07/2008	15/07/2011
2008-07	19/08/2008	20/08/2008	20/08/2011
2008-08	16/09/2008	17/09/2008	17/09/2011
2008-09	15/10/2008	16/10/2008	16/10/2011
2008-10	15/11/2008	16/11/2008	16/11/2011
2008-11	14/12/2008	15/12/2008	15/12/2011
2009-01	13/01/2009	14/01/2009	14/01/2012
2009-02	14/02/2009	15/02/2009	15/02/2012
2009-03	14/03/2009	15/03/2009	15/03/2012
2009-04	14/04/2009	15/04/2009	15/04/2012
2009-05	13/05/2009	14/05/2009	14/05/2012
2009-06	14/06/2009	15/06/2009	15/06/2012
2009-07	20/07/2009	21/07/2009	21/07/2012
2009-08	18/08/2009	19/08/2009	19/08/2012
2009-09	14/09/2009	15/09/2009	15/09/2012
2009-10	13/10/2009	14/10/2009	14/10/2012
2009-11	16/11/2009	17/11/2009	17/11/2012
2009-12	15/12/2009	16/12/2009	16/12/2012
2010-01	12/01/2010	13/01/2010	13/01/2013
2010-02	12/02/2010	13/02/2010	13/02/2013
2010-03	16/03/2010	17/03/2010	17/03/2013
2010-04	14/04/2010	15/04/2010	15/04/2013
2010-05	14/05/2010	15/05/2010	15/05/2013
2010-06	14/06/2010	15/06/2010	15/06/2013
2010-07	14/07/2010	15/07/2010	15/07/2013
2010-08	19/08/2010	20/08/2010	20/08/2013
2010-09	14/09/2010	15/09/2010	15/09/2013
2010-10	13/10/2010	14/10/2010	14/10/2013
2010-11	16/11/2010	17/11/2010	17/11/2013
2010-12	14/12/2010	15/12/2010	15/12/2013
2011-01	14/01/2011	15/01/2011	15/01/2014
2011-02	14/02/2011	15/02/2011	15/02/2014

Con relación a la infracción de no pagar las cuotas previsionales.

AFF Confía, S.A.

(Tomado del Anexo II-A del Memorando ISP-384/2013, folios del 5 al 6)

Año y mes de cesación	Vencimiento plazo legal para pagar	Fecha de comisión de infracción	Prescribió el efecto de la facultad sancionadora
2002-01	14/02/2002	15/02/2002	15/02/2005
2002-02	14/03/2002	15/03/2002	15/03/2005
2002-05	14/06/2002	15/06/2002	15/06/2005
2002-06	12/07/2002	13/07/2002	13/07/2005

2002-07	16/08/2002	17/08/2002	17/08/2005
2002-08	13/09/2002	14/09/2002	14/09/2005
2002-10	14/11/2002	15/11/2002	15/11/2005
2005-07	17/08/2005	18/08/2005	18/08/2008
2005-08	14/09/2005	15/09/2005	15/09/2008
2005-09	14/10/2005	15/10/2005	15/10/2008

2005-10	15/11/2005	16/11/2005	16/11/2008
2005-11	14/12/2005	15/12/2005	15/12/2008
2005-12	13/01/2006	14/01/2006	14/01/2009
2006-01	14/02/2006	15/02/2006	15/02/2009
2006-02	14/03/2006	15/03/2006	15/03/2009
2006-03	18/04/2006	19/04/2006	19/04/2009
2006-04	15/05/2006	16/05/2006	16/05/2009
2006-05	14/06/2006	15/06/2006	15/06/2009
2007-03	17/04/2007	18/04/2007	18/04/2010
2007-04	15/05/2007	16/05/2007	16/05/2010
2007-05	14/06/2007	15/06/2007	15/06/2010
2007-06	13/07/2007	14/07/2007	14/07/2010
2007-07	16/08/2007	17/08/2007	17/08/2010
2007-08	14/09/2007	15/09/2007	15/09/2010
2007-09	12/10/2007	13/10/2007	13/10/2010
2007-10	15/11/2007	16/11/2007	16/11/2010
2007-11	14/12/2007	15/12/2007	15/12/2010
2007-12	15/01/2008	16/01/2008	16/01/2011
2008-01	14/02/2008	15/02/2008	15/02/2011
2008-02	14/03/2008	15/03/2008	15/03/2011
2008-03	14/04/2008	15/04/2008	15/04/2011
2008-05	13/06/2008	14/06/2008	14/06/2011
2008-11	12/12/2008	13/12/2008	13/12/2011

2009-02	13/03/2009	14/03/2009	14/03/2012
2009-03	16/04/2009	17/04/2009	17/04/2012
2009-04	15/05/2009	16/05/2009	16/05/2012
2009-05	12/06/2009	13/06/2009	13/06/2012
2009-06	14/07/2009	15/07/2009	15/07/2012
2009-07	20/08/2009	21/08/2009	21/08/2012
2009-08	14/09/2009	15/09/2009	15/09/2012
2009-09	14/10/2009	15/10/2009	15/10/2012
2009-10	16/11/2009	17/11/2009	17/11/2012
2009-11	10/12/2009	11/12/2009	11/12/2012
2009-12	15/01/2010	16/01/2010	16/01/2013
2010-01	12/02/2010	13/02/2010	13/02/2013
2010-02	12/03/2010	13/03/2010	13/03/2013
2010-04	14/05/2010	15/05/2010	15/05/2013
2010-05	14/06/2010	15/06/2010	15/06/2013
2010-06	14/07/2010	15/07/2010	15/07/2013
2010-07	19/08/2010	20/08/2010	20/08/2013
2010-08	14/09/2010	15/09/2010	15/09/2013
2010-09	14/10/2010	15/10/2010	15/10/2013
2010-10	15/11/2010	16/11/2010	16/11/2013
2010-11	14/12/2010	15/12/2010	15/12/2013
2010-12	14/01/2011	15/01/2011	15/01/2014
2011-01	14/02/2011	15/02/2011	15/02/2014

Como puede notarse, el plazo de los tres años de prescripción para las infracciones cometidas en los periodos antes detallados se cumplieron previamente a la fecha en que se concretó el emplazamiento, resultando entonces, que respecto a dichos ilícitos, la acción para ejercer la potestad sancionatoria ya se encontraba prescrita.

A continuación, se muestra el detalle de los periodos respecto de los cuales el ejercicio de la facultad sancionadora se encontraba prescrito a la fecha del emplazamiento, reflejándose, a su vez, los correspondientes montos en concepto de mora, multas y recargos moratorios, según sea el caso. Los datos acá expuestos se basan en el Memorando ISP-384/2013 que corre agregado de folios 1 al 15 del expediente administrativo sancionador con referencia PAS-82-2013.





**Detalle de la mora y las multas relativas a las infracciones de no declaración de las cotizaciones previsionales en AFP Confío, S.A. Art. 159 LSAP.**  
 (Tomado de Anexo VI-P del Memorando ISP-384/2013, folios del 12 al 13)

Año y mes de cotización	Mora por no declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de declarar, art. 159 LSAP
2003-06	19.66	1.97
2003-07	19.66	1.97
2003-08	39.32	3.93
2003-09	39.32	3.93
2003-10	39.32	3.93
2003-11	19.66	1.97
2003-12	19.66	1.97
2004-01	19.66	1.97
2004-02	19.66	1.97
2004-03	19.66	1.97
2004-04	19.66	1.97
2004-05	19.66	1.97
2004-06	19.66	1.97
2004-07	19.66	1.97
2004-08	19.66	1.97
2004-09	19.66	1.97
2004-10	19.66	1.97
2004-11	19.66	1.97
2004-12	19.66	1.97
2005-01	19.66	1.97
2005-02	19.66	1.97
2005-03	19.66	1.97
2005-04	40.25	4.03
2005-05	19.66	1.97
2005-06	19.66	1.97
2005-07	59.91	5.99
2005-08	60.84	6.08
2005-09	80.50	8.05
2005-10	98.28	9.83
2005-11	78.62	7.86

2005-12	78.62	7.86
2006-01	78.62	7.86
2006-02	78.62	7.86
2006-03	78.62	7.86
2006-04	78.62	7.86
2006-05	58.03	5.80
2006-12	22.66	2.27
2007-01	22.66	2.27
2007-02	67.98	6.80
2007-03	67.98	6.80
2007-04	67.98	6.80
2007-05	67.98	6.80
2007-06	67.98	6.80
2007-07	67.98	6.80
2007-08	90.64	9.06
2007-09	90.64	9.06
2007-10	90.64	9.06
2007-11	90.64	9.06
2007-12	90.64	9.06
2008-01	90.64	9.06
2008-02	90.64	9.06
2008-03	90.64	9.06
2008-04	90.64	9.06
2008-05	90.64	9.06
2008-06	114.43	11.44
2008-07	114.43	11.44
2009-03	25.19	2.52
2009-04	25.19	2.52
2009-05	52.18	5.22
2009-06	25.19	2.52
2009-07	52.18	5.22
2009-08	52.18	5.22
2009-09	52.18	5.22
2009-10	79.17	7.92
2009-11	79.17	7.92
2009-12	79.17	7.92
2010-01	79.17	7.92
2010-02	79.17	7.92
2010-03	79.17	7.92
2010-04	160.14	16.01
2010-05	160.14	16.01



2010-06	79.17	7.92
2010-07	79.17	7.92
2010-08	79.17	7.92
2010-09	79.17	7.92
2010-10	79.17	7.92
2010-11	79.17	7.92
2010-12	241.11	24.11
2011-01	171.46	17.15

**Detalle de la mora, multas y recargos relativos a las infracciones de no pago de las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A. Art. 160 LSAP.**  
(Tomado de Anexo VI del Memorando ISP-384/2013, folios del 10 al 11)

Año y mes de cotización	Mora por declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de pago, art. 161 #1 LSAP	Recargo moratorio por no pago
2002-01	18.72	3.74	52.79
2002-02	18.72	3.74	52.42
2002-05	18.72	3.74	51.29
2002-06	18.72	3.74	50.92
2002-07	18.72	3.74	50.54
2002-08	18.72	3.74	50.17
2002-10	18.72	3.74	49.42
2005-07	61.77	12.35	122.3
2005-08	41.18	8.24	80.71
2005-09	20.59	4.12	39.94
2005-10	20.59	4.12	39.53
2005-11	20.59	4.12	39.12
2005-12	20.59	4.12	38.71
2006-01	20.59	4.12	38.3
2006-02	41.18	8.24	75.77

2006-03	41.18	8.24	74.95
2006-04	20.59	4.12	37.06
2006-05	20.60	4.12	36.67
2007-03	67.98	13.6	107.41
2007-04	67.98	13.6	106.05
2007-05	45.32	9.06	69.79
2007-06	45.32	9.06	68.89
2007-07	30.97	6.19	46.46
2007-08	22.66	4.53	33.54
2007-09	22.66	4.53	33.08
2007-10	22.66	4.53	32.63
2007-11	22.66	4.53	32.18
2007-12	22.66	4.53	31.72
2008-01	23.79	4.76	32.83
2008-02	23.79	4.76	32.35
2008-03	23.79	4.76	31.88
2008-05	47.58	9.52	61.85
2008-11	75.00	15.00	88.50
2009-02	162.00	32.40	181.44
2009-03	135.00	27.00	148.50
2009-04	135.00	27.00	145.80
2009-05	108.00	21.60	114.48
2009-06	135.00	27.00	140.40
2009-07	108.00	21.60	110.16
2009-08	108.00	21.60	108.00
2009-09	108.00	21.60	105.84
2009-10	81.00	16.20	77.76
2009-11	81.00	16.20	76.14
2009-12	81.00	16.20	74.52
2010-01	81.00	16.20	72.90



2010-02	81.00	16.20	71.28
2010-04	135.00	27.00	113.40
2010-05	135.00	27.00	110.70
2010-06	189.00	37.80	151.20
2010-07	189.00	37.80	147.42
2010-08	189.00	37.8	143.64
2010-09	189.00	37.80	139.86
2010-10	189.00	37.80	136.08
2010-11	27.00	5.40	18.90
2010-12	81.00	16.2	55.08
2011-01	249.42	49.88	164.62

Al sumar los montos de las multas por los incumplimientos de la obligación de declarar las cotizaciones previsionales en AFP Confla, S.A., en los periodos respecto de los cuales se encontraba prescrito el ejercicio de la potestad sancionatoria, resulta un monto total de cuatrocientos noventa y cinco dólares con sesenta y ocho centavos (US\$495.68). Mientras que, por los incumplimientos de la obligación de realizar el pago de las cotizaciones previsionales en AFP Confla, S.A., correspondientes a los periodos en los cuales se encontraba prescrito el ejercicio de la potestad sancionatoria, resulta una multa total de ochocientos dólares con treinta y tres centavos (US\$800.33) más los recargos moratorios totales de cuatro mil trescientos noventa y siete dólares con ochenta y nueve centavos (US\$4,397.89).

Por tanto, por establecerse en el presente caso que el ejercicio de la facultad sancionadora se encontraba prescrito a la fecha de la notificación del inicio del procedimiento sancionador respecto de los periodos previamente relacionados, resulta procedente la revocación de las multas impuestas y los recargos relacionados con los mismos.

Este Comité hace énfasis en que la prescripción del ejercicio de la facultad sancionadora respecto de los incumplimientos incurridos –no declarar ni hacer efectivo el pago del monto total de las cotizaciones en el plazo legalmente establecido– para los meses y años señalados, de modo alguno implica que la sociedad apelante quede exenta de

cumplir sus obligaciones previsionales debido a que, por regulación expresa del art. 20 de la LSAP, éstas son imprescriptibles.

A continuación se detallan los períodos cuyas cuotas previsionales no fueron declaradas y/o no pagadas en su totalidad en el plazo de ley, incurriendo la apelante en las infracciones previstas en los arts. 159 letra a) y 161 No. 1 de la LSAP, y respecto de las cuales la potestad sancionadora fue ejercida dentro del plazo previsto en el art. 153 de la citada ley.

**Respecto a la infracción de no declaración de las cuotas previsionales dentro del plazo que exige la ley.**

**APP Confía, S.A.**

(Tomado del Anexo I-A del Memorando ISP-384/2013, folios del 3 al 4)

Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para declarar	Fecha de comisión de infracción
2011-02	14/03/2011	15/03/2011
2011-03	14/04/2011	15/04/2011
2011-09	14/10/2011	15/10/2011
2012-01	14/02/2012	15/02/2012
2012-02	14/03/2012	15/03/2012
2012-04	15/05/2012	16/05/2012
2012-07	16/08/2012	17/08/2012
2012-09	12/10/2012	13/10/2012
2012-10	12/11/2012	13/11/2012
2012-11	14/12/2012	15/12/2012
2012-12	15/01/2013	16/01/2013
2013-01	14/02/2013	15/02/2013
2013-02	14/03/2013	15/03/2013
2013-03	12/04/2013	13/04/2013
2013-04	15/05/2013	16/05/2013
2013-05	14/06/2013	15/06/2013
2013-06	12/07/2013	13/07/2013
2013-07	16/08/2013	17/08/2013
2013-08	13/09/2013	14/09/2013
2013-09	14/10/2013	15/10/2013



Con relación a la infracción de no pagar las cuotas previsionales dentro del plazo previsto legalmente.

AFP Confía, S.A.

(Tomado del Anexo II-A del Memorando ISP-384/2013, folios del 5 al 6)

Año y mes de rotación	Vencimiento plazo legal para declarar	Fecha de comisión de infracción
2011-02	14/03/2011	15/03/2011

Sobre los anteriores períodos y sus respectivas multas serán analizados los motivos de inconformidad contra la resolución objeto de apelación, así como también se realizará una comparación de la información manejada por la SSF frente a la obtenida de AFP Confía, S.A.

**3) Sobre los argumentos de la sociedad apelante**

En su escrito, la sociedad apelante, a través de su representante legal, manifiesta su inconformidad con la resolución impugnada porque, en su opinión, la SSF "realizó un acto administrativo, ilegal e irresponsable, al no establecer de manera clara y precisa cuál era la motivación de la imposición de la multa es decir los meses que supuestamente han sido no declarados y no pagados". Que en dicho acto se estableció que la mora por declaración y no pago ascendía a dieciséis mil doscientos sesenta dólares con cuarenta y seis centavos (US\$16,260.46) "por los mismos períodos de devengue a los inicialmente considerados para el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador" lo cual, en su opinión, demuestra que "son conceptos inciertos y falsos", ya que los períodos mencionados al inicio de la resolución sí han sido declarados; por lo cual, no puede existir infracción por no declaración y no pago.

Para sustentar lo anterior, la sociedad recurrente presentó copias certificadas de planillas de cotizaciones de AFP Confía, S.A. correspondientes a períodos de devengue no consecutivos entre junio de 2003 y marzo de 2011. A juicio de la apelante, con tales

declaraciones comprueba que no ha existido la infracción por no declaración para los períodos en que fueron presentadas.

Por su parte, el Superintendente manifestó que las infracciones sancionadas, así como la insolvencia de la sociedad apelante frente al fondo de pensiones fueron comprobadas por medio del informe ISP-384/2013 y, con relación específica a la mora por declaración y no pago, expresa que la misma infractora presentó un estado de cuentas para empleadores con el que se confirmó la deuda. Asimismo, señaló que para imponer las sanciones impugnadas se respetaron las garantías constitucionales de la sociedad recurrente y con apego a la LSAP, todo lo cual estuvo debidamente motivado.

Como se ha expuesto, la sociedad recurrente ha sido sancionada por las infracciones cometidas a los artículos 159 letra a) y 161 No.1 de la LSAP.

Dichas disposiciones rezan en su orden:

*"Art. 159. Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración de las cotizaciones al Sistema, lo cual será sancionado de acuerdo a las siguientes disposiciones:*

*a) Si la declaración se presentare después de vencido el plazo legal para hacerlo, hasta por un máximo de veinte días, se sancionará con una multa equivalente al cinco por ciento de las cotizaciones;"*

*"Art. 161. Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, en los siguientes casos:*

*1. La omisión absoluta del pago de la cotización, dentro del plazo legal señalado, se sancionará con una multa del veinte por ciento de la cotización no pagada más un recargo moratorio del dos por ciento por cada mes o fracción, sin perjuicio de que deberá pagar las mismas y las rentabilidades dejadas de percibir en las respectivas cuentas de los afiliados."*

Las conductas tipo que recogen dichas disposiciones solo exigen un elemento objetivo: la falta de declaración y pago de las cotizaciones previsionales en el plazo que exige el art. 19 inc. 3° de la precitada ley.

Lo anterior implica que, tanto la declaración de cotizaciones fuera del plazo que fija la ley, como la omisión absoluta del pago dentro del plazo legal configuran, respectivamente, infracción a las disposiciones legales antes citadas. Por consiguiente, en





los casos de haberse presentado las declaraciones y/o realizado el pago respectivo de forma extemporánea no se exime de responsabilidad al presunto infractor, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Las infracciones cometidas por la apelante están íntimamente relacionadas con los tipos de mora previsional que establece la SSF a través del historial de declaraciones correspondiente. La no declaración y no pago (NDNP) es el tipo de mora en que incurre el empleador cuando, luego de haber retenido las cotizaciones mensuales, no las declara dentro del plazo legal, cuya omisión tiene como consecuencia lógica la falta de pago de los montos adeudados. Por otro lado, la declaración y no pago (DNP) es aquel tipo de mora que surge cuando el patrono, a pesar de haber declarado las cotizaciones, no hace efectivo el pago dentro del término previsto en la LSAP.

Es claro entonces, que la mora por NDNP genera dos infracciones: la de no declaración dentro del plazo señalado (art. 159 LSAP) y la de no pago en el plazo (art. 161 LSAP); mientras que la mora por DNP revela el cometimiento de la infracción de no pagar las cotizaciones dentro del plazo (art. 161 LSAP) para los períodos en que se haya declarado.

La sociedad apelante alega que no puede existir infracción por no declaración al demostrar con las planillas presentadas a este Comité, que cumplió con dicha obligación al presentarlas.

Cabe aclarar al respecto, que de las ciento sesenta y cinco planillas de cotizaciones de AFP Confía, S.A. que se han tenido a la vista, solamente siete fueron declaradas dentro del plazo legal y corresponden a los períodos de devengue de mayo 2005; enero y diciembre 2006; febrero 2007; abril, junio y julio 2008. Mientras que el resto de los períodos reflejados en las ciento cincuenta y ocho planillas fueron presentadas fuera del plazo que exige la ley, situación que por sí mismo confirma la infracción de no declaración atribuida en su contra en cada uno de los períodos presentados extemporáneamente.

Este Comité reitera que una cotización declarada y/o pagada extemporáneamente no desvirtúa las infracciones de no declaración atribuidas a la apelante, salvo que se encuentre en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual debe aportarse prueba idónea que lo demuestre; circunstancia que en el presente caso no ha sido alegado ni justificado con elementos de prueba.

Con relación a las multas impuestas respecto a los períodos en los que se ha demostrado (con planillas) que las declaraciones se presentaron dentro del plazo legal, se observa que dichas sanciones quedan incorporadas dentro de aquellas que cuya revocación procede, por establecerse prescrita la potestad sancionatoria respecto a los períodos en ellas contenidos (apartado I del romano IV de la presente resolución).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta oportuno aclarar que existe la posibilidad de que un empleador haya cometido la infracción de no declarar, no obstante haber presentado una declaración, esto en razón de alguna omisión parcial respecto al conjunto de empleados que el patrono debió declarar.

Así por ejemplo, en el caso de autos, para el período de devengue de mayo 2005, la apelante presentó planilla No. 2402180 declarada dentro del plazo legal (folio 66) conteniendo las cotizaciones de diez empleados. Sin embargo, según información proporcionada por AFP Confla, S.A. (folio 205), en dicho período no fue declarada la cotización correspondiente a Jorge Alberto Alvarenga Amaya con NUP 253491690011, cuya cotización no aparece en la planilla mencionada, razón por la cual, la apelante incurrió en infracción por no declaración en el mes relacionado.

Lo anterior denota que el cometimiento de la infracción por no declaración regulada en el art. 159 LSAP, se da por cada cotización individual omitida, por lo que la presentación de una declaración no implica el cumplimiento pleno de la obligación de declarar, ya que puede haberse omitido alguna cotización como en el ejemplo anteriormente citado.

Con relación a los períodos en que la apelante cometió infracciones, se observa que los mismos han estado perfectamente determinados desde el inicio del procedimiento sancionador, detallándose en el Memorando ISP-384/2013 que corre agregado de folios 1 a 15 del expediente PAS-82-2013 y que fueron hechos del conocimiento de la sociedad apelante, según consta a folio 18 del referido expediente.

Lo anterior también fue mantenido por el Superintendente, quien durante la audiencia conferida destacó el respeto a las garantías de audiencia y defensa de la apelante, la cual tuvo conocimiento pleno de los hechos atribuidos, de las normas infringidas y de sus consecuencias. Por tanto, descartó la supuesta indeterminación alegada por la apelante y



confirmó la legitimidad de las sanciones impuestas, las cuales estuvieron basadas en el desfile probatorio y fueron debidamente motivadas.

De la revisión del expediente sancionador respectivo, este Comité confirma lo manifestado por el Superintendente, ya que consta en dicho expediente que a la impetrante le han sido otorgadas las garantías de audiencia y defensa sobre los illeitos atribuidos. Además, se ha respetado el deber de motivación en el acto impugnado, en el cual se advierte claramente las razones de hecho y de derecho que fundamentaron su decisión, para lo cual se cumplieron todas las etapas pertinentes en orden de garantizar al administrado el ejercicio de sus derechos por medio del debido proceso.

Por consiguiente, a juicio de este Comité, no existe la violación por falta de motivación ni el debido proceso alegada por la apelante, quien no fue capaz de desvirtuar las infracciones atribuidas con su actividad probatoria, razón por la cual, resulta procedente la confirmación de las multas como consecuencia de las conductas illeitas atribuidas y que han sido plenamente probadas.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que se ha tenido a la vista la información remitida por la AFP Confía, que fue requerida con base en el art. 67 inciso 3° LSRSF, la cual servirá de base para comparar la mora previsional reflejada en los informes de la SSF con relación a los montos reportados en la información brindada por la citada Administradora de Fondos de Pensiones, para efectos de evaluar la cuantificación de las sanciones que han sido aplicadas a la sociedad apelante. Dicho análisis se realizará solamente para los periodos en los que procede la confirmación de las multas.

#### *4) Comparación entre la información de mora previsional de la SSF y AFP Confía, S.A.*

Al contrastar la información proporcionada por AFP Confía, S.A. con los datos que sirvieron de base para la imposición de las multas por parte de la SSF, se detectan ciertas inconsistencias que se evidencian, por cada tipo de mora, en los siguientes cuadros comparativos en los que se recogen los periodos respecto a los cuales es válido el ejercicio de la potestad sancionatoria:

**Comparación entre la mora por no declaración contenida en el Anexo IV del Memorando LSP/384-2013 y la reflejada en la información solicitada a AFP Confía S.A. (folios del 194 al 200).**

Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para el pago	Monto no declarado según SSF	Multa por no declaración art. 159 LSAP	Monto no declarado según AFP	Multa por no declaración art. 159 LSAP
2011-02	14/03/2011	187.13	18.71	187.13	18.71
2011-03	14/04/2011	26.99	2.70	26.99	2.70
2011-09	14/10/2011	29.13	2.91	29.14	2.91
2012-01	14/02/2012	407.82	40.78	349.68*	34.97*
2012-02	14/03/2012	407.82	40.78	349.68*	34.97*
2012-04	15/05/2012	378.69	37.87	320.54*	32.05*
2012-07	16/08/2012	615.82	61.58	557.68*	55.77*
2012-09	12/10/2012	586.69	58.67	818.96	81.90
2012-10	15/11/2012	586.69	58.67	818.96	81.90
2012-11	14/12/2012	586.69	58.67	789.82	78.98
2012-12	15/01/2013	586.66	58.67	789.82	78.98
2013-01	14/02/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-02	14/03/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-03	12/04/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-04	15/05/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-05	14/06/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-06	12/07/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-07	16/08/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-08	13/09/2013	586.69	58.67	818.96	81.90
2013-09	14/10/2013	586.69	58.67	818.96	81.90

Al comparar la anterior información se observa que, para los períodos de devengue correspondientes a enero, febrero, abril y julio de 2012, la AFP Confía S.A. refleja montos por no declaración menores a los reportados por la SSF, lo cual lógicamente repercute en el monto de las multas respectivas, situación que se corregirá cuantificando las multas con base a los datos brindados por la AFP, como se muestra en el anterior cuadro en los montos marcados con (\*) que, sumados, ascienden a ciento cincuenta y siete dólares con setenta y seis centavos (US\$157.76). Asimismo, se advierte que, para los períodos comprendidos de septiembre de 2012 a septiembre de 2013, la AFP reporta montos no declarados mayores a los que ha manejado la SSF para imponer las sanciones. En estos casos, no se tomará en



cuenta por este Comité para aumentar el monto de las multas en virtud del principio *neo reformatio in pejus*.

A continuación se muestra un cuadro de comparación entre la información sobre mora previsional por no pago manejada por la SSF y la obtenida de AFP Confla, S.A.

Comparación entre la mora por no pago contenida en el Anexo IV del Memorando ISP/384-2013 y la reflejada en la información solicitada a AFP Confla, S.A. (folios del 194 al 200).

Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para el pago	Cotización según SSF	Multa por no pago art. 161 LSAP	Recargo moratorio	Cotización según AFP	Multa por no pago art. 161 LSAP	Recargo moratorio
2011-02	14/03/2011	141.42	28.28	90.51	114.41*	22.88*	73.22*

Del cuadro anterior se advierte, que para el período de febrero de 2011 existe inconsistencia en el monto de las cotizaciones a pagar, ya que según la información recibida de la AFP Confla, S.A. contiene un monto menor que el atribuido por la SSF a la apelante. En este caso, procede realizar el ajuste correspondiente en los montos de la multa y recargo respectivos.

Es pertinente aclarar que el historial de mora previsional de una AFP constituye una base de datos más exacta y fehaciente que los informes generados por la SSF ya que, en virtud de la LSAP, las AFP tienen por objeto exclusivo la administración del fondo de pensiones (art. 23 LSAP) de manera que son dichas instituciones las que manejan la documentación original de soporte (planillas previsionales), los registros contables de los datos e informes financieros relativos a la deuda previsional de los empleadores frente al fondo.

Sumado a lo anterior, los reportes de mora previsional generados por la SSF son elaborados con base al Sistema de Mora SAP, el cual es a su vez alimentado por la información que las AFP aportan, lo que pone de manifiesto el carácter de fuente primaria que ostentan los historiales de una AFP. En ese sentido, cuando se advierta una incongruencia entre la información de la SSF y la de una AFP, se dará preferencia a esta última ya que por ley es responsable de procesar y registrar las declaraciones y pagos

efectuados por los empleadores resultando inaceptable la coexistencia de distintos informes para un mismo período y determinación de mora, máxime cuando pueden dar lugar a la aplicación de sanciones.

Como antes se expresó, las consecuencias de este análisis comparativo tienen como límite la imposibilidad de empeorar la situación del administrado en esta instancia de apelación, de manera que cuando los datos obtenidos de una AFP impliquen una disminución en la cuantía de las sanciones, este Comité realizará los ajustes necesarios. No obstante, cuando la información de la AFP provoque un resultado más gravoso para el apelante no se hará ajuste alguno en virtud del principio de *nec reformatio in pejus*.

Aclarado lo anterior y al haber desvirtuado los alegatos de SERVIC, S.A. de C.V., se procederá a detallar los montos de las sanciones, con los ajustes pertinentes, correspondientes a los períodos respecto a los cuales se ejerció válidamente la facultad sancionatoria de la SSF.

**Detalle de la mora y las multas relativas a las infracciones de no declaración de las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A. que se procederán a ajustar o confirmar.**

Año y mes de cotización	Mora por no declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de declarar, art. 159 LSAP
2011-02	187.13	18.71
2011-03	26.99	2.70
2011-09	29.13	2.91
2012-01	349.68*	34.97*
2012-02	349.68*	34.97*
2012-04	320.54*	32.05*
2012-07	557.68*	55.77*
2012-09	586.69	58.67
2012-10	586.69	58.67
2012-11	586.69	58.67
2012-12	586.69	58.67
2013-01	586.69	58.67
2013-02	586.69	58.67
2013-03	586.69	58.67



2013-04	586.69	58.67
2013-05	586.69	58.67
2013-06	586.69	58.67
2013-07	586.69	58.67
2013-08	586.69	58.67
2013-09	586.69	58.67
<b>TOTALES:</b>	<b>9447.80</b>	<b>944.79</b>

\*Montos ajustados según información obtenida de AFP Confía S.A.

**Detalle de la mora, multas y recargos relativos a las infracciones de no pago de las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A. que se procederán a ajustar.**

Año y mes de cotización	Mora por declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de pago, art. 161 #1 LSAP	Recargo moratorio por no pago
2011-02	114.41*	22.88*	73.22*

\*Montos ajustados según información obtenida de AFP Confía S.A.

Al sumar los montos de las multas a confirmar por los incumplimientos de la obligación de declarar en AFP Confía, S.A. se obtiene la cantidad total de novecientos cuarenta y cuatro dólares con setenta y nueve centavos (US\$944.79). Mientras que, por los incumplimientos de la obligación de realizar el pago de las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A., resulta una multa total de veintidós dólares con ochenta y ocho centavos (US\$22.88) más los recargos moratorios totales de noventa dólares con cincuenta y un centavos (US\$73.22).

Con base a las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, se procederá a revocar aquellas sanciones respecto a las cuales había prescrito para la SSF el ejercicio de su potestad sancionatoria; se modificarán, con base a datos obtenidos de AFP Confía, S.A., aquellas sanciones que se basen en una mora previsional mayor a la reportada por tal entidad; y, finalmente, se confirmarán las sanciones en las que era válido el ejercicio de la facultad sancionatoria y cuya mora base coincide con el reflejado en el historial proporcionado por la AFP. Lo anterior de ningún modo significa la exoneración del pago de las cuotas adeudadas al fondo las cuales, según se explicó, son imprescriptibles (art. 20 LSAP).

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos y en los artículos 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, 13, 19, 153, 159, 161 y 235 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, 2, 14 y 86 inciso final de la Constitución, este Comité RESUELVE:

I. Modifíquese la resolución de las once horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de marzo del presente año, pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-82-2013 promovido contra SERVICIOS DE VIGILANCIA CUSCATLECA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia SERVIC, S.A. DE C.V., en el siguiente sentido:

A) Declárase prescrito el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones cometidas por SERVIC, S.A. DE C.V., consistentes en: (i) incumplimientos de la obligación de declarar en tiempo las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A., correspondientes a los periodos de junio a diciembre de 2003; de enero a diciembre de 2004; de enero a diciembre de 2005; enero, febrero, marzo, abril, mayo y diciembre de 2006; de enero a diciembre de 2007; de enero a julio de 2008; de marzo a diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; y enero de 2011. (ii) Incumplimientos de la obligación de pagar en tiempo las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A., correspondientes a los periodos de enero, febrero, mayo, junio, julio, agosto y octubre de 2002; de julio a diciembre de 2005; de enero a mayo de 2006; de marzo a diciembre de 2007; enero, febrero, marzo, mayo y noviembre de 2008; de febrero a diciembre de 2009; enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010; y enero de 2011. Por consiguiente, REVÓQUENSE las multas que ascienden a un monto total de cuatrocientos noventa y cinco dólares con sesenta y ocho centavos (US\$495.68), por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 159 letra a) de la LSAP; y por un monto total de ochocientos dólares con treinta y tres centavos (US\$800.33) por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 161 número 1 de la LSAP, más los recargos moratorios totales de cuatro mil trescientos noventa y siete dólares con ochenta y nueve centavos (US\$4,397.89).

B) Modifíquense, de acuerdo a los datos proporcionados por AFP Confía S.A., las multas impuestas a SERVIC, S.A. DE C.V. en los siguientes montos y conceptos: (i) Por un monto total de ciento cincuenta y siete dólares con setenta y seis centavos (US\$157.76),





3

por los incumplimientos a la obligación de declarar en tiempo las cotizaciones previsionales (art.159 letra) LSAP) en AFP Confla, S.A., correspondientes a los períodos de enero, febrero, abril y julio de 2012 y por un monto total de veintidós dólares con ochenta y ocho centavos (US\$22.88) por el incumplimiento a la obligación de pagar en tiempo las cotizaciones previsionales (art.161 No.1 LSAP) en AFP Confla, S.A., correspondientes al período de febrero de 2011, más los recargos moratorios totales de sesenta y tres dólares con veintidós (US\$73.22).

C) Confírmense las multas por un monto total de setecientos ochenta y siete dólares con tres centavos (US\$787.03) por los incumplimientos de la obligación de declarar en tiempo (art.159 letra a) LSAP) las cotizaciones previsionales en AFP Confla, S.A., correspondientes a los períodos de febrero, marzo y septiembre de 2011; de septiembre a diciembre de 2012; y de enero a septiembre de 2013.

II. Al haberse confirmado y modificado algunas de las multas impuestas, el Superintendente y la infractora deberán dar cumplimiento, respectivamente, a lo dispuesto en el art. 52 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

III. Publíquese la presente resolución por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero en su sitio de internet, en el plazo que señala el art. 68 inciso último de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

IV. Devuélvase oportunamente el expediente con referencia PAS-82-2013 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

V. Archívese el presente expediente de apelación.

Se hace del conocimiento de la parte interesada que con la presente resolución se tiene por agotada la vía administrativa, en consecuencia no admite recurso alguno en esta sede. Notifíquese.-

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES QUE LA SUSCRIBEN

VO-

TO RAZONADO DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, FRANCISCO ANTONIO PEÑA RODRÍGUEZ, Y DE LA VOCAL SECRETARIA, CAROLINA ELIZABETH LÓPEZ ROMERO.

En virtud de lo previsto en el inciso 6° del art. 65 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSE), por este medio expresamos nuestra discrepancia con el parecer mayoritario de los miembros de este Comité reflejado en alguno de los criterios que fundamentan la resolución definitiva en el presente recurso de apelación con referencia CA-2-2016, mediante la cual, entre otros se resuelve:

*"I. Modifíquese la resolución de las once horas con cuarenta y cinco minutos del ocho de marzo del presente año, pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-82-2013 promovido contra SERVICIOS DE VIGILANCIA CUSCATLECA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia SERVIC, S.A. DE C.V., en el siguiente sentido:*

*A) Declárase prescrito el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones cometidas por SERVIC, S.A. DE C.V., consistentes en: (i) incumplimientos de la obligación de declarar en tiempo las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A., correspondientes a los periodos de junio a diciembre de 2003; de enero a diciembre de 2004; de enero a diciembre de 2005; enero, febrero, marzo, abril, mayo y diciembre de 2006; de enero a diciembre de 2007; de enero a julio de 2008; de marzo a diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; y enero de 2011. (ii) Incumplimientos de la obligación de pagar en tiempo las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A., correspondientes a los periodos de enero, febrero, mayo, junio, julio, agosto y octubre de 2002; de julio a diciembre de 2005; de enero a mayo de 2006; de marzo a diciembre de 2007; enero, febrero, marzo, mayo y noviembre de 2008; de febrero a diciembre de 2009; enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010; y enero de 2011. Por consiguiente, REVÓQUENSE las multas que ascienden a un monto total de cuatrocientos noventa y cinco dólares con sesenta y ocho centavos (US\$495.68), por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 159 de la LSAP; y las multas que ascienden a un monto total de ochocientos dólares con treinta y tres centavos (US\$800.33) más los recargos moratorios totales de cuatro mil trescientos noventa y siete dólares con ochenta y nueve centavos (US\$4,397.89), por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 161 número 1 de la LSAP."*



No coincidimos con el extracto anterior ni con la motivación que sustentó dicha decisión, particularmente con lo expresado por la mayoría del Comité, quienes sostienen que las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161 de la LSAP tienen las siguientes características:

"(...)

b) *Son de ejecución inmediata, porque se verifican el undécimo día del mes posterior al de devengue de los ingresos afectos; y,*

c) *Tienen efectos permanentes o efectos que trascienden a la consumación de la infracción, los cuales cesarán hasta la cancelación total de las cotizaciones dejadas de pagar."*

El razonamiento que fundamenta nuestra posición presenta el siguiente orden lógico: 1) Alcance del bien jurídico tutelado por la LSAP; 2) Interpretación de los arts. 159 y 161 de la LSAP; 3) la descripción de la conducta típica y los hechos atribuidos a SERVIC, S.A. de C.V.; y, 4) Seguridad jurídica de los cotizantes.

Tal como lo hemos expresado en los votos razonados de las resoluciones definitivas de los expedientes CA-8-2015, CA-12-2015, CA-14-2015, CA-21-2015, CA-26-2015, CA-27-2015 y CA-1-2016, somos del criterio que las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161 de la LSAP son permanentes y por lo tanto el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción debe seguir la regla de dicho tipo de infracciones.

#### 1. Alcance del bien jurídico tutelado por la LSAP

Tal y como se afirma en la resolución que disentimos el legislador optó por un sistema de protección al bien jurídico "seguridad social".

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establece que: "(...) la seguridad social, de acuerdo con el art. 50 Inc. 1º de la Cn., tiene su fundamento en la necesidad de brindar a las personas un mínimo de seguridad económica que les permita enfrentar las contingencias que se les presenten en la vida, tales como la invalidez, la vejez e, incluso, la muerte de un familiar asegurado a una de las instituciones del sistema de previsión social." [Sentencia dictada en el proceso de amparo con referencia 8-12, a las once horas con veintitrés minutos del día dos de octubre de dos mil quince].

Así mismo, establece que esta constituye un servicio público de carácter obligatorio, cuyo alcance, extensión y regulación legal, debe atender los parámetros establecidos en el art. 50 inc. 2º de la Cn., con el objeto de responder a una necesidad general o pública, que comporta una garantía de provisión de medios materiales y de otra índole —v.gr., el suministro de una pensión periódica—, para hacer frente a los riesgos o a las necesidades sociales a los que antes se ha hecho referencia, por medio de los mecanismos diseñados por el Estado para tales fines.

Partiendo de la afirmación que el Estado se ha comprometido a apoyar el desarrollo de la personalidad humana frente a esas contingencias que se presentan en la vida y de que, para ello, ha creado un régimen jurídico y un sistema coordinado de mecanismos y entidades para brindar tal servicio, se ha establecido que ese deber o compromiso adquirido frente a los destinatarios se convierte en un derecho fundamental a la seguridad social. En efecto, la seguridad social constituye un derecho a gozar de una protección de índole social por parte del Estado, cuyos alcances y límites deben ser regulados en la ley y, en su oportunidad, aplicados a cada caso concreto, atendiendo los parámetros establecidos en la Constitución.

La Constitución en sus artículos 50 y 220 (esta última disposiciones para el retiro de los funcionarios y empleados públicos) reconoce la seguridad social como un derecho fundamental, además esta se encuentra regulada mediante una serie de normas dispersas —leyes nacionales—, entre las cuales se puede mencionar, de manera ejemplificativa, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; la Ley del Seguro Social; la Ley del Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos.

Particularmente, la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones crea el Sistema de Ahorro para Pensiones para los trabajadores del sector privado, público y municipal. Dicho sistema comprende el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos destinados a pagar las prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados para cubrir los riesgos de Invalidez Común, Vejez y Muerte —artículo 1 LSAP—.

Dicho cuerpo normativo establece el régimen de infracciones y sanciones, cuyo objetivo es proteger la Seguridad Social de los cotizantes y así, asegurar una vejez digna que significa no sólo la conservación de la vida, sino el mantenimiento de la misma a un cierto nivel, el que facilite la procura de las condiciones materiales necesarias para el goce de los restantes derechos fundamentales (Sentencia dictada por la Sala de los Constitucional a las diez horas del seis de junio



de dos mil ocho, en los procesos acumulados de inconstitucionalidad con referencias 31-2004/34-2004/38-2004/6-2005/9-2005).

## 2. Interpretación de los arts. 159 y 161 de la LSAP

La mayoría del Comité es del criterio que las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161, ambos de la LSAP, tienen naturaleza de inmediatas con efectos permanentes, lo cual a nuestro parecer no es acorde a la configuración que el legislador le dio a dichas normas, ni mucho menos al bien jurídico que la LSAP protege.

La obligación de la declaración y pago de las cotizaciones previsionales dentro de los diez días siguientes al devengo de los meses afectos está contemplada en el art. 19 de la LSAP. A diferencia de lo que ocurre en otras normas administrativas, en las cuales el legislador lanza una tipificación genérica de infracción ante cualquier incumplimiento de una ley (v.g. art. 44 de la LRSF), en materia previsional, el legislador optó por hacer un catálogo específico de infracciones administrativas, individualizando para cada una de ellas su respectiva sanción, según al incentivo disuasivo que el legislador considerara conveniente. Y solo en caso, de no existir una norma prevista, de manera subsidiaria previó una infracción genérica ante cualquier obligación de la LSAP (art. 180 LSAP).

El catálogo de infracciones previsto en la LSAP confirma la importancia que el legislador le dio al bien jurídico protegido, y es en ese contexto en que se debe de analizar los arts. 159 y 161 de LSAP, por lo que consideramos indispensable utilizar las herramientas de la hermenéutica jurídica, entendiendo esta como el conjunto de criterios de interpretación que debe de tomar en cuenta el aplicador de la norma con el objeto de darle su mejor sentido, en este caso, para los suscritos, la mejor aplicación sería aquella que garantice la mayor tutela al bien jurídico que la norma persigue.

Dentro de la hermenéutica jurídica encontramos distintas metodologías de interpretación, teniendo entre ellas la teleológica y la sistemática. En el primero de ellos, el intérprete debe "indagar sobre los intereses individuales y sociales que la Norma Jurídica protege, o sea su fin práctico (...)";<sup>1</sup> mientras que en el segundo, "busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo el conjunto de normas o sistema del que forma parte".<sup>2</sup> Es así, que una

<sup>1</sup> "La hermenéutica jurídica: tipos, métodos, aplicaciones". Tesis doctoral. Rafael Alberto Pefate Perla. Universidad de El Salvador. (1976).

<sup>2</sup> "Métodos de interpretación jurídica". Víctor Emilio Anchondo Paredes

norma o disposición no puede interpretarse de forma aislada, sino que debe interpretarse a la luz de la norma completa (LSAP) y todo el ordenamiento jurídico, en especial la Constitución.

Como se dijo, el método teleológico busca interpretar la norma siguiendo los intereses o propósitos por la que fue creada. Tal como se desarrolló anteriormente, aunque si bien el legislador estableció la obligación de declarar y pagar las cotizaciones dentro de un plazo determinado, al momento de elaborar el régimen sancionatorio ante el incumplimiento de dicha obligación, se encargó de darle una tipificación peculiar; optando por tipificar las conductas infractoras como omisivas, y así perpetuar la situación antijurídica hasta el cumplimiento efectivo de la obligación (es decir, con la declaración y/o el pago de la cotización previsional), según el análisis que posteriormente se realizará.

Dicha interpretación, además, va acorde con la metodología sistemática porque parte de un análisis integral del ordenamiento jurídico, comenzando por la Constitución y siguiendo con la ley secundaria, en el sentido que resulta ilógico que el constituyente haya elevado la seguridad social a nivel de derecho fundamental y por su parte, el legislador opte por un marco regulatorio en el cual el empleador, habiendo incurrido en mora previsional, no tenga los incentivos suficientes para ponerse al día.

Es así, que partiendo del bien jurídico protegido y los mencionados criterios interpretativos, partimos que las infracciones establecidas en el art. 159 y 161 LSAP, tienen naturaleza permanente, y es hasta que el empleador cumple efectivamente con su obligación de declarar y/o pagar las cotizaciones previsionales que el cómputo del plazo de prescripción debe iniciar a computarse.

En anteriores votos, se ha desarrollado de forma extensiva la clasificación de las infracciones administrativas según si son instantáneas, continuadas, permanentes o instantáneas con efectos permanentes<sup>3</sup>, clasificación que incide directamente en el *dies a quo* para determinar si ya prescribió la potestad para perseguir al presunto infractor y sancionarlo. La mayoría del Comité es del criterio que las infracciones establecidas en las referidas disposiciones de la LSAP son instantáneas con efectos permanentes, lo cual disintimos porque somos del parecer que son infracciones permanentes.

Diferenciar las infracciones instantáneas con efectos permanentes y las infracciones permanentes resulta ser un tema complejo, por lo que ante la duda la doctrina opta por acudir a la acción u omisión típica que compone la conducta infractora y comprobar si dicho comportamiento

<sup>3</sup> V.g. Votos contenidos en las resoluciones de los expedientes CA-8-2015, CA-12-2015, CA-14-2015, CA-21-2015, CA-26-2015, CA-27-2015 y CA-1-2016



se puede prolongar en el tiempo o lo que se prolonga son solamente sus efectos<sup>3</sup>, siendo indispensable partir dicho análisis desde el verbo rector<sup>4</sup>.

Asimismo, en la resolución pronunciada por la mayoría del Comité se relacionan las sentencias 37-CAS-2008 y 389-CAS-2011, ambas emitidas por la Sala de lo Penal, respecto a que el delito de *Apropiación o retención de cuotas laborales* tipificada en el art. 245 del Código Penal, se trata de un delito de naturaleza instantánea (37-CAS-2008) y de omisión simple (389-CAS-2011), respectivamente. Dichas sentencias sirvieron a la mayoría del Comité para sustentar su criterio que las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161 de la LSAP son de omisión y de ejecución inmediata con efectos permanentes.

No estamos de acuerdo que las sentencias relacionadas se apliquen al ámbito regulatorio contemplado en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en primer lugar porque ambas analizan el art. 245 del Código Penal, siendo que la configuración del tipo difiere en gran medida con los tipos previstos en los arts. 159 y 161 de la LSAP; en segundo lugar, porque ambas sentencias desarrollan de manera aislada la mencionada disposición penal, ya que una determina que el delito de "Apropiación o retención de cuotas laborales" es inmediato con efectos permanentes y la otra que es un delito por omisión simple, pasando por alto la relación que existe entre las infracciones por omisión y las infracciones permanentes.

El art. 245 del Código Penal expresa:

*Art. 245.- El patrono, empleador, pagador institucional, o cualquier otra persona responsable de la retención, que se apropiare o que retuviere ilegalmente fondos, contribuciones, cotizaciones, cuotas de amortizaciones de préstamos de los trabajadores o cuentas destinadas legalmente al Estado, instituciones de créditos o bancarios, intermediarios financieros bancarios o no bancarios, o instituciones de asistencia social, seguridad social o sindical o no los ingrese a tales instituciones en el plazo y monto determinado en la ley, en el contrato*

<sup>3</sup> De Diego Díez, I. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, segunda ed., Editorial Bosch, p.82 y 83.

<sup>4</sup> En Derecho Penal se define la tipicidad como la adecuación de la conducta realizada por una persona al tipo penal, constituyendo este último la descripción de la conducta hecha por el legislador en la norma penal; esta tipicidad contiene elementos objetivos y subjetivos (Sentencia del Tribunal Primero de Instancia de San Miguel referencia 46-2014 dictada el 24 de abril de 2014). Dentro del estudio de los elementos objetivos, se encuentra la conducta típica que puede consistir en una acción u omisión basada en uno o varios verbos rectores cuyos cometimientos constituirán la o las conductas punibles. Por lo cual "basta la realización de alguno de los verbos utilizados por el legislador al describir las conductas típicas (...) para que el ilícito surja a la vida jurídica". (Sentencia de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia referencia 76-C-2012 dictada el 12 de octubre de 2012). Por ejemplo, en el caso del art. 128 del Código Penal que tipifica el delito de homicidio, el verbo rector (conjugado) es "matar", por ello en los casos que se analice la tipicidad de esta conducta el elemento primordial que se tiene que observar es si se le ha quitado la vida a una persona.

*correspondiente o en la orden de descuento, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años...*" (resaltado nuestro).

A consideración de los suscitados, no puede soslayarse cuál es la conducta típica que prevé el tipo penal transcrito, el cual, según la Cámara Tercera de lo Penal, consiste en un "apoderamiento de un bien del cual se tiene la obligación de devolver o entregar a una tercera persona distinta a la del que inicialmente la otorga" (sentencia pronunciada por la Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro el 15 de diciembre de 2014 en el expediente referencia Inc.206-2014).

En la precitada sentencia, la Cámara Tercera de lo Penal ha establecido como precedente que los verbos rectores de la disposición penal en comento son "apropiarse", lo cual consiste en tomar para sí alguna cosa o derecho con el ánimo de convertirse en dueño; y "no ingresar"; es decir, que las cotizaciones no son percibidas por las instituciones encargadas para la prestación. A partir del análisis de los mencionados verbos rectores se concluye que estamos ante un delito instantáneo, siendo materialmente imposible que su ejecución se prolongue en el tiempo, porque ya no está en la voluntad del sujeto activo el continuar o cesar el cometimiento del delito debido a que la apropiación ya se produjo y se mantienen únicamente sus efectos, los cuales obviamente –tal como está configurada la conducta del art. 245 Código Penal– consisten en el no pago de las cotizaciones previsionales.

En concreto, la conducta típica del art. 245 del Código Penal se comete cuando el sujeto activo (puede ser el patrono, empleador, pagador institucional o cualquier otra persona responsable a la retención) por mandato legal descuenta las aportaciones de los trabajadores de sus salarios y no las remite a las instituciones correspondientes en el plazo legal, apropiándose indebidamente de tales montos.

En la conducta típica del art. 245 del Código Penal, una vez esta es realizada no es posible sostener que el sujeto activo continúa apropiándose de la cotización durante el tiempo que sigue; además, no depende de la voluntad del sujeto dejar de cometer el delito, pues este ya se consumó.

Asimismo, es necesario traer a consideración que el art. 245 del Código Penal (entre otros casos de retención de cuotas laborales) prevé los casos en los cuales el empleador retiene una suma de dinero y no los entrega al fondo, mas no regula o tipifica los supuestos en los cuales el empleador ni siquiera se toma la tarea de retener dichas sumas, las cuales indudablemente llega a perjudicar al empleado.





Además, es de sobresaltar que la sentencia 389-CAS-2011 es posterior a la 37-CAS-2008, y que a diferencia de esta última, la primera únicamente se limita a mencionar que cuando se trata de retenciones laborales, la conducta tipificada en el art. 245 del Código Penal, es de omisión pura o simple, sin embargo no lo hace a la luz de la prescripción, ni trae a consideración su naturaleza en cuanto a si se está ante delitos permanentes o instantáneos.

Para el caso, el autor Gómez Tomillo, manifiesta que *las infracciones administrativas consistentes en una pura omisión, de omisión propia, el plazo de prescripción debe entenderse que comienza en el preciso momento en que decae el deber de actuar*<sup>11</sup>. Dicho jurista, expone que tanto en las infracciones por omisión como en las infracciones permanentes existe una *"prolongación de la situación antijurídica a lo largo del tiempo"*. Dicho autor hace referencia a la autora Ángeles de Palma de Teso, quien cita la sentencia del Tribunal Supremo de España del 17 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4147), ante una infracción en dicho ordenamiento jurídico consistente en la no comunicación al Banco de España de los variaciones en los órganos de administración de ciertas entidades. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo expresa:

*"(...) es rechazable la alegación de prescripción de la infracción pues, tratándose de un deber positivo de comunicación que subsiste mientras el administrador desempeña su cargo, el incumplimiento persiste -y, por tanto, no prescribe -hasta que es notificada la variación" "Obviamente, la situación no implica la ausencia de posibilidad alguna de prescripción, sino que el plazo comenzaría cuando cesase el deber de comunicación, lo que, probablemente, debe situarse en que el nombramiento no comunicado deja de tener que notificarse, por ejemplo, porque el sujeto cesa en su cargo."*<sup>12</sup>

En este sentido, las infracciones permanentes se caracterizan porque la conducta, no obstante de haberse consumado en un momento determinado (el día décimo primero del mes siguiente al del devengo, en las infracciones contenidas en los arts. 159 y 161 numeral 1 de la Ley SAP), crea un estado infractor que se dilata y se extiende en el tiempo al no declarar o no pagar las cotizaciones previsionales, de tal manera que la infracción se sigue cometiendo hasta que, por voluntad del infractor, se le ponga término a la conducta ilícita (incumplimiento de la obligación de declarar y/o pagar las cotizaciones previsionales), es decir la omisión prosigue durante un determinado tiempo y esto hace que se prorrogue la conducta antijurídica. El cometimiento no cesa al consumarse o

<sup>11</sup> GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General, segunda ed.*, editorial Aranzadi, p. 649.

<sup>12</sup> GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General, segunda ed.*, editorial Aranzadi, p. 649.

perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todo el período de su duración se imputa como cometimiento de la infracción.

En el análisis de las infracciones permanentes se deben cumplir dos elementos básicos:

- a) Que la infracción cometida prosiga de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial; es decir, mientras la conducta antijurídica persista, la infracción se produce en cada instante en su acción.
- b) Que el infractor tenga a su voluntad el poder de continuar o cesar la conducta antijurídica, o sea, su cometimiento. Por lo que el término de la prescripción empieza a correr solo cuando se le pone fin al estado infractor (la declaración y/o el pago de la cotización provisional según corresponda).

Por todo lo anteriormente expuesto consideramos que las infracciones tipificadas en los arts. 159 y 161 de la LSAP son permanentes, y bajo esta lógica se procederá a analizar cada una de las conductas típicas atribuidas a la sociedad apelante, con el objetivo de reforzar los argumentos que sustentan su naturaleza de infracciones permanentes.

En este orden de ideas, a pesar que la sociedad empleadora incurra en alguno de los incumplimientos mencionados en el décimo primer día hábil del mes siguiente al del devengo, tiene la posibilidad de cesar la conducta antijurídica en cualquier momento, mediante el cumplimiento de la obligación de declarar y/o pagar; es decir, realizando la declaración y/o el pago de la cotización provisional adeudada por cada empleado y el rendimiento dejado de percibir en la cuenta individual de estos. Por esta razón se trata de una infracción de carácter permanente. Ceser el cometimiento de la infracción no debe confundirse con revertir el cometimiento de esta.

### 3. La descripción de la conducta típica y los hechos atribuidos a SERVIC, S.A. de C.V.

- a. La conducta típica prevista en la infracción por incumplimiento de la obligación de presentar declaraciones de las cotizaciones previsionales, artículo 159 Ley SAP.

El artículo 159 Ley SAP dispone que: "*Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración de las cotizaciones al Sistema.*"

Los artículos 13 y 19 Ley SAP establecen el deber positivo de *declarar las cotizaciones dentro de los diez primeros días hábiles del mes siguiente al devengo.*



Como ya se expresó, la conducta típica es, entonces, incumplir la obligación de presentar la declaración de las cotizaciones al sistema dentro del plazo de ley, la infracción se comete a partir del décimo primer día hábil del mes posterior al mes del devengo de Ingresos afectos.

No obstante lo anterior, el deber de declarar las cotizaciones persiste después del décimo primer día hábil del mes siguiente a aquel en que se devengaron los ingresos afectos y, por lo tanto, si el empleador continúa incumpliendo su deber de declarar las cotizaciones, la conducta ilícita se mantiene en el tiempo, independientemente de sus efectos; es decir, el cometimiento de la infracción se extiende hasta que se declaren las mencionadas cotizaciones a las administradoras de fondos de pensiones correspondientes.

La obligación de presentar la declaración de las cotizaciones nace desde el inicio de la relación laboral con cada trabajador; así que, como bien se ha expresado en la resolución pronunciada por la mayoría del Comité, la cotización se declara de forma individual por cada trabajador.

Dicho lo anterior, no debe confundirse la obligación de declarar las cotizaciones individuales que establecen los arts. 13 y 19 de la Ley SAP, con la presentación de la planilla, ya que puede darse cuando el empleador no presenta la planilla o, bien, cuando habiéndola presentado omite reportar las cotizaciones previsionales individuales de uno o algunos de sus empleados que devengaron el salario del mes anterior, tal como se señala en la resolución que antecede.

Se tuvo a la vista el Memorando ISP - 384/2013 (fs. 1-15 del expediente PAS-82-2013), en el cual se identifica en el Anexo IA (fs. 2 y 4), que SERVIC, S.A. de C.V. incurrió en la infracción de no declaración en los periodos de junio a diciembre 2003, enero a diciembre 2004, enero a diciembre 2005, enero a mayo y diciembre 2006, enero a diciembre 2007, enero a julio 2008, marzo a diciembre 2009, enero a diciembre 2010, enero a marzo y septiembre 2011, enero, febrero, abril, julio, septiembre, octubre a diciembre 2012, enero a septiembre 2013 para AFP Conffa, S.A.

De la información presentada por AFP Conffa, S.A. (extraída del disco compacto que consta en el folio 230 del CA-2-2016) se evidencia que efectivamente la sociedad apelante no ha cumplido con la obligación de declarar a algunos de sus trabajadores en los periodos mencionados, por lo que, al persistir las conductas ilícitas, y habiéndose iniciado el procedimiento administrativo sancionador, ni si quiera puede iniciarse el cómputo de la prescripción.

En base al análisis realizado se puede concluir que la facultad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia, al emplazar a la sociedad apelante no había prescrito, por lo tanto no era procedente que el Comité revocara las multas derivadas de la infracción por no declaración (art. 159

LSAP) respecto a los periodos de junio a diciembre de 2003; de enero a diciembre de 2004; de enero a diciembre de 2005; enero, febrero, marzo, abril, mayo y diciembre de 2006; de enero a diciembre de 2007; de enero a julio de 2008; de marzo a diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; y enero de 2011 para AFP Confla, S.A.

En consecuencia, correspondía conocer de fondo sobre los argumentos de ilegalidad expuestos por la sociedad apelante respecto de dichos periodos.

- b. **La conducta típica prevista en el art. 161 de la LSAP, consistente en el incumplimiento de la obligación del pago de las cotizaciones previsionales.**

Los arts. 13 y 19 de la LSAP también establecen el deber positivo de pagar las cotizaciones dentro de los diez primeros días hábiles del mes siguiente al devengo; siendo que de acuerdo al art. 161 de esa misma norma...

*"Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones (...)."*

Por lo que, como ya se expresó, la conducta típica en este caso es *incumplir la obligación de realizar los pagos de las cotizaciones*; en consecuencia, en el décimo primer día hábil sin realizar el pago respectivo se inicia la comisión de la infracción y su cometimiento se extiende hasta que se paguen las cotizaciones totales del mes correspondiente a los fondos individuales de cada uno los trabajadores que administran las AFP.

Por último, resulta oportuno volver a mencionar la errónea analogía que hizo la mayoría del Comité con el art. 161 de la LSAP y el art. 245 del Código Penal. Como ya se explicó, la infracción tipificada en el art. 161 de la LSAP prevé el incumplimiento de la obligación de pago que genera una deuda previsional; por lo tanto, solo puede ser objeto de una sanción pecuniaria y no con una pena privativa de libertad (art. 27 inciso 2° de la Constitución).

Los verbos rectores del art. 245 del Código Penal son "apropiarse" y "no ingresar" donde la conducta sancionable es apoderarse, con base en la ley, de un bien del que se tiene la obligación legal de devolver o enterar a un tercero y no hacerlo. Esta conducta típica no prevé la generación de una deuda en sí y, por lo tanto, admite la imposición de sanciones de carácter pecuniario así como pena privativa de la libertad.



Por todas las razones expuestas, no es procedente considerar —como lo hace la mayoría del Comité— que la infracción regulada en el art. 161 de la LSAP es una falta de ejecución inmediata con efectos permanentes, debido a que el incumplimiento de la obligación de pagar la cuota previsional es en sí el comportamiento infractor y solo cesará el cometimiento hasta que se realice debidamente el pago (momento en el cual cesará la conducta antijurídica).

Bajo esta lógica, se tuvo a la vista los anexo II-A del Memorando ISP-384/2013 (fs. 5 y 6 del PAS 82/2013), en el cual se identifica que SERVIC, S.A. de C.V. incurrió en la infracción de no pago de las cotizaciones previsionales correspondientes a los períodos de enero, febrero, mayo a agosto y octubre 2002; julio a diciembre 2005; enero a mayo 2006; marzo a diciembre 2007; enero a marzo, mayo y noviembre 2008; febrero a diciembre 2009; enero y febrero, abril a diciembre 2010; y, enero y febrero 2011.

Al igual que en el caso de las infracciones por no declaración (desarrollado en la letra a. de este apartado), se tuvo a la vista el informe presentado por AFP Confla, S.A., en el cual en el apartado de las cotizaciones declaradas y no pagadas se reflejan los períodos establecidos en el Anexo II-A del mencionado Memorando ISP-384/2013, por lo que se entiende que a la fecha que la referida AFP emitió dicho informe, la sociedad apelante aún no había cumplido con la obligación de pagar las cuotas previsionales respecto a dichos períodos, en ese sentido, el cómputo del plazo ni siquiera puede iniciarse.

En vista de lo anterior, no era procedente que la mayoría del Comité declarara la prescripción y revocara las multas impuestas ni los recargos moratorios sobre ninguno de los períodos antes relacionados, teniendo que haber hecho un análisis de fondo con los argumentos planteados por SERVIC, S.A. de C.V.

#### 4. Seguridad jurídica de los cotizantes.

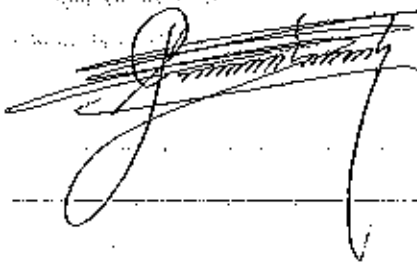
Como ya se ha expuesto, la mayoría de los miembros del Comité es de la opinión que las conductas tipificadas como infracciones en los artículos 159 letra a) y 161 número 1 de la LSAP son instantáneas con efectos permanentes, de las cuales, para algunos períodos, declara prescrita la potestad sancionadora.

No obstante que la declaratoria de prescripción garantiza la seguridad jurídica del administrado —SERVIC, S.A. de C.V.— al saber hasta qué momento dejará de ser perseguido y, por lo tanto, sancionado, por las infracciones cometidas; dicha consideración deja a un lado al bien jurídico que se pretende proteger, la “seguridad social”.

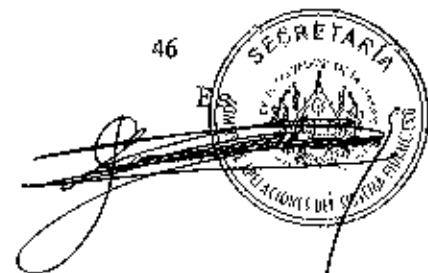
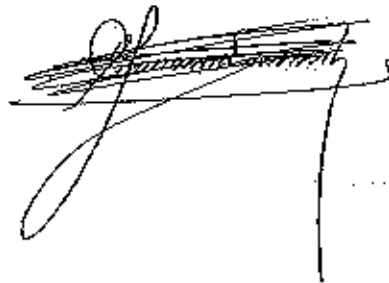
Y es que, al declarar prescrita la potestad sancionadora se debe considerar no solamente la certeza jurídica para beneficio del infractor sino que debe considerarse al bien que se pretende tutelar. De ahí que, al considerar que las infracciones en comento son instantáneas con efectos permanentes, se da certeza al administrado infractor porque esto permite que la potestad sancionatoria prescriba en un período "relativamente breve".

Por el contrario, al considerar que las infracciones en comento son de carácter permanente y que, el cómputo de la prescripción iniciará cuando cese la conducta infractora, por un lado, se está otorgando certeza al infractor porque al cesar en su conducta infractora, pasados los tres años de la prescripción dejará de ser perseguido por el cometimiento de la conducta tipificada como infracción; y, por otro lado, se da certeza al cotizante, que mientras el infractor sea omiso en el cumplimiento de sus obligaciones, éste podrá ser sancionado, ello en consideración a que el bien que se pretende tutelar es la seguridad social, y no, solamente la seguridad jurídica del infractor.


Así discrepamos del criterio contenido en la decisión adoptada por de la mayoría de los miembros del Comité,



PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ QUE LA SUSCRIBEN.



conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de veinticuatro folios, para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero, a las catorce horas cinco minutos del día quince de agosto de dos mil dieciséis.

  
\_\_\_\_\_  
Secretaría del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero



