



La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las catorce horas treinta minutos del día veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis, pronunciada por el Comité de Apelaciones, en el recurso de apelación con referencia CA-04-2016, promovido por CONVERPLAST, S.A. DE C.V., por medio de su apoderado general judicial con cláusula especial, licenciado Francisco Zacarías Álvarez Beloso, y que literalmente dice:

CA-04-2016

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO; San Salvador, a las catorce horas con treinta minutos del día veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

A sus antecedentes el escrito firmado por el señor Superintendente del Sistema Financiero, presentado el día veintiuno del presente mes y año, mediante el cual emite opinión en el presente recurso de apelación.

Visto en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero, a las once horas treinta minutos del treinta de mayo del presente año, en el procedimiento administrativo sancionador referencia PAS-86-2013, promovido contra CONVERPLAST, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia CONVERPLAST, S.A. DE C.V., en el cual, entre otros puntos, impuso las siguientes sanciones: a) multa por la cantidad de veinticinco dólares con seis centavos (US\$25.06), por incumplimientos a la obligación de declarar las cotizaciones de sus trabajadores, de conformidad con el art. 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (en adelante, LSAP), conducta calificada como infracción en el art. 159 de la misma ley; y, b) multa por la cantidad de un mil novecientos cincuenta y cinco dólares con setenta y dos centavos (US\$1,955.72), más los recargos moratorios que ascienden a la cantidad de seis mil trescientos setenta y dos dólares con cuarenta centavos (US\$6,372.40), por incumplimientos de la obligación de pagar las cotizaciones declaradas de sus trabajadores, de conformidad con los arts. 13 y 19 de la LSAP, conducta calificada como infracción en el art. 161 No. 1 de la referida ley.

Y CONSIDERANDO:

I. Que la sociedad apelante, por medio de su apoderado, licenciado Francisco Zacarías Álvarez Beloso, expresó no estar de acuerdo con la resolución impugnada por dos motivos: (a) la aplicación errónea de ciertos preceptos legales; y, (b) por existir un error de derecho en la valoración de la prueba; específicamente, por no haber aplicado el sistema de la sana crítica.

RECIBIDO
DIRECCIÓN DE ASUNTOS
JURÍDICOS
Superintendencia del Sistema Financiero

Original
 Fotocopia
 Fax
 Correo electrónico

Fecha:

Firma:

21/09/16 Hora: 3:06 PM

Maria Angela Orellana

(a) En cuanto al primer motivo, señala: “(...) la facultad sancionatoria de esa Superintendencia del Sistema Financiero no había nacido a la vida jurídica para los años 2009, 2010 y 2011; puesto que el Decreto Legislativo que dio vida jurídica a la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero fue sancionada (...) el día (sic) a los veintiséis días del mes de enero del año dos mil once; con una Vacatio Legis de 180 días posteriores a su publicación en el Diario Oficial. En ese orden de ideas, también resulta erróneamente aplicado el artículo 21 de la Constitución de la República (...) aun tratándose de una ley que protege derechos laborales y que constituye un interés público, éste no puede entenderse como una materia de Orden Público que brinde la posibilidad al Señor Superintendente del Sistema Financiero para aplicar la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero en forma retroactiva (...) En este orden de ideas, la facultad sancionatoria de la Superintendencia del Sistema Financiero ha caducado por falta de facultad jurídica por el principio de reserva de ley (sic); así como ha caducado por haber transcurrido más de tres años que señala el artículo 153 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones” [folio 7].

En este contexto, la apelante destaca que según la resolución impugnada existe mora por no declaración y no pago de cotizaciones previsionales correspondientes al período de devengue de abril de 2011, y mora por declaración y no pago de cotizaciones previsionales correspondientes a períodos del año 2009 y parte de 2011, fechas en las que aún no estaba vigente la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero y, por lo tanto, en las que el Superintendente no estaba facultado para fiscalizarle, menos aún, para sancionarle. Asimismo, afirma que el 14 de febrero de 2014, fecha de emisión de la resolución que ordena la instrucción del procedimiento sancionador, es la que debe considerarse para calcular el plazo de caducidad de la facultad sancionadora regulada en el art. 153 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

Finalmente asegura, que para los períodos de 2012 y 2013, el señor Superintendente no especifica las cantidades de dinero que supuestamente CONVERPLAST, S.A. DE C.V., está en deber; lo cual, hace imposible la determinación de la mora y multa a imponer, siendo contrario al derecho que le asiste a gozar de una resolución debidamente motivada.



(b) En el segundo motivo que alega, la impetrante expone: *"El señor Superintendente (...) ha incurrido en Error de Derecho en la Valoración de la Prueba aportada a la causa administrativa-sanccionadora, pues únicamente ha considerado como medio de prueba idóneo, útil, pertinente y conducente el Informe que ha rendido la Intendencia de Pensiones; informe que no fue cotejado o confrontado con otros medios documentales de prueba idóneos, útiles, pertinentes y conducentes como lo habría sido la presentación y exhibición de las Planillas de Declaración y Pago de las Cotizaciones objeto de revisión y supervisión; ya que el informe rendido por el Intendente de Pensiones identificado bajo el Memorando ISP-216/2014 de fecha veintiséis de septiembre de dos mil catorce que reportada a CONVERPLAST, S.A. DE C.V., en mora en el pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores tanto para AFP CONFLA y AFP CRECER se debía precisamente al Convenio Unilateral de Pago celebrado entre CONVERPLAST, S.A. DE C.V. "* [folio 8]. En su opinión, considera que existe una violación al principio de verdad material por ausencia de prueba de cargo.

Suma a lo anterior, que el Superintendente *únicamente ha basado su fallo sancionador en un "Memorando", emitido por la Intendencia de Pensiones, sin tomar en cuenta "los verdaderos medios probatorios que ofrece el Derecho Común" (...) que habrían consistido en la exhibición y presentación de planillas de pago de las obligaciones previsionales, con su correspondiente cálculo de rentabilidad dejada de percibir y demás accesorios económicos (...)*» [folio 9].

Por otra parte, manifiesta que: *"(...) el Informe rendido bajo Memorando ISP-26/2014 de fecha veintiséis de septiembre de dos mil catorce (...) se debía precisamente al Convenio Unilateral de Pago celebrado entre COVERPLAST, S.A. DE C.V. (sic) y las Administradoras de Fondos de Pensiones identificadas como AFP CONFLA, S.A. y AFP CRECER, S.A.; volviéndose ese informe (...) un doble juzgamiento y una doble imputación; ya que ese mismo período de supuesta falta de pago era el mismo período que ya había sido previamente acordado entre las partes (...) Por lo que existe un Error de Derecho en la Valoración de ese Informe (...) que a criterio de éste servidor –la parte actora– no es un medio de prueba idóneo que acredite la imputación administrativa"* [folio 8].

Concluye en este punto, que el Superintendente no valoró la prueba de descargo presentada, específicamente la que comprobaba que estaba cumpliendo los convenios de pago acordados (folio 9).

II. Mediante la resolución de las diez horas del uno de julio de este año, se dio intervención al licenciado Francisco Zacarías Álvarez Beloso en carácter de apoderado de CONVERPLAST, S.A. DE C.V., se admitió el recurso de apelación interpuesto, se suspendieron los efectos del acto impugnado y se previno a la sociedad apelante que señalara de forma clara y concreta la prueba documental propuesta, su contenido y los hechos que pretendía probar con cada uno de los documentos.

En esa misma resolución se requirió a las Administradoras de Fondos de Pensiones: CONFÍA, S.A. y CRECER, S.A., el respectivo historial de declaraciones y pagos de cotizaciones efectuadas por la sociedad apelante, con indicación de los datos que debía contener según los tipos de mora y períodos de devengue atribuidos a CONVERPLAST, S.A. DE C.V. en el acto impugnado, de conformidad con el memorando ISP-389/2013. Por último, se declaró sin lugar la solicitud de la apelante de librar oficios a la Asamblea Legislativa y a la Corte Suprema de Justicia.

En cumplimiento al requerimiento de información relacionado en el auto anterior, con fecha ocho de julio del corriente año, AFP CONFÍA, S.A. presentó un escrito (folio 118), con la documentación impresa y en formato digital (CD) agregada de folios 119 al 129. Por su parte, AFP CRECER, S.A. con fecha trece del mismo mes y año, presentó el escrito de folios 130 y 131, al cual adjuntó la información impresa y digital (CD) agregada de folios 132 al 138.

En el auto de las diez horas quince minutos del ocho de agosto del año en curso, se declaró inadmisibles la prueba documental ofrecida por CONVERPLAST, S.A. DE C.V., por no haber cumplido la prevención efectuada en la resolución de las diez horas del uno de julio del corriente año. Se ordenó a su vez, que la información pertinente al presente caso, proporcionada por AFP CONFÍA, S.A. y AFP CRECER, S.A., se hiciera del conocimiento de la sociedad apelante y del Superintendente, concediéndoles un plazo común para que, de



considerarlo pertinente, se pronunciaran al respecto. No obstante, ninguno emitió opinión sobre la información obtenida.

III. Finalmente, en el auto de las catorce horas del seis del presente mes y año, se mandó a oír al señor Superintendente conforme señala el art. 67 inc. 4º LSRSF, para que, de estimarlo conveniente, se manifestara sobre lo expuesto en el escrito de apelación. Al respecto, el señor Superintendente al hacer uso de la audiencia conferida mediante escrito de folios 149 al 152 manifestó en síntesis, sobre la prescripción alegada al amparo del artículo 153 LSAP que, aun cuando dicha norma se refiere a la "caducidad", se trata de la prescripción de la acción de la potestad sancionatoria, por lo cual debe apegarse a lo dispuesto en el art. 69 LSRSF, cuyo plazo es de diez años. Para fundamentar su postura, se refirió al art. 102 LSRSF, vigente a partir del 2 de agosto de 2011, que establece: "Para efectos de imponer sanciones, cuando en las diferentes leyes se haga referencia al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones que por esta ley se derogan, deberá entenderse que se hace referencia al procedimiento establecido en el capítulo VII del Título II de la presente Ley", en cuyo Capítulo hace alusión al procedimiento sancionador y sus recursos, de donde concluye que el art. 153 de LSAP es una disposición de naturaleza procesal al referirse al plazo de prescripción de la facultad sancionadora en materia de pensiones; por lo que, tratándose de una norma procesal relacionada con la imposición de sanciones debe estarse a lo dispuesto en el art. 69 LSRSF y por tanto declarar sin lugar la prescripción o caducidad alegada por la recurrente.

En cuanto a la falta de motivación del acto impugnado por considerar la apelante que para los períodos de devengue comprendidos en los años 2012 y 2013 no se establece la cantidad de dinero que CONVERPLAST, S.A. DE C.V., supuestamente está en deber, el señor Superintendente señala que la apelante siempre ha tenido conocimiento de los montos y períodos de devengue adeudados, por los cuales se le inició el procedimiento sancionador en su contra; que en la resolución de inicio, de fecha 14 de febrero de 2014 aparecen los referidos montos y especifica a qué AFP corresponden; además, en el Memorando ISP-389/2013 de la Intendencia de Pensiones se detallan los montos adeudados en AFP

CONFIA, S.A. y AFP CRECER, S.A., respectivamente y períodos de devengue a que corresponden; información cuya copia le fue entregada a la apelante lo cual consta en el acta de emplazamiento de fecha 6 de marzo de 2014.

Respecto al Fondo de Pensiones administrado por AFP CRECER, S.A. y que según la apelante se expresa que existe mora por no declaración y no pago de cotizaciones previsionales correspondientes a los períodos de devengue de abril de 2011, cuando aún no estaba vigente la LSRSF y que por tanto el señor Superintendente del Sistema Financiero no estaba facultado para fiscalizar ni para sancionarla, el SSF señaló la aplicación del art. 69 LSRSF.

Finalmente, sobre lo alegado bajo el punto "error de derecho en la valoración de la prueba; inaplicación del sistema de sana crítica", ante la falta de valoración alegada como los medios documentales de prueba que habrían consistido en la exhibición y presentación de planillas de pago de las obligaciones previsionales con su correspondiente cálculo de rentabilidad dejada de percibir y demás accesorios económicos que se calcularon y concretaron en esos mal llamados Convenios Unilaterales de Pago de Obligaciones Previsionales, y que en puridad son Acuerdo Bilaterales de Voluntad entre la apelante y las AFP, el señor Superintendente sostuvo en síntesis, que conforme a la LSAP y LSRSF, los convenios de pago y el pago mismo, no son eximentes de responsabilidad o atenuantes que deban tomarse en consideración al momento de imponer las sanciones; la prueba de descargo presentada (planillas canceladas extemporáneamente y convenios de pago) lo único que hace es confirmar el cometimiento de las infracciones por las cuales fue sancionada la apelante. Concluyó en este punto, que la prueba de cargo utilizada (el Memorando de la Intendencia de Pensiones) es idónea, ya que contiene información que las Administradoras de Fondos de Pensiones como supervisadas comparten con la SSF, respecto a los empleadores que se encuentran en mora en el pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores.

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 CONVERPLAST, S.A. de C.V. con multas y, en su caso, con recargos moratorios, por el cometimiento de las infracciones previstas en los artículos 159 y 161 No. 1 de la LSAP, respecto de los períodos detallados en el memorando número ISP-389/2013 y sus anexos, el cual motivó el inicio de oficio del procedimiento administrativo sancionador referencia PAS-86-2013.

La apelante fundamenta su disconformidad con el acto impugnado en los dos motivos descritos en el romano I de esta resolución, en cuyo orden este Comité realizará el análisis pertinente.

(1) Sobre la supuesta aplicación errónea de ciertos preceptos legales.

Bajo este acápite, la apelante denuncia la existencia de tres anomalías en la resolución impugnada; siendo éstas: 1.1. Que antes de la vigencia de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), el Superintendente no tenía facultad para fiscalizar ni sancionar a la apelante por infracciones a la LSAP; sin embargo, algunas de las infracciones imputadas tuvieron lugar en dicho período; 1.2. Que la facultad del Superintendente ha caducado por haber transcurrido el plazo que prevé el artículo 153 de la LSAP; y, 1.3. Que para los períodos de 2012 y 2013, en la resolución impugnada no se especifican las cantidades de dinero en concepto de devengue, siendo contrario al derecho a una resolución motivada. A continuación se analizará cada una de estas aseveraciones y si existe o no el vicio alegado.

1.1. Como expresa la apelante, la LSRSF entró en vigencia el 2 de agosto de 2011, en la que se confiere a la Superintendencia del Sistema Financiero, a través del Superintendente, la facultad de imponer a los supervisados las sanciones previstas en las leyes [arts. 3 inciso 3º, 4 letra l), 19 letra g) y 43 inciso 1º]. Este Comité también reconoce, que la potestad sancionadora, aspecto sustantivo del Derecho administrativo sancionador y elemento subjetivo del acto administrativo (competencia), debe existir al momento del cometimiento del hecho que se investiga y que finalmente se sanciona.

En el presente caso, a la sociedad CONVERPLAST, S.A. DE C.V. le han sido atribuidas entre otras, infracciones a la ley LSAP cometidas durante los años 2009 al 2011, respecto de las cuales la apelante sostiene que el Superintendente del Sistema Financiero no estaba facultado para fiscalizarle ni sancionarle, porque conforme la LSRSF dicha facultad no existía para esa época.

En efecto, la apelante soslaya las premisas que, en su conjunto, permiten concluir que su postura es insostenible tal como a continuación se aclara:

Como primer premisa, cabe recordar que antes de la entrada en vigencia de la LSRSF existía una Superintendencia de Pensiones creada mediante el Decreto Legislativo número 926 promulgado el 19 de diciembre de 1996 (Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones), publicado en el Diario Oficial número 1243, Tomo 333, del 23 de diciembre de 1996; y que, según los artículos 13 letra c) y 39 de la referida ley, dicha entidad era la competente, a través del Superintendente de Pensiones, para imponer las sanciones por las infracciones a lo dispuesto en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones. En ese sentido, ante las infracciones previstas en los artículos 159 y 161 No. 1 de la LSAP cometidas por CONVERPLAST, S.A. DE C.V., durante los años 2009 y parte de algunos períodos de 2011, la Superintendencia de Pensiones estaba facultada para imponerle las sanciones respectivas en cualquier momento hasta que se cumpliera el plazo de la prescripción del ejercicio de dicha potestad (tres años a partir del cometimiento de las conductas ilícitas).

La segunda premisa es que la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones fue derogada al entrar en vigencia la Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero (art. 121 de la LSRSF); y, esta última, en el artículo 101, dispone: *“La Superintendencia – la actual Superintendencia del Sistema Financiero – se regirá por las disposiciones de la presente Ley y por lo dispuesto en otras leyes que le sean aplicables, transfiriéndosele por Ministerio de Ley todas aquellas facultades, competencias, potestades, atribuciones y deberes que se mencionan en las leyes y que, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, le eran atribuidas (...) a la Superintendencia de Pensiones (...)”*.



De lo anterior se establece, que la facultad de sancionar a los sujetos que cometieron infracciones a la Ley SAP antes del 2 de agosto de 2011 (fecha de entrada en vigencia de la LSRSF) y que originalmente correspondía a la Superintendencia de Pensiones, fue trasladada por ministerio de ley a la actual Superintendencia del Sistema Financiero, con la única limitación de que dicha facultad la ejercitare dentro del plazo previsto en el artículo 153 de la LSAP (el cual no ha sufrido modificaciones); aspecto último que será analizado en el siguiente apartado.

En conclusión, queda plenamente desvirtuada la falta de potestad sancionatoria de la Superintendencia del Sistema Financiero alegada por la apelante, al considerar erróneamente que para los periodos 2009, 2010 y de algunos periodos de 2011 dicha potestad no había nacido debido a que la LSRSF entró en vigencia con posterioridad a los mismos, sin tomar en cuenta la recurrente, que en la nueva norma en el art. 121 por ministerio de ley confirió dicha potestad a la Superintendencia del Sistema Financiero.

1.2. Sobre la "caducidad" del ejercicio de la potestad sancionadora de la Superintendencia del Sistema Financiero.

La sociedad apelante indica que el ejercicio de la facultad sancionadora de la Superintendencia del Sistema Financiero había caducado por haber transcurrido en exceso el plazo que prevé el artículo 153 de la LSAP.

Por su parte, el señor Superintendente aduce que la figura (caducidad) que encierra el citado art. 153 LSAP se trata de la prescripción de la acción sancionatoria, y siendo esto así, la que aplica es la del art. 69 LSRSF cuyo plazo es de diez años. Para sustentar su tesis, señala que esta última ley, en el art. 102 establece que: "*Para efectos de imponer sanciones, cuando en las diferentes leyes se haga referencia al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, a los procedimientos establecidos... (...) en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones que por esta ley se derogan, deberá entenderse que se hace referencia al procedimiento establecido en el Capítulo VII del Título II de la presente Ley*", y que en cuyo Capítulo VII hace alusión al procedimiento sancionador y sus recursos. De ahí que, al referirse el art. 153 LSAP al plazo

de la prescripción, dicha figura es de naturaleza procesal, por lo cual, la prescripción que procede es la del plazo de diez años contenida en el art. 69 LSRSF.

Con el fin de comprobar la veracidad o no de este argumento planteado por la apelante y a su vez pronunciarse sobre lo expuesto por el señor Superintendente, este Comité parte de las siguientes consideraciones:

1.2.1. Consideraciones previas sobre la prescripción del ejercicio de la facultad sancionadora.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que, si bien la Administración Pública 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, artículo 86 inciso 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 artículo 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 con la cual coincide el señor Superintendente y que en ese mismo sentido ha reconocido este Comité en anteriores resoluciones.

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 de 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"; de esta manera, en el mismo apartado, concluyó que: "la prescripción puede y debe ser declarada de oficio, tanto en sede administrativa como en judicial, en vista que se están tutelando derechos de orden público" (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 artículo 68 inciso 2º de la LSRSF. Por tanto, 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.

Relacionado con este punto, es preciso destacar que el señor Superintendente expresa en su audiencia, que debe aplicarse el plazo de prescripción contemplado en el art. 69 de la LSRSF. Su postura la basa en que el art. 102 LSRSF, al hacer referencia a los procedimientos sancionadores que establecían las leyes derogadas (como el de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Sistema de Pensiones) según la LSRSF debe entenderse al procedimiento sancionador y recursos previstos (inclusive el art. 69) en el Capítulo VII de dicha norma, de donde colige que el art. 153 LSAP contiene una figura de naturaleza procesal al referirse al plazo de prescripción de la facultad sancionadora en materia de pensiones, que hoy en día concurre en el Superintendente del Sistema Financiero.

Sobre el señalamiento anterior, este Comité es del criterio que el art. 102 LSRSF no aplica al tema que nos ocupa, pues si bien se refiere a que el procedimiento sancionatorio aplicable para establecer el cometimiento de infracción a las leyes cuya competencia corresponde a la SSF es el contenido en el Capítulo VII esto se debe a la derogatoria de las leyes orgánicas en las cuales se regulaba el procedimiento para tal efecto. Para el caso, el procedimiento sancionatorio contenido en la extinta Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones, no se incluía la figura de la "prescripción" o caducidad, por estar ésta regulada en el art. 153 de la LSAP. De ahí que, se desestima la tesis planteada por el señor Superintendente, en razón de que en materia de pensiones, la prescripción no era parte integrante del procedimiento sancionatorio ni era regulada en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones ya derogada, ya que esta se encuentra establecida en la LSAP vigente.

Partiendo de lo últimamente expuesto, este Comité ha declarado en diversas resoluciones que los preceptos de la LSAP, según el artículo 235, prevalecen sobre cualquier otros que los contraríen y únicamente se tendrán como derogados o modificados cuando el legislador expresamente así lo disponga. En el art. 121 de la LSRSF, que regula



expresamente las normas que se derogan con la entrada en vigencia de la citada ley, no aparece señalada la LSAP ni alguno de sus artículos.

Entonces, no es posible soslayar el carácter especial y prevalente de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, más aún cuando para su modificación o derogatoria es indispensable una norma expresa. Por lo cual, ante el tratamiento normativo diferente de la LSRSF y la Ley SAP (ambas vigentes), la hermenéutica jurídica nos indica que la prioridad corresponde a la segunda. Es así que se concluye que el art. 153 de la LSAP es una norma vigente y por tanto la aplicable en materia de prescripción al caso de estudio.

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 artículo 69 de la 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.

Desde esa perspectiva de análisis, el artículo 153 de la 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 períodos 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 período relativamente breve, buscando el mayor efecto correctivo e

inmediato posible, pero dejando intactas las obligaciones frente al fondo de pensiones, las cuales son imprescriptibles (artículo 20 de la LSAP).

Recapitulando sobre el punto en cuestión, por razones de seguridad jurídica, el art.159 de la 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 enfatizar 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 artículo 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 inciso 6° de la 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 artículos 159 y 161 de la 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 Superintendencia del Sistema Financiero (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 de la 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).

Establecido el marco teórico de la prescripción, y aún cuando la apelante señala que la fecha 14 de febrero de 2014 es la que debe tomarse en cuenta para establecer el plazo de la

misma, este Comité procederá a determinar, a partir de la normativa aplicable, 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 está habilitada para ejercer la potestad sancionatoria.

Bajo el acápite "*Obligatoriedad de las cotizaciones*", el artículo 13 de la 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 resaltado es propio—. Sobre la declaración y pago de las cotizaciones, el artículo 19 inciso 3º de la 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 resaltado es propio—.

Por otra parte, bajo el epígrafe "*Incumplimiento a la obligación de declarar*", el artículo 159 de la 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 artículo 161 de la 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 artículos 159 y 161 de la 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 artículo 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 el 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 perdido 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 17 de diciembre de 2012, en el recurso de casación referencia 389-CAS-2011, la Sala de lo Penal afirma que el delito de "APROPIACIÓN O RETENCIÓN DE CUOTAS LABORALES" (artículo 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 PROPLA 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 conciben 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 artículos 159 y 161 de la 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 que se examina, 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 artículos 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 (artículo 151 de la 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 artículos 159 y 161 de la LSAP, es legítimo cuando se verifica dentro de los tres años que prevé el artículo 153 de la 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 ha indicado en resoluciones anteriores 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 (anté 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.

1.2.2. Aplicación de la prescripción al caso concreto.

Según el memorando número ISP-389/2013 y sus anexos (folios 1 al 13 del expediente con referencia PAS-86/2013), CONVERPLAST, S.A. DE C.V., al 8 de noviembre de 2013, reportaba mora en las administradoras de fondos de pensiones en los siguientes conceptos y montos:

- a. En la AFP Confía, S.A.:



- 1) La cantidad de US\$218.00, en concepto de cotizaciones no declaradas y no pagadas, correspondiente al periodo de devengue de marzo de 2013 (anexo I-A, folio 4).
- 2) La cantidad de US\$7,251.80, en concepto de cotizaciones declaradas y no pagadas, correspondientes a los periodos de devengue de octubre y diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; de enero, febrero, marzo, noviembre y diciembre de 2011; de enero, febrero, marzo, abril, junio y julio de 2012; y, junio de 2013 (anexo II-A, folio 5).

b. En la AFP Crecer, S.A.:

- 1) La cantidad de US\$34.96, en concepto de cotizaciones no declaradas y no pagadas correspondientes al periodo de devengue de abril de 2011 (anexo IB, folio 6).
- 2) La cantidad de US\$3,313.81, en concepto de cotizaciones declaradas y no pagadas, correspondientes a los periodos de devengue de agosto, octubre y diciembre de 2009; de enero, febrero, marzo, abril y julio de 2010; de agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2011; de enero, febrero, marzo, abril y junio de 2012; y, de marzo y junio de 2013 (anexo II-B, folio 7).

La sociedad apelante no logró desvirtuar los datos establecidos en dichos documentos durante el procedimiento sancionador; en consecuencia, la Superintendencia, mediante la resolución definitiva objeto de estudio, impuso a CONVERPLAST, S.A. DE C.V. las siguientes sanciones: a) multa por la cantidad de veinticinco dólares con seis centavos (US\$25.06), por incumplimientos a la obligación de declarar las cotizaciones de sus trabajadores, de conformidad con el art. 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, conducta calificada como infracción en el art. 159 de la misma ley; y, b) multa por la cantidad de un mil novecientos cincuenta y cinco dólares con setenta y dos centavos (US\$1,955.72), más los recargos moratorios que ascienden a la cantidad de seis mil trescientos setenta y dos dólares con cuarenta centavos (US\$6,372.40), por incumplimientos de la obligación de pagar las cotizaciones declaradas de sus trabajadores, de conformidad con los artículos 13 y 19 de la LSAP, conducta calificada como infracción en el art. 161 No. 1 de la referida ley.

De la revisión al expediente sancionador referencia PAS-86-2013, aparece a folio 16 que el emplazamiento respectivo tuvo lugar el 6 de marzo de 2014, acto con el que se entiende interrumpido el cómputo del plazo de la prescripción y que abre la posibilidad de sancionar a la presunta infractora hasta transcurrir los tres años. En ese sentido, en el presente caso, es necesario determinar la fecha de consumación de cada una 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, el ejercicio de la potestad sancionatoria se encontraba o no prescrita.

En esa línea de análisis, y partiendo de la fecha (6 de marzo de 2014) de la notificación del inicio del procedimiento sancionatorio, a continuación se ofrece un detalle de aquellos períodos sobre los cuales había prescrito el ejercicio de la potestad sancionatoria de la SSF respecto a las infracciones de no declaración y de no pago por transcurrir el plazo legamente establecido, especificándose las fechas relevantes para tal efecto:

Con relación a la infracción de no pagar las cuotas previsionales en el plazo que manda la ley en AFP CONFÍA, S.A.

(Tomado del Anexo II-A del Memorando ISP-389/2013, folio 5)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	VENCIMIENTO DEL PLAZO LEGAL PARA DECLARAR	FECHA DE COMISIÓN DE INFRACCIÓN	Prescribió el ejercicio de la facultad sancionadora de la SSF
2009-10	16/11/2009	17/11/2009	17/11/2012
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
2010-03	16/04/2010	17/04/2010	17/04/2013
2010-04	17/05/2010	18/05/2010	18/05/2013
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

Con relación a la infracción de no pagar las cuotas previsionales en el plazo legamente establecido en AFP CRECER, S.A.

(Tomado del Anexo II-B del Memorando ISP-389/2013, folio 7)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	VENCIMIENTO DEL PLAZO LEGAL PARA DECLARAR	FECHA DE COMISIÓN DE INFRACCIÓN	Prescribió el ejercicio de la facultad sancionadora de la SSP
2009-08	11/09/2009	12/09/2009	12/09/2012
2009-10	16/11/2009	17/11/2009	17/11/2012
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
2010-03	16/04/2010	17/04/2010	17/04/2013
2010-04	17/05/2010	18/05/2010	18/05/2013
2010-07	19/08/2010	20/08/2010	20/08/2013

Como puede notarse, el plazo de los tres años de prescripción para las infracciones cometidas en los períodos antes detallados se cumplió previamente a la fecha en que se realizó el emplazamiento.

A continuación, se muestra además del detalle de los períodos en los que el ejercicio de la facultad sancionadora se encontraba prescrito a la fecha del emplazamiento, los correspondientes montos en concepto de mora, multas y recargos moratorios, según sea el caso. Estos datos son los que aparecen en el Memorando ISP-389/2013, agregado de folios 1 al 13 del expediente administrativo sancionador referencia PAS-86-2013.

Detalle de la mora, multas y recargos relativos a las infracciones por no pagar en el plazo legal las cotizaciones previsionales en AFP CONFÍA, S.A. y AFP CRECER, S.A. (art. 160 No. 1 de la LSAP).

(Tomado de Anexo VI del Memorando ISP-389/2013, folio 10)

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
2009-08	289.78	57.96	289.78
2009-10	465.30	93.06	446.69
2009-12	444.19	88.84	408.65
2010-01	404.59	80.92	364.13
2010-02	380.39	76.08	334.74
2010-03	373.80	74.76	321.47
2010-04	372.81	74.56	313.16
2010-05	330.39	66.08	270.92
2010-06	326.44	65.29	261.15
2010-07	633.21	126.64	493.90
2010-08	384.38	76.88	292.13
2010-09	384.38	76.88	284.44
2010-10	390.01	78.00	280.81
2010-11	356.58	71.32	249.61
2010-12	347.78	69.56	236.49
2011-01	322.72	64.54	213.00
TOTAL		1,241.37	5,061.07

Al sumar los montos de las multas por los incumplimientos de la obligación de realizar el pago en el plazo legal de las cotizaciones previsionales en AFP CONFÍA, S.A. y AFP CRECER, S.A., antes detallados, resulta un monto total de un mil doscientos cuarenta y un dólares con treinta y siete centavos (US\$1,241.37), más los recargos moratorios totales de cinco mil sesenta y un dólares con siete centavos (US\$5,061.07).

Como consecuencia de establecer que el ejercicio de la facultad sancionadora se encontraba prescrito a la fecha de la notificación del inicio del procedimiento sancionador respecto de los períodos previamente relacionados, resulta procedente la revocación de las multas impuestas y los recargos relacionados con los mismos. Lógicamente, el resto de los períodos que han sido sancionados, implica que la potestad sancionatoria fue ejercida dentro del plazo conforme a los términos antes expuestos.

Este Comité reitera, que la prescripción establecida del ejercicio de la facultad sancionadora respecto de los incumplimientos incurridos –no 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 artículo 20 de la LSAP, éste tipo obligaciones son imprescriptibles.

A continuación se detallan los períodos en los cuales las cuotas previsionales correspondientes no fueron declaradas y/o no pagadas en el plazo de ley, incurriendo la apelante en las infracciones previstas en los artículos 159 letra a) y 161 número 1 de la LSAP.

AFP CONFÍA, S.A.

(Tomado del Anexo I-A del Memorando ISP-389/2013, folio 4)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	VENCIMIENTO DEL PLAZO LEGAL PARA DECLARAR	FECHA DE COMISIÓN DE INFRACCIÓN
2013-03	12/04/2013	13/04/2013

AFP CRECER, S.A.

(Tomado del Anexo I-B del Memorando ISP-389/2013, folio 6)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	VENCIMIENTO DEL PLAZO LEGAL PARA DECLARAR	FECHA DE COMISIÓN DE INFRACCIÓN
2011-04	16/05/2011	17/05/2011

Infracciones por no hacer efectivo el pago de las cuotas previsionales en el plazo legal de las cuotas previsionales.

AFP CONFÍA, S.A.

(Tomado del Anexo II-A del Memorando ISP-389/2013, folio 5)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	VENCIMIENTO DEL 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
2011-11	14/12/2011	15/12/2011
2011-12	13/01/2012	14/01/2012
2012-01	14/02/2012	15/02/2012
2012-02	14/03/2012	15/03/2012
2012-03	18/04/2012	19/04/2012
2012-04	15/05/2012	16/05/2012
2012-06	13/07/2012	14/07/2012
2012-07	16/08/2012	17/08/2012
2013-06	12/07/2013	13/07/2013

AFP CRECER, S.A.

(Tomado del Anexo II-B del Memorando ISP-389/2013, folio 7)

AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	YENCIMIENTO DEL PLAZO LEGAL PARA PAGAR	FECHA DE COMISIÓN DE INFRACCIÓN
2011-08	13/09/2011	14/09/2011
2011-10	15/11/2011	16/11/2011
2011-11	14/12/2011	15/12/2011
2011-12	13/01/2012	14/01/2012
2012-01	14/02/2012	15/02/2012
2012-02	14/03/2012	15/03/2012
2012-03	18/04/2012	19/04/2012
2012-04	15/05/2012	16/05/2012
2012-06	13/07/2012	14/07/2012
2013-03	12/04/2013	13/04/2013
2013-06	12/07/2013	13/07/2013

Sobre los anteriores períodos y sus respectivas multas (y recargos moratorios, en su caso) serán analizados los restantes motivos de inconformidad contra la resolución objeto de impugnación.

1.3. Sobre la supuesta indeterminación de la mora y multa a imponer.

La sociedad apelante asegura que para los períodos de devengue de 2012 y 2013, en el acto impugnado no se especifican las cantidades de dinero que supuestamente CONVERPLAST, S.A. DE C.V. está en deber, lo cual hace imposible la determinación de



la mora y multa a imponer, siendo contrario al derecho que le asiste a obtener una resolución motivada.

En relación al punto alegado, resulta oportuno señalar que la Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que "[l]a motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones fácticas y jurídicas que le determinaron a adoptar su decisión. La Ratio essendi de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable. La doctrina coincide en otorgar a la motivación como principales finalidades: desde el punto de vista interno, el asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; desde el terreno externo, formal, constituye una garantía para el interesado a quien le permite conocer las razones o motivos por los cuales se le sanciona, posibilitando el adecuado ejercicio de los medios de impugnación. Con ello, la motivación también incide en el control jurisdiccional, en tanto posibilita el análisis del criterio de decisión que indujo a la Administración a resolver en determinado sentido" (sentencia de las catorce horas dieciocho minutos del 14 de junio de 2011, en el juicio contencioso administrativo referencia 447-2007) –el subrayado es propio–. Así, el deber de motivación se desprende del derecho de seguridad jurídica y defensa contenidos respectivamente en los artículos 2 y 12 Constitución (sentencia de las doce horas y ocho minutos del día 22 de abril de 2003, en el proceso de Habeas Corpus referencia 266-2002).

Al trasladar lo anteriormente expuesto al supuesto alegado, resulta que de la revisión del acto impugnado aparece expresamente el total de la respectiva mora (o monto global del dinero adeudado) por la no declaración de las cuotas y también por el no pago en el plazo legal de las cotizaciones previsionales a cargo de CONVERPLAST, S.A. de C.V., al 8 de noviembre de 2013, con cada una de las Administradoras de Fondo de Pensiones, correspondientes a los periodos por los cuales se inició el procedimiento administrativo sancionador (también detallados), entre ellos los comprendidos en los años 2012 y 2013 (ver folio 141 del expediente con referencia PAS-86/2013), así como el monto total de las respectivas multas por el cometimiento de las infracciones de no declaración en el plazo legal de cotizaciones previsionales y el monto total de las multas y recargos

moratorios por el cometimiento de las infracciones de no pago en el plazo legal de cotizaciones previsionales (ver folio 144 del expediente referencia PAS-86/2013).

Tales montos globales fueron tomados del informe contenido en el Memorando número ISP-389/2013, el cual sirvió de base para el inicio del procedimiento administrativo sancionador y como prueba del cometimiento de las infracciones por las que fue sancionada la apelante; y, así lo indica claramente el Superintendente en la resolución impugnada a folios 141 y 143 del expediente referencia PAS-86/2013. En dicho informe aparece el detalle de los montos (cantidades de dinero) de las cotizaciones en mora *por cada uno de los períodos de devengue investigados*, así como las multas y, en su caso, los recargos moratorios individualizados por cada una de las infracciones atribuidas, calculados de conformidad con los artículos 159 y 161 No. 1 de la LSAP. Este informe fue entregado a la apelante al momento de comunicarle el inicio del procedimiento administrativo sancionador, según consta en el acta de folio 16 del expediente PAS-86/2013.

Ahora bien, al efectuar el Superintendente en el acto impugnado una remisión expresa al Memorando número ISP-389/2013, el contenido de este último se entiende parte del fundamento fáctico y probatorio de aquél, sin que la falta de transcripción íntegra del mismo implique un vicio de motivación que, a su vez, constituya una violación a los derechos de defensa y seguridad jurídica de la apelante, pues ha quedado comprobado que el referido Memorando fue hecho del pleno conocimiento de CONVERPLAST, S.A. DE C.V., al punto de poder controvertirlo, incluso, en esta sede.

Se concluye sobre este punto, que la apelante tuvo conocimiento y acceso a todos los elementos fácticos-probatorios que sustentan la decisión sancionatoria del Superintendente, entre ellos el detalle de la cuantía de cada una de las cotizaciones no declaradas o no pagadas en tiempo por período de devengue, así como de las multas y recargos moratorios cuyo pago corresponde a la apelante. Todo lo anterior también fue confirmado en el escrito de audiencia por el Señor Superintendente. Por tanto, al no existir el vicio denunciado se desestima dicho punto.

(2) Sobre el supuesto error de derecho en la valoración de la prueba.



Bajo este acápite, la sociedad apelante reúne tres aparentes vicios en el acto impugnado y que a continuación se detallan:

2.1. Que el informe rendido por la Intendencia de Pensiones –prueba de cargo– no fue cotejado o confrontado con las planillas de pago de las obligaciones previsionales, con su correspondiente cálculo de rentabilidad dejada de percibir y demás accesorios económicos.

2.2. Que el informe rendido bajo Memorando ISP-26/2014 de fecha 26 de septiembre de 2014, constituye un doble juzgamiento y una doble imputación.

2.3. Que no fue valorada la prueba de descargo presentada, es decir, la que comprobaba que se estaban cumpliendo los convenios de pago acordados.

2.1. Sobre el informe de mora y multa remitido por medio del Memorando ISP-389/2013 y la comprobación de las infracciones atribuidas.

Según consta en el apartado "VALORACIÓN DE LA PRUEBA" del acto impugnado (folio 143 del expediente PAS-86/2013), con el Memorando ISP-389/2013 que contiene el informe sobre el cálculo de mora y multas al empleador CONVERPLAST, S.A. DE C.V., elaborado por la Intendencia del Sistema de Pensiones (folios 1 al 15 del expediente PAS-86/2013), y los compromisos unilaterales de pago presentados por la sociedad apelante, quedaron establecidos los incumplimientos de las obligaciones previstas en los artículos 13 y 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones. Al respecto, la apelante considera que el referido informe no es prueba útil, pertinente, idónea y conducente.

Conforme el Código Procesal Civil y Mercantil, para que la prueba sea *admitida* en un proceso, ésta debe cumplir tres requisitos: ser legal, pertinente y útil. Tales parámetros son perfectamente trasladables al examen de admisión de la prueba en el procedimiento sancionador. En primer lugar, debe destacarse que cualquier información obtenida por la Superintendencia en el transcurso de sus actividades de supervisión, tal como el informe resultante de la investigación realizada por la Intendencia de Pensiones, comunicado por medio del Memorando ISP-389/2013, constituye prueba según el artículo 60 inciso 4º de la LRSRF. En cuanto a la pertinencia y utilidad, se aprecia que la investigación y el

procedimiento administrativo sancionador versó sobre el estado de cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 13 y 19 de la LSAP a cargo de CONVERPLAST, S.A. DE C.V. en ciertos periodos de devengue, y el mencionado informe de la Intendencia de Pensiones recoge precisamente dicha información. Por tanto, como afirma el señor Superintendente en la audiencia conferida, dicha prueba es idónea por cuanto contiene la información que las Administradoras de Fondos de Pensiones como supervisadas comparten con la SSF, respecto de los empleadores que se encuentran en mora en el pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores. En conclusión, dicha prueba es admisible y constituye la prueba de cargo en el respectivo procedimiento sancionador y como tal correspondía a la interesada desvirtuarla.

Ahora bien, la prueba no sólo está sujeta a un examen de admisibilidad. Debido a que su principal función es producir certeza de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por quien la aporta, la prueba es, además, *valorada* por el juzgador para tomar una decisión. En el procedimiento administrativo sancionador tramitado por la Superintendencia del Sistema Financiero, esta labor se realiza bajo el sistema de la *sana crítica* (art. 72 inciso final de la LSRSF) que implica la valoración conjunta de la prueba a partir de las máximas de experiencia, lógica y psicología. Éste es el punto medular de la inconformidad de la apelante, al considerar que el informe de la Intendencia de Pensiones debía cotejarse con la información directamente elaborada por las Administradoras de Fondo de Pensiones para crear una plena certeza en la Administración de la existencia de las infracciones atribuidas y de los montos adeudados.

Este Comité reconoce que el informe de la Intendencia de Pensiones es un medio probatorio que aporta datos sujetos a valoración; también reconoce 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 sobre el particular, ya que conforme a la LSAP, las AFP tienen por objeto exclusivo la administración del fondo de pensiones (art. 23 de la LSAP), de manera que son dichas entidades las que manejan la documentación original de soporte de los datos (las planillas previsionales elaboradas y presentadas por los empleadores), los registros contables de los datos e informes financieros relativos a la deuda previsional de los empleadores frente al fondo.



No obstante, no debe perderse de vista que los reportes de mora previsional generados por la SSF son elaborados con base al Sistema de Mora SAP, el cual es sustentado con la información que las AFP aportan, con lo que se evidencia el carácter de fuente primaria que ostentan los historiales de estas últimas entidades. En ese sentido, de advertirse una incongruencia entre la información de la SSF y de una AFP, se dará preferencia a esta última 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.

Sobre la base de lo antes expuesto, este Comité ha analizado y cotejado la información remitida por la AFP CONFÍA, S.A. y AFP CRECER, S.A. –que les fue requerida conforme el art. 67 inciso 3º LRSF– (folios 118 al 138), con los datos que utilizó de base la SSF para la imposición de las multas (contenidos en el Memorando ISP-389/2013, folios 1 al 13 del expediente con referencia PAS-86/2013), únicamente en los períodos en los que no operó la prescripción.

Como resultado de lo anterior, se ha determinado que según la base de datos de las AFP, la apelante, en efecto, ha incurrido en las infracciones de no declaración y de no pago en el plazo legal de las cotizaciones previsionales correspondientes, en su caso, a los períodos de devengue de febrero, marzo, noviembre y diciembre de 2011, de enero a julio de 2012, y de marzo y junio de 2013, para AFP CONFÍA, S.A.; y, a los períodos de devengue de abril, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2011; de enero a abril y junio de 2012, y de marzo y junio de 2013, para AFP CRECER, S.A.

En cuanto a los montos de las cotizaciones correspondientes a dichos períodos de devengue (mora previsional), se aprecia que los establecidos en el informe elaborado por la Intendencia de Pensiones (contenidos en el Memorando ISP-389/2013) coinciden con los que aparecen en los respectivos historiales presentados por las AFP, a excepción del período de marzo de 2013, el cual resulta ser mayor al contenido en el referido Memorando y por tanto la multa debió haber sido mayor que la impuesta según el siguiente detalle:

Comparación entre la mora por no declaración de las cotizaciones previsionales en el plazo legal, contenida en el Anexo I-A del Memorando ISP-389/2013 (folio 4 del expediente PAS-86/2013) y la reflejada en la información solicitada a AFP CONFÍA, S.A. (folio 120).

Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para el pago	Monto no declarado según SSF	Multa por no declaración (art. 159 LSAP), según dato de SSF	Monto no declarado según AFP CONFÍA.	Multa por no declaración (art. 159 LSAP), según dato de AFP
2013-03	12/04/2013	218.06	21.81	277.01	27.70

Como puede observarse, para el período de devengue de marzo de 2013, la AFP CONFÍA S.A. refleja un monto no declarado (en el plazo legal) mayor que el reportado por la SSF, que como consecuencia repercute en un incremento al monto de la multa de \$5.89.

En el presente caso, conforme a los datos brindados por la AFP que como anteriormente se ha expuesto prevalecen sobre los utilizados por la SSF, la situación de la apelante resultaría más gravosa; por lo cual, en virtud del principio *nec reformatio in pejus* el monto de la multa por no declaración en el plazo legal en el mes de marzo de 2013, no será modificado por este Comité, manteniéndose por tanto las multas impuestas en la resolución objeto de apelación, por cuanto el argumento esgrimido por la apelante ha sido desestimado.

2.2. Sobre el supuesto doble juzgamiento e imputación ventizada por la Superintendencia y la no valoración de los convenios de pago.

Asegura la sociedad apelante que el Informe comunicado mediante el Memorando ISP-26/2014 del 26 de septiembre de 2014 constituye un doble juzgamiento y una doble imputación, pues los datos en él reflejados para los mismos períodos por la supuesta falta de pago eran los mismos que previamente habían sido acordados entre las partes. Asimismo, alega que la Superintendencia no valoró que la sociedad apelante estaba cumpliendo los convenios de pago acordados.

Al respecto, cabe aclarar en primer lugar, que el Informe elaborado por la Intendencia del Sistema de Pensiones, comunicado mediante el Memorando ISP-216/2014



del 26 de septiembre de 2014 (folios 114 al 122 del expediente PAS-86/2013), fue requerido por la Superintendencia durante el procedimiento administrativo sancionador por resolución de las once horas del once de septiembre de 2014 (folio 110 del expediente PAS-86/2013), con el objetivo de obtener un nuevo cálculo de la mora y multas atribuidas a CONVERPLAST, S.A. DE C.V., frente al fondo de Pensiones al 24 de septiembre de 2014, por los mismos períodos contemplados en el Memorando ISP-389/2013.

Sin embargo, como consta en el romano II del apartado VALORACIÓN DE LA PRUEBA del acto impugnado (folio 143 del expediente PAS-389/2013), dicho Informe fue desechado como prueba bajo la correcta interpretación de que ninguna declaración y/o pago de cotizaciones previsionales extemporáneo puede eximir de responsabilidad administrativa al empleador. De ahí que tal documento no alteró ninguno de los términos iniciales de la acusación (informados a la apelante al ser empleada), cediéndose la Superintendencia a establecer en el acto definitivo los montos de mora y multas basada únicamente en el Memorando ISP-389/2013.

En este orden, se aclara a la apelante que basta con que llegue el undécimo día del mes próximo al de devengue y no haber declarado o no haber pagado las cotizaciones previsionales en su monto total, para que se configure la infracción y por tanto ser acreedora de la sanción respectiva. Las declaraciones y/o pagos extemporáneos de las cuotas en estudio (éstos últimos objeto de los denominados convenios unilaterales de pago con las AFP), sólo confirman que ha existido una inobservancia de la norma, en los términos previstos en los artículos 159 y 161 No. 1 de la LSAP; por esta razón, no eximen de responsabilidad administrativa; y bajo esta premisa fueron valorados por la Superintendencia en el acto impugnado (ver folio 143 del expediente PAS 86/2013).

Otro tema es la responsabilidad civil, por la cual el patrono se encuentra en la obligación de pagar la deuda previsional a favor de las Administradoras de Fondos de Pensiones *en cualquier momento*, con independencia de si ha sido sancionada o no por la Superintendencia; de ahí que surgen los denominados convenios unilaterales de pago, en cuyo caso el pago extemporáneo voluntario sólo evitará que se inicie un proceso judicial (ejecutivo) en contra del empleador deudor (para exigir de forma forzosa el pago de la

deuda) y que se incrementa el monto de los recargos moratorios, los cuales se aplican al momento de hacer efectivo el pago de las cotizaciones.

No existe por tanto el supuesto doble juzgamiento e imputación atribuida a la Superintendencia, por cuanto las conductas ilícitas incurridas por la apelante son las mismas que dieron origen al procedimiento sancionatorio y le fueron hechas del conocimiento a la interesada. De igual forma se desestima el vicio alegado respecto a la no valoración de los convenios de pagos, ya que como se reitera, las infracciones cometidas por la apelante previstas en los artículos 159 letra a) y 161 No.1 de la LSAP, solo exigen un elemento objetivo siendo este, la falta de declaración y pago de las cotizaciones previsionales en el plazo que exige el art. 19 inc. 3º 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 acordado convenios de pago y por tanto, haber presentado las declaraciones y/o realizado el pago respectivo de forma extemporánea no exime de responsabilidad al presunto infractor, salvo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, los cuales en el presente caso no se han acreditado.

Este Comité comparte la postura expuesta por el señor Superintendente en el escrito de audiencia, al señalar que la falta de valoración de prueba alegada por la apelante respecto a los citados convenios unilaterales de pago de obligaciones previsionales acordados con los cuales se afirmaba que estaba cumpliendo, así como las planillas canceladas extemporáneamente, no son eximentes de responsabilidad o atenuantes que deban tomarse en cuenta al momento de imponer las sanciones. Por el contrario, con dichos documentos lo único que hacen es confirmar el cometimiento de las infracciones incurridas objeto de sanciones. Lo anterior implica que la falta de valoración a las pruebas alegadas por la recurrente no incide de manera negativa en la esfera jurídica de esta pues, tal como se ha señalado, lo único que hacen es confirmar las conductas ilícitas atribuidas.

Finalmente, cabe recordar que 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.

Luego de haberse expuesto los argumentos que fundamentan la posición de este Comité con respecto a los alegatos presentados por CONVERPLAST, S.A. de C.V. en su recurso de apelación, se procederá a detallar los montos de las sanciones en los períodos sobre los cuales el Superintendente ejerció válidamente su facultad sancionatoria.

Detalle de la mora y las multas relativas a las infracciones de no declaración de las cotizaciones previsionales (art. 159 LSAP) en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A. que se procederán a confirmar.

Año y mes de cotización	Mora por no declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de declarar.
2011-04	32.49	3.25
2013-03	218.06	21.81
TOTALES:	250.55	25.06

Detalle de la mora, multas y recargos relativos a las infracciones de no pago de las cotizaciones previsionales (art. 161 No. 1) en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A. que se procederán a confirmar.

Año y mes de cotización	Mora por declaración y no pago	Multa por incumplimiento a la obligación de pago.	Recargo moratorio por no pago.
2011-02	316.20	63.24	202.37
2011-03	57.35	11.47	35.56
2011-08	106.53	21.31	55.40
2011-10	98.00	19.60	47.04
2011-11	273.67	54.73	125.89
2011-12	271.28	54.26	119.36
2012-01	263.83	52.77	110.81

2012-02	333.03	66.61	133.21
2012-03	344.12	68.82	130.77
2012-04	343.83	68.77	123.78
2012-06	343.02	68.60	109.77
2012-07	201.57	40.31	60.47
2013-03	122.78	24.56	17.19
2013-06	496.64	99.33	39.73
TOTALES	3,571.85	714.38	1,311.35

De acuerdo a los datos precedentes, el monto de las multas a confirmar por incumplimiento a la obligación de declarar dentro del plazo que manda la ley, en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A., asciende a la cantidad de veinticinco dólares con seis centavos (US\$25.06).

Mientras que por el incumplimiento a la obligación de realizar el pago de las cotizaciones previsionales en el tiempo legalmente establecido, en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A., genera una multa total de setecientos catorce dólares con treinta y ocho centavos (US\$714.38), más los recargos moratorios totales de un mil trescientos once dólares con treinta y cinco centavos (US\$1,311.35).

POR TANTO: Con base en los razonamientos anteriormente 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 treinta minutos del treinta de mayo de dos mil dieciséis, pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-86-2013, promovido contra la empleadora CONVERPLAST, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia CONVERPLAST, S.A. DE C.V., en el siguiente sentido:

A) Declárase prescrito el ejercicio de la potestad sancionadora de la SSF respecto de las infracciones cometidas por CONVERPLAST, S.A. DE C.V., respecto a los incumplimientos de la obligación de pagar en el plazo legal las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A., correspondientes a los períodos de agosto,



octubre y diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; y enero de 2011. Por consiguiente, **REVÓQUENSE** las multas que ascienden a un monto total de un mil doscientos cuarenta y un dólares con treinta y siete centavos (US\$1,241.37) por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 161 número 1 de la LSAP, más los recargos moratorios totales de cinco mil sesenta y un dólares con siete centavos (US\$5,061.07).

B) Confírmense las multas por un monto total de veinticinco dólares con seis centavos (US\$25.06), por incumplimiento de CONVERPLAST, S.A. DE C.V. a la obligación de declarar en tiempo las cotizaciones previsionales (art.159 letra a) LSAP) en AFP Confia, S.A. y AFP Crecer, S.A., por los períodos de abril de 2011 y marzo de 2013; así como las multas ascendentes a la cantidad de setecientos catorce dólares con treinta y ocho centavos (US\$714.38), por el incumplimiento a la obligación de pagar en el plazo legal las cotizaciones previsionales (art.161 No.1 LSAP) en AFP Confia, S.A. y AFP Crecer, S.A., correspondientes a los períodos de febrero, marzo, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2011; de enero a abril de 2012; junio y julio de 2012 y marzo y junio de 2013; más los recargos moratorios correspondientes, por un monto total de un mil trescientos once dólares con treinta y cinco centavos(US\$1,311.35).

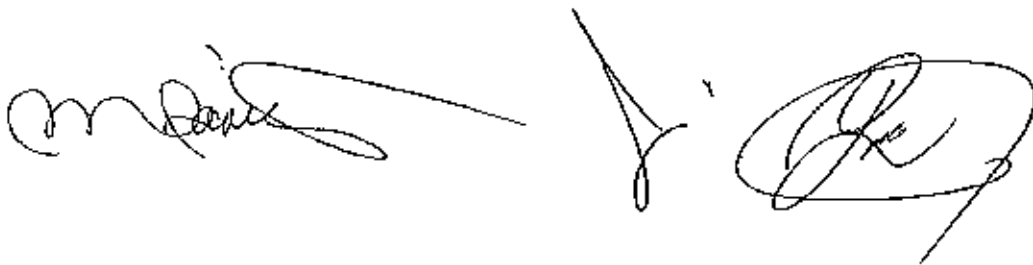
II. Al haberse confirmado algunas de las multas impuestas, el Superintendente y la infractora deberán dar cumplimiento, respectivamente, a lo dispuesto en el art. 52 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

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-86-2013 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



VOTO 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 6º del art. 65 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), 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-04-2016, mediante la cual, entre otros se resuelve:

"1. Modifíquese la resolución de las once horas con treinta minutos del treinta de mayo de dos mil dieciséis, pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero en



el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-86-2013, promovido contra la empleadora CONVERPLAST, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia CONVERPLAST, S.A. DE C.V., en el siguiente sentido:

A) Declárase prescrito el ejercicio de la potestad sancionadora de la SSF respecto de las infracciones cometidas por CONVERPLAST, S.A. DE C.V., respecto a los incumplimientos de la obligación de pagar en el plazo legal las cotizaciones previsionales en AFP Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A., correspondientes a los períodos de agosto, octubre y diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; y enero de 2011. Por consiguiente, REVÓQUENSE las multas que ascienden a un monto total de un mil doscientos cuarenta y un dólares con treinta y siete centavos (US\$1,241.37) por el cometimiento de la infracción prevista en el art. 161 número 1 de la LSAP, más los recargos moratorios totales de cinco mil sesenta y un dólares con siete centavos (US\$5,061.07) [...].”

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:

“(…)”

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.”

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 CONVERPLAST, 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, CA-1-2016 y CA-02-2016, 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.

I. 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].

Asimismo, 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 LSRSF), 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 la 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 (...)";¹ 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"². Es así, que una 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 a 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 reconozca la imprescriptibilidad de la deuda previsional (art. 20 LSAP) y además, opte por un marco regulatorio en el cual el empleador, habiendo incurrido en mora previsional, no tenga los incentivos suficientes para ponerse al día.

¹ "La hermenéutica jurídica: tipos, métodos, aplicaciones". Tesis doctoral. Rafael Alberto Peñate Peña. Universidad de El Salvador. (1976).

² "Métodos de interpretación jurídica". Víctor Emilio Anchoondo Paredes



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 en que hemos disentido, se ha desarrollado de forma extensiva la clasificación de las infracciones administrativas según si son instantáneas, continuadas, permanentes o instantáneas con efectos permanentes³, 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.

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 se puede prolongar en el tiempo o lo que se prolonga son solamente sus efectos⁴, siendo indispensable partir dicho análisis desde el verbo rector⁵.

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.

³ 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

⁴ De Diego Díez, L. Alfredo, *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, segunda ed., Editorial Bosch, p.82 y 83.

⁵ 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 correlativos 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.

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

A consideración de los suscritos, 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 tal 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 entera 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*¹¹. 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 Palm de Teso, quien cita la sentencia del Tribunal Supremo de España del 17 de mayo de 1999 (R.J. 1999, 4147), ante una infracción en dicho ordenamiento jurídico consistente en la no comunicación al Banco de España de las 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"

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

"Obligatoria, 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."¹²

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 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 previsional 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

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



previsional 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. Cesar 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 CONVERPLAST, 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.

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.

Se tuvo a la vista el Memorando ISP – 389/2013 (fs. 1-13 del expediente PAS-86-2013), en el cual se identifican en los Anexos I-A (f. 4) e I-B (f. 6), que CONVERPLAST, S.A. de C.V.,

incurrió en la infracción de no declaración en el período de marzo de 2013 para AFP Confía, S.A.; y, abril de 2011 para AFP Crecer, S.A.

De la información presentada por AFP Confía, S.A. (extraída del disco compacto que consta en el folio 129 del CA-04-2016), se observa que el período de marzo de 2013 fue declarado extemporáneamente el 27 de noviembre de 2013, siendo este el inicio del cómputo de la prescripción; sin embargo, esta fue interrumpida con el emplazamiento a CONVERPLAST, S.A. de C.V. del procedimiento administrativo sancionador. Por su parte, de la información aportada por AFP Crecer, S.A. (extraída del disco compacto que consta en el folio 138) se evidencia que efectivamente la sociedad apelante no ha cumplido con la obligación de declarar a algunos de sus trabajadores en el período de abril de 2011, por lo que, al persistir la conducta ilícita, 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 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 períodos de marzo de 2013 para AFP Confía, S.A.; y, abril de 2011 para AFP Crecer, S.A.

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

- 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 artículos 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 2º 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 anexos II-A y II-B del Memorando ISP-389/2013 (fs. 5 y 7 del PAS-86/2013), en el cual se identifica que CONVERPLAST, S.A. de C.V. incurrió en la infracción de no pago de las cotizaciones previsionales correspondientes a los períodos de octubre y diciembre de 2009; de enero a diciembre de 2010; de enero a marzo, noviembre y diciembre de 2011; de enero a abril, junio y julio de 2012; y, junio de 2013, para AFP Confía, S.A.; y, agosto, octubre y diciembre de 2009; de enero a abril y julio de 2010; agosto, octubre a diciembre de 2011; enero a abril y junio de 2012; y, de marzo y junio de 2013.

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 Confía, S.A. y AFP Crecer, S.A. en el cual se refleja pagos a los períodos establecidos en los Anexos II-A y II-B del mencionado Memorando ISP-389/2013. De ahí que, la fecha del pago debe tomarse como inicio del cómputo del plazo de la prescripción de la facultad sancionatoria, la cual se ve interrumpida con el emplazamiento a la sociedad apelante del inicio del procedimiento administrativo sancionador —6 de marzo de 2014—.

En ese sentido, la facultad sancionatoria prescribió respecto de los períodos detallados a continuación:

Para AFP, Confla, S.A.

Número de Planilla	Estado de Planilla	Período de devengo	Fecha de presentación de la declaración	Fecha de pago de la planilla	Prescribió el ejercicio de la facultad sancionadora de la SST	Monto planilla	Rentabilidad pagada	Monto total pagado
COF0614110500102601200911	Pagada	200911	15/12/2009	20/01/2010	20/01/2010	291.35	0.87	5392.42

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 restantes períodos antes, teniendo que haber hecho un análisis de fondo con los argumentos planteados por COVERPLAST, 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 —CONVERPLAST, 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”.

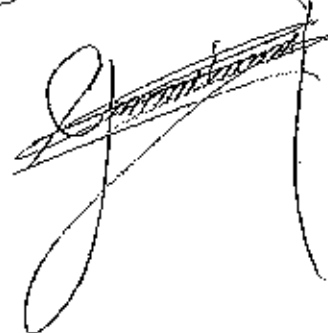
Por el contrario, al considerar que las infracciones en comento son de carácter permanente y que, el cómputo de la prescripción iniciará cuando cese la conducta infractora, por un lado, se está otorgando certeza al infractor porque al cesar en su conducta infractora, pasados los tres años de la prescripción 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.

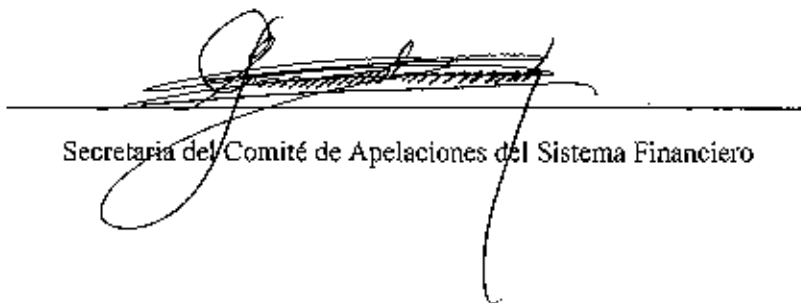
Así discrepamos del criterio contenido en la decisión adoptada por la mayoría de los miembros del Comité.



PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ QUE LA SUSCRIBEN.



Es conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de veintiséis folios, para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las diez horas cinco minutos del día tres de octubre de dos mil dieciséis.



Secretaría del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero



