

PAS-001/2017

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: San Salvador, a las nueve horas del día cuatro de junio de dos mil dieciocho.

Habiendo precluido el término de prueba se procede a emitir resolución final de conformidad con el Art. 61 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, con base a las consideraciones siguientes:

El presente procedimiento administrativo sancionador se inició de oficio por medio de lo informado en el Memorándum ISP-058/2017 de la Intendencia del Sistema de Pensiones, de fecha 1 de junio de 2017, en el que se hizo del conocimiento del suscrito de la presunta infracción cometida por AFP CRECER, S.A., según se detalla a continuación:

Incumplimiento de las obligaciones de cobro Art. 175 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que establece:

“Las Instituciones Administradoras, incurrirán en infracciones cuando no cumplan con la obligación de iniciar el trámite de cobro de las cotizaciones en el plazo establecido para dicho efecto. El incumplimiento de dicho plazo será sancionado con el veinticinco por ciento del monto moratorio, más un recargo por mora del dos por ciento por cada mes o fracción.”

A su vez el inciso 2° del Art. 20 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que establece:

“Vencido el plazo de treinta días a que se refiere el inciso anterior, sin que se hubiere recuperado la suma adeudada, la Institución Administradora deberá iniciar acción Judicial de cobro, quedando por ministerio de Ley legitimada para ello.”

Lo anterior en razón de que AFP CRECER, S.A., no inició la acción de cobro judicial en el plazo establecido en el inciso 2° del Art. 20 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, contra el empleador GRÁFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V.

A. ANTECEDENTES.

I) Por medio de la resolución emitida el día 14 de julio de 2017, se resolvió instruir de oficio el presente procedimiento administrativo sancionatorio en contra de AFP CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA, y se ordenó emplazar a la supervisada, dicha resolución junto a su notificación de fecha 20 de julio de 2017, corren agregadas a folios 6 y 7 del expediente.

II) La supervisada contestó el emplazamiento a través de su Apoderado General Judicial, licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez, quien por medio de escrito de fecha 1 de agosto de 2017, recibido en esta Superintendencia el día 7 del mismo mes y año,



respondió en sentido negativo los señalamientos realizados en contra de su representada, que corre agregada de folios 8 al 12 del expediente.

III) Que mediante auto de fecha 16 de agosto de 2017, se tuvo por parte al licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez, y se resolvió abrir a pruebas el presente procedimiento sancionador, el cual corre agregado a folios 13 del expediente, asimismo fue notificado el día 18 de septiembre de 2017, según consta a folios 14.

IV) Por medio de escrito de fecha 29 de septiembre de 2017, recibido el día 2 de octubre del mismo año, el apoderado del Banco presentar la prueba documental de descargo adjunta al mismo, según consta de folios 15 al 111 del expediente.

V) Que mediante auto de fecha 5 de octubre de 2017, se resolvió agregar el escrito del licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez, por medio del cual presentó la prueba; y se dio por finalizada la etapa probatoria.

B. ANÁLISIS DEL CASO Y MARCO LEGAL

El Art. 13 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones 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.

Que de conformidad a lo establecido en el Art. 19 de la LSAP, los empleadores son los obligados a declarar y pagar las cotizaciones de sus trabajadores, a la AFP a la que se encuentren afiliados; en los porcentajes que el Art. 16 de la LSAP estipula. Dicho pago, debe realizarse dentro los 10 primeros días hábiles del mes siguiente a aquél en que se devengaron los ingresos afectos.

Dichas cotizaciones son destinadas a la Cuenta individual de Ahorro para Pensiones, del trabajador, a fin de que ante las contingencias de invalidez, vejez y muerte, con el monto acumulado de las cotizaciones se otorguen las prestaciones que correspondan al afiliado o a sus beneficiarios.

Que las AFP'S, son las entidades que administran las cuentas individuales de ahorro para pensiones, y quienes otorgan las prestaciones previsionales, ante las contingencias antes mencionadas, así lo establece el Art. 23 LSAP.

Que existen empleadores, que declaran las cotizaciones previsionales de sus trabajadores; sin embargo no realizan el pago que corresponde, situación ante la cual la ley ha previsto, que se realicen acciones de cobro por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, a fin de recuperar los montos adeudados, Art. 20 LSAP.

Que de acuerdo a lo establecido en el inciso 1° del mencionado Art. 20 existe un deber de realizar acciones de cobro administrativo contra los empleadores que no han realizado el pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, con la finalidad de que en un plazo de 30 días a partir de su inicio, se recuperen los montos adeudados. A su vez el



Superintendencia del Sistema Financiero

inciso segundo de tal disposición, regula que si no se logra recuperar dichos montos, se deberán iniciar las acciones de cobro judicial. De lo anterior, podemos afirmar que existen dos tipos de obligación de cobro, distintas entre sí en cuanto a su procedimiento y duración, la primera es referida a las gestiones administrativas que la AFP debe realizar contra el empleador que no ha hecho efectivo el pago de las cotizaciones de sus trabajadores en el plazo de 10 días hábiles después de haber concluido el período de acreditación establecido, a la cual se le ha llamado en la ley acción administrativa de cobro, consistente en el envío de cartas, llamadas telefónicas, y cualquier otra acción legal para informar al empleador sobre la mora que registra y fundamentalmente realizar el cobro de la misma, éstas las realiza la AFP por medio del personal contratado para ello contando con un plazo de 30 días después de iniciada para que se efectúe el pago ; y otra obligación que nace una vez agotado el plazo anterior, sin haberse obtenido el pago de la deuda, y a la cual se le **nomina en la ley como acción judicial de cobro**, que es la que su inicio requiere de la intervención de la AFP por medio de la presentación de la demanda respectiva ante los tribunales competentes, pero en la cual media un proceso judicial en el que la decisión sobre el pago de la deuda previsional de un empleador lo resuelve el juez, si bien existe distinción entre ambas acciones de cobro éstas persiguen un objetivo común que es el pago de la deuda previsional.

Por otra parte el Art.175 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, establece que las AFP'S incurrirán en infracciones, cuando no cumplan con la obligación de iniciar el trámite de cobro de las cotizaciones en el plazo establecido para dicho efecto, es de hacer notar que la disposición en comento no hace distinción a si se refiere al cobro administrativo o al judicial; sin embargo nos remite a lo que dispone el Art. 20 del mismo cuerpo legal, que es el que regula los plazos para realizar las acciones de cobro, en dicha disposición, como ya se apuntó en líneas precedentes, se distingue entre las dos obligaciones, condicionando el inicio de cada una de ellas a que hayan vencido los plazos de tiempo estipulados, tal es el caso de la deuda registrada por el empleador GRAFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V., a quien se le venció el plazo legal para el pago, según se puede observar en el siguiente cuadro:

Año y Mes de Cotización	Vencimiento Plazo Legal para el Pago	Tipo de Mora
		Valor de la planilla, Declaración y No Pago (DNP)
2012-10	15/11/2012	\$176.88
2012-11	14/12/2012	\$188.24
2012-12	15/01/2013	\$147.40
2013-01	14/02/2013	\$146.69
2013-02	14/03/2013	\$142.60
2013-03	12/04/2013	\$87.96
2013-04	15/05/2013	\$108.49

2013-05	14/06/2013	\$88.20
2013-06	12/07/2013	\$112.54
2013-07	16/08/2013	\$90.21
2013-08	13/09/2013	\$120.25
2013-09	14/10/2013	\$90.86
2013-10	14/11/2013	\$86.53
2013-11	13/11/2013	\$159.53
2013-12	15/01/2014	\$214.41
2014-01	14/02/2014	\$252.00
2014-02	14/03/2014	\$251.50
2014-05	13/06/2014	\$317.54
2015-03	17/04/2015	\$397.18
2015-04	14/05/2015	\$400.01
2015-05	12/06/2015	\$428.17
2015-06	14/07/2015	\$444.73
2015-07	19/08/2015	\$425.95
2015-08	14/09/2015	\$498.57
2015-09	14/10/2015	\$461.30
2016-02	14/03/2016	\$1,197.25
2016-04	13/05/2016	\$1,089.01
2016-05	14/06/2016	\$1,297.45
2016-08	14/09/2016	\$939.02
TOTAL MORA		\$10,360.47

Que AFP CRECER, S.A., realizó cobro administrativo de la mora previsional registrada por el empleador GRAFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V., sin haber logrado la recuperación de las cotizaciones en mora; por lo que habiendo transcurrido el plazo para la realización de éste, correspondía iniciar la acción judicial de cobro.

PRUEBA DE CARGO

1- Memorando ISP-058/2017, de la Intendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones, por medio del cual informan sobre el presunto incumplimiento.

2- Listado de deuda por empleador en el que se registra la deuda por Declaración y no pago del empleador GRAFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V., en el que se refleja el detalle de la mora Declarada y No pagada por GRÁFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V. al 17 de octubre de 2016, registrándose los periodos de octubre a diciembre 2012; enero a diciembre 2013; enero, febrero y mayo 2014 y abril a octubre de 2015; febrero, abril, mayo y agosto 2016, los cuales acumulan un monto de deuda por DIEZ MIL

TRESCIENTOS SESENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (\$10,360.47).

3- Impresión de correo electrónico recibido con fecha 8 de julio de 2016, en la Intendencia de Pensiones, por medio del cual se informa en el numeral 3, que la AFP, realizaba gestiones de carácter administrativo, y que a esa fecha no tenía proceso judicial iniciado o en desarrollo.

ARGUMENTOS DE DESCARGO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Apoderado Legal de AFP CRECER, S.A., por medio de escrito recibido con fecha 2 de octubre de 2017, manifestó en defensa de su representada que existe una violación al principio de legalidad en su vertiente del principio de tipicidad de la infracción, en tal sentido expresa en lo sustancial que si una autoridad administrativa decide imponer una sanción, deben presentarse, los siguientes presupuestos:

- a) Que exista una norma jurídica que contenga una obligación susceptible de ser incumplida para que se configure como una infracción de acuerdo con los términos de la ley;
- b) Que la conducta sancionada corresponda a la descripción típica de la norma jurídica que se reputa incumplida;
- c) Que la conducta sancionada haya sido debidamente acreditada por la autoridad demandada.

Continúa manifestando el Apoderado Legal, que la Sala de lo Constitucional ha manifestado que "La doctrina y la jurisprudencia penal o sancionatoria exige que todo sistema disciplinario debe fijar con claridad de un modo específico, que no deje lugar a interpretaciones equívoca, el tipo de conducta a sancionar y la sanción específica que le corresponde.

Sobre los elementos típicos de la infracción manifiesta, que la AFP sí inició acciones de cobro por la vía administrativa. Sin embargo, el criterio del Superintendente es que se configura la infracción porque ésta no inició acciones de cobro en la vía judicial. Pero a juicio del Licenciado Orellana Sánchez, esa acción, no puede ser calificada como una acción típica, plantea que el Art. 175 que contiene los elementos típicos de una infracción, señala: Las Instituciones Administradoras, incurrirán en infracciones cuando no cumplan con la obligación de iniciar el trámite de cobro de las cotizaciones en el plazo establecido para dicho efecto.



Por otro lado, el apoderado legal trae a cuenta el texto de lo establecido en el Art. 20 de la Ley, incorporando con relevancia lo estipulado en cuanto a la obligación de iniciar la acción administrativa de cobro, y lo referido al Art. 175 de la Ley.

De lo anterior, sostiene el licenciado Orellana Sánchez, que se extraen los siguientes elementos típicos de la infracción:

-Sujeto activo: Instituciones Administradoras

-Acción típica: no cumplir con la obligación de iniciar el trámite de cobro en el plazo establecido.

El Apoderado legal de AFP CRECER, S.A., agrega que la descripción de la infracción hecha en el Art. 175 LSAP, únicamente hace referencia al inciso 1° del Art. 20 LSAP, que se refiere a las acciones de cobro administrativo, concluyendo que el trámite que hay que iniciar para evitar caer en una infracción es el trámite de cobro administrativo, que afirman fue realizado por su representada. Asimismo señalan que el inciso 1° del Art. 20 de la LSAP, confirma lo anterior ya que prevé como consecuencias de no iniciar las acciones de cobro administrativas en el plazo establecido:

- Que el afiliado, sus beneficiarios o la superintendencia de Pensiones soliciten a la Institución Administradora que inicie las acciones
- Que se aplique lo dispuesto en el Art. 175 LSAP

Por lo anterior, el apoderado de AFP CRECER, S.A. sostiene que su representada no ha cometido la infracción que se le imputa.

Sobre la alegación anterior, y partiendo de que en ella ya se ha establecido la definición sobre tipicidad y sus presupuestos, haremos un análisis de la figura de la remisión normativa, la cual implica que aunque no haya una infracción totalmente detallada en la ley, no por ello se estaría violentando sobre el principio de tipicidad. Para dicho fin citamos lo que al respecto expone la Dra. Irene Nuño Jiménez, en su obra Derecho Administrativo Sancionador. Principios de la Potestad Sancionadora, quien al respecto expresa, que se ha planteado si es correcto que la norma infractora para determinar la conducta típica se remita a otra norma que establezca requisitos, condiciones, deberes o prohibiciones –las normas sancionadoras en blanco–. Agregando que sobre esto la jurisprudencia española considera que si la remisión normativa es determinada suficientemente, es válida, no vulnerando de este modo la exigencia de *lex certa*. Ahora bien, lo que la Ley no permite es una remisión indeterminada o una remisión genérica a unas normas poco delimitadas, a los reglamentos o a las normas técnicas sin una previa determinación de los elementos esenciales –STS 21 de diciembre de 2005–, pues la reserva de ley debe exigirse a una

norma sancionadora y no de aquella a la que se remite la cual no es calificada como norma sancionadora.

En el caso que nos ocupa, existe una disposición legal establecida en el Art. 175, de la Ley SAP, que nos establece la infracción y su castigo; sin embargo para dotar de contenido la misma nos remitimos necesariamente a la disposición que establece el plazo establecido para el cobro, la cual se encuentra en el artículo 20 de la misma Ley, en el que se delimita perfectamente cuál es la conducta esperada ante la falta de pago de cotizaciones previsionales (realizar las acciones de cobro que correspondan) y quién es el sujeto (AFP) del que se exige la realización de la conducta. Podemos afirmar entonces, que no se violenta el principio de tipicidad dado que la remisión no es genérica, sino que se encuentra totalmente determinada en otra disposición de la misma Ley, lo cual se puede apreciar de la sólo lectura del artículo 20 ya citado.

Por otro lado, no es cierto el argumento del Apoderado Legal de la AFP, referente a que con iniciar la acción de cobro administrativa se cumple con lo establecido en el Art. 20 de la Ley, en razón de que como ya se relacionó en el apartado Análisis del caso y Marco Legal, existen dos obligaciones distintas de cobro para la AFP, cuando un empleador ha dejado de pagar las cotizaciones de sus trabajadores en el plazo legalmente establecido. Que si bien la obligación de realizar acciones de cobro administrativo precede a la obligación de efectuar las acciones de cobro judicial, ello sólo reafirma que una está separada de la otra, y que nace en periodos distintos. Tampoco, es cierto, el argumento sobre que el legislador previó exigir a la AFP que exista una petición del afiliado, sus beneficiarios o de esta Superintendencia para que nazca la obligación de cobrar no se permitiera dudas o interpretaciones erradas ya que aunque la AFP, realice dichas acciones, con ello no se entienda que se exime de responsabilidad administrativa ante su incumplimiento de realizarlas de oficio en el plazo establecido, por lo que expresamente advierte "sin perjuicio de lo que establece el Art. 175 de la presente Ley"

Pretender que no existe una obligación exigible y reprochable en caso de incumplimiento para las Administradoras de Fondos de Pensiones, de iniciar el cobro judicial, es totalmente irresponsable, acarrearía una inseguridad jurídica y una desprotección para los afiliados al Sistema de Ahorro para Pensiones, ya que éstas estarían al arbitrio de ejercer o no las acciones de cobro ante los tribunales competentes, para recuperar las cotizaciones previsionales adeudadas a sus afiliados, que son a quienes se debe el sistema previsional.

En razón de lo antes anotado se declarará responsabilidad administrativa a AFP CRECER, S.A., por la infracción establecida en el Art. 175 de la LSAP.

PRUEBA DE DESCARGO.

1- Memorando ISP-058/2017, suscrito por la Intendente del Sistema de Pensiones, con fecha 1 de junio de 2017, con respecto a éste el apoderado relaciona que en la sección



“Antecedentes”, tercer párrafo, se estableció: “Asimismo, con la información proporcionada se determinó que existe evidencia de las acciones de cobro realizadas por la vía administrativa por AFP CRECER, S.A. respecto de la deuda real que registra el empleador en referencia, acciones que se reportan desde diciembre de 2012, que es cuando se origina la deuda de la sociedad con la AFP, hasta septiembre de 2016. Entre las gestiones se registran notificaciones y visitas hechas al empleador”

2- Anexo 1: documentos denominados “Reporte de Gestión de Cobros” o “Reporte de Visita”, numerados del folio 001 al 076, en los que constan todas las gestiones visitas efectuadas por AFP CRECER a la empresa GRAFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V.

3- Anexo 2: documentos denominados “Cartas de Cobro”, numerados del folio 001 al 009, en los que constan las cartas enviadas por AFP CRECER a la empresa GRAFICA OFFSET DIGITAL, S.A. DE C.V., en las que se le informa de la falta de pago de las planillas previsionales correspondientes.

La prueba incorporada por el licenciado Orellana Sánchez, no se considera que sea la pertinente e idónea para descargar la responsabilidad administrativa de AFP CRECER, S.A., dado que la misma no demuestra que se haya efectuado la acción de cobro judicial, que es la omisión de deber por la que se tramita el presente procedimiento, sino que persigue sostener el argumento de que se realizó acción de cobro administrativo; sin embargo como ya sustentó esta Superintendencia lo que se imputa es no haber realizado la acción de cobro judicial, la cual es una acción y una obligación distinta a la administrativa, por lo cual no se desvanece el incumplimiento. Por otra parte, la prueba de cargo es suficiente para comprobarlo, en razón de lo cual se declarará responsabilidad administrativa para la AFP.

DETERMINACIÓN DE LA CUANTIA DE LA MULTA A IMPONER.

De conformidad con el artículo 43 inciso 2° de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, se establece que cuando la conducta que originó el incumplimiento o infracción se encuentre tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero aplicable al supuesto infractor, la Superintendencia impondrá las sanciones establecidas por el otro cuerpo legal observando el procedimiento sancionatorio establecido en la ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

Que el Art. 150 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones dispone que los incumplimientos por acción u omisión de las obligaciones establecidas en dicha Ley y en los Reglamentos, serán considerados infracciones y que les corresponderá la sanción que se señala en dicha Ley.

Que el Art. 175 de la Ley SAP, establece que *el incumplimiento del plazo para la acción de cobro, será sancionado con el veinticinco por ciento del monto moratorio, más un recargo por mora del dos por ciento por cada mes o fracción.* En consecuencia, la Intendencia del

**Superintendencia
del Sistema Financiero**

Sistema de Ahorro para Pensiones por medio del Memorando ISP-058/2017 romano IV ha calculado la multa que corresponde por el incumplimiento.

Por lo que, con base a las conductas evidenciadas por la **Administradora de Fondos de Pensiones CRECER, Sociedad Anónima**, a los hechos relacionados en el memorándum antes referido y sus anexos, y a lo establecido en los Arts. 19 letra g), 43, 44 letra b) y 58 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, el suscrito **RESUELVE**:

a) Determinar que **AFP CRECER, S.A.**, es responsable administrativamente de la infracción tipificada y sancionada en el Art. 175 en relación con el inciso 2° del Art. 20 ambos de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

b) Imponer una **MULTA** de SEIS MIL CIENTO SETENTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA CON SETENTA CENTAVOS DE DÓLAR (\$6,173.60) por haber cometido la infracción establecida en el Art. 175 de la Ley SAP, que representa el 25% del monto total de \$10,360.47 que no fue cobrado por vía judicial, en el plazo establecido por la ley.

c) Ordenar a **AFP CRECER, S.A.**, que adopte las medidas de control interno necesarias a efecto de evitar incurrir nuevamente en la infracción estipulada en el Art. 175 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

NOTIFÍQUESE.



José Ricardo Perdomo Aguilar
Superintendente del Sistema Financiero

AJ12