



La Infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las quince horas treinta minutos del día treinta de julio de dos mil dieciocho, pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-09-2018, promovido por AFP CRECER, S.A., por medio de su representante legal, abogado Fernando José Arteaga Hernández, y que literalmente dice:

CA-09-2018

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO: San Salvador, a las quince horas treinta minutos del treinta de julio de dos mil dieciocho.

Por agregado el escrito mediante el cual el Director de Asuntos Jurídicos, por delegación del señor Superintendente del Sistema Financiero, emite opinión sobre los argumentos expuestos en el presente recurso de apelación.

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero, a las dieciséis horas veinte minutos del 9 de mayo de 2018, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-050/2016, promovido contra la Administradora de Fondos de Pensiones Crecer, Sociedad Anónima, que se abrevia AFP CRECER, S.A., mediante la cual atribuyó en su contra la infracción a lo dispuesto en el artículo 44 inciso 1° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en relación con los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones e impuso multa por un monto de un mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y cinco centavos (US\$1,142.85).

Y CONSIDERANDO:

I. La sociedad apelante, por medio de su representante legal, abogado Fernando José Arteaga Hernández expresa su desacuerdo con la resolución inicialmente relacionada, por considerar que adolece de vicios que en su orden se relacionan así:

A) Ausencia de una norma administrativa sancionadora constitucionalmente válida

La apelante expresa que, en la parte resolutive del acto impugnado, el Superintendente cita como normas en donde considera fincada la tipicidad de la infracción, los artículos 43, 55 y 61 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (en adelante, LSRSF), 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP), en relación con los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, RGEIAFP).

Por tanto, la apelante entiende que el Superintendente ubica la tipicidad de la infracción en los artículos 44 letra b) de la LSRSF; y, 44 y 180 de la LSAP.

RECIBIDO
DIRECCIÓN DE ASUNTOS
JURÍDICOS
Superintendencia del Sistema Financiero

- Original
- Fotocopia
- Fax

Fecha: 31 JUL. 2018

Firma: *Maria Angela Orellana*

Hora: 3:40 PM

RECIBIDO

JUL 31 PM 2:44

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Afirma que los artículos 44 de la LRSRF y 180 de la LSAP comparten la intención de crear infracciones administrativas mediante una técnica legislativa que inobserva el principio de tipicidad de la infracción en tanto crean tipos abiertos y/o excesivamente indeterminados.

Trae a colación las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los procesos 131-2015 y 251-2015 en las cuales declaró inaplicable el artículo 44 letras a) y b) de la LRSRF. Sostiene que en el presente caso, la multa tiene los mismos vicios que la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró ilegales porque ha sido impuesta bajo el argumento del referido artículo 44 letra b) de la LRSRF, en relación con el artículo 44 inciso 1° de la LSAP, 40 y 50 del RGEIAFP, con la diferencia que la sanción deviene de la aplicación del artículo 180 de la LSAP.

Expone que este Comité ha sido parte demandada en los procesos contenciosos antes referidos y, por ende, es sujeto obligado al cumplimiento de dichas sentencias, lo que incluye su aplicación al caso concreto y a cualquier otro que contengan las mismas características fácticas y jurídicas.

Que en la sanción impuesta se ha tratado de obviar la expresa aplicación del artículo 44 letra b) de la LRSRF y se fundamenta con la aplicación del art. 180 de la LSAP. En esa línea argumentativa, hace alusión a la sentencia pronunciada a las trece horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de agosto de dos mil quince, por la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad acumulado 53-2013/54-2013/55-2013 y 60-2013, en la cual, la Sala declaró que la fórmula “cualquier infracción a la presente ley” es demasiado indeterminado, hasta el punto que su extensión depende del criterio de aplicación del órgano competente. Por tanto, el Superintendente ha dictado un acto administrativo que le vulnera el principio de tipicidad y el uso de una norma de tipificación aparente y residual.

Asimismo, la apelante arguye la fuerza y el valor vinculante de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante, SCA) como fuente de Derecho Administrativo, la cual ha sido desarrollada por la Sala de lo Constitucional (en adelante, SCN) en la resolución del 27 de octubre de 2010 en el proceso de amparo 408-2010 y en la del 17 de marzo de 2017 en el proceso 329-2014, respectivamente.

Sobre este punto, AFP CRECER, S.A. concluye que el Superintendente ha determinado el cometimiento de una infracción administrativa que no existe y le ha impuesto un castigo que no encuentra asidero legal válido. Por consiguiente, este Comité está obligado a revocar la multa impuesta.



B) Violación al principio de reserva de ley

La apelante reconoce que la reserva de ley no necesariamente tiene carácter absoluto, pues en algunos supuestos es admisible la colaboración con otros entes gubernamentales con potestades normativas, tales como el Órgano Ejecutivo, mediante las normas reglamentarias.

Afirma que la remisión al reglamento, llamada ley penal en blanco, no puede ser llana, porque la ley debe delimitar los criterios para determinar la gravedad de la infracción, los elementos descriptivos y normativos del ilícito, así como los criterios de la sanción que corresponde. Fuera de esos linderos, una ley penal en blanco devendría en inconstitucional por inobservar la reserva de ley.

Que en este caso, el Superintendente ha construido una infracción administrativa a partir de la aplicación de diferentes cuerpos normativos como la LSRSF y la remisión a la LSAP, la cual relaciona al RGEIAFP. Afirma que esto es inconstitucional porque el principio de reserva de ley exige que una norma con rango de ley sea la que determine las infracciones y las sanciones correspondientes.

La apelante expone que lo anterior, ha sido reconocido por este Comité en la resolución de las once horas veinticinco minutos del 12 de julio de 2017, pronunciada en el recurso de apelación con referencia CA-03-2017, ante una supuesta vulneración al Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros (NPB02-04).

Afirma la apelante que en el presente caso, a pesar que en el acto impugnado se hace referencia a normas con rango de ley, el Superintendente la sancionó a partir de la construcción de un supuesto de hecho desde la aplicación directa de los artículos 40 y 50 del RGEIAFP.

La recurrente concluye que se ha demostrado que la sanción impuesta, adolece de graves vicios de ilegalidad por la inobservancia del principio de reserva de ley.

II. Mediante la resolución de las diez horas catorce minutos del 7 de junio de 2018, se dio intervención al abogado José Arteaga Hernández en el carácter en que comparece; se admitió el recurso de apelación interpuesto por AFP CRECER, S.A., por medio de su representante legal antes citado; se suspendieron los efectos del acto impugnado; y, se le confirió audiencia al Superintendente del Sistema Financiero para que, si lo estimaba conveniente, se pronunciara sobre los argumentos expuestos en el presente recurso de apelación.

En respuesta a la audiencia conferida, el delegado del señor Superintendente, en el escrito de folios 40 al 45, esencialmente manifestó:

Que la Sala de lo Constitucional¹ ha desarrollado la evolución sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública (consagrado en el artículo 14 de la Constitución). Afirmo que los artículos 1 y 3 de la LSRSF recogen el carácter de institución de derecho público de la Superintendencia, así como su personalidad jurídica, patrimonio propio y, principalmente, su autonomía para el ejercicio de sus atribuciones establecidas por las leyes secundarias.

Es así, que de conformidad con el principio de legalidad (art. 86 de la Constitución.), la Superintendencia tiene por mandato legal, el ejercicio de la facultad sancionatoria (art. 14 de la Constitución), consagrado en los artículos 4 letra i), 19 letras f) y g), 43 y 44 de la LSRSF, en tanto las normas secundarias que establecen tal potestad se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico positivo, pues en caso contrario, incurriría en el incumplimiento de sus obligaciones y en responsabilidad para sus funcionarios.

Para este caso, manifiesta que es importante citar lo dispuesto en la letra a) del artículo 3 de la LSRSF porque el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia se convierte en una herramienta para asegurar la certeza del derecho, y que no debe dejar de ejercerse, ya que esta entidad fue creada con el propósito de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución que determina que el Estado deberá promover el desarrollo económico del país y, para tal efecto, es condición necesaria el funcionamiento transparente, eficiente y ordenado de los mercados financieros.

Afirmo que el sistema financiero no puede ser efectivo, sólido y estable si la regulación no cuenta con el elemento coercitivo que exija cumplimiento, por lo que no es opción dejar a voluntad de los supervisados cumplir o no con lo establecido en el marco regulatorio. Agrega que a la Superintendencia se le ha dado el mandato legal de velar que las entidades cumplan con los más altos estándares de control en materia de servicios financieros y prevención de riesgos.

Respecto a las sentencias de inaplicabilidad pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, aludidas por la apelante, expresa que la intención del legislador al momento de emitir la norma jurídica, no consideró el artículo 44 LSRSF como un “tipo sancionador”, en el que pretendiera agotar todos los elementos del mismo sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector,

¹ Sentencia del 23 de marzo de 2001, pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad 8-97.



prohibición u obligación, bien jurídico protegido y sanción, lo cual se desprende de la simple lectura de dicho artículo.

Lo que es evidente, expresa el delegado del Superintendente, es que en el artículo 44 LSRSF, el legislador estableció una fórmula infractora y consagró con claridad y de manera expresa como una disposición de remisión normativa.

Esta técnica de tipificación indirecta es aceptada por la Sala de lo Constitucional, en la sentencia pronunciada el 24 de agosto de 2015, en el proceso de inconstitucionalidad acumulado 53-2013/54-2013/55-2013 y 60-2013.

Además expresa que la Superintendencia se adhiere al criterio de la presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativa, doctora Dafne Yanira Sánchez de Muñoz, quien en la sentencia del proceso contencioso 131-2015 dio su voto disidente y ha sostenido que en el ámbito administrativo sancionador, la ley debe definir exhaustivamente las conductas constitutivas de infracciones administrativas, las sanciones a imponer o, por lo menos, establecer una regulación esencial de las conductas administrativamente punibles y las sanciones a aplicar.

Asimismo, la tipificación y atribución de sanciones incumbe a dos planos sucesivos, el primero en cuanto a que la ley ha de declarar cuáles son las conductas que se consideran infracción administrativa, y en segundo lugar la de atribuir a cada infracción la sanción que corresponde; considerando que existen excepciones en las cuales el mecanismo de tipificación no es directa sino por medio de la técnica de remisión.

Que la fórmula infractora contenida en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero no violenta los principios de *lex previa* y *lex certa* ya que, la misma permite en todo momento que el sujeto pasivo de la obligación la conozca, así como las consecuencias por su incumplimiento, plasmándose dicho criterio en el voto razonado de la magistrada.

Por otra parte, menciona que la entidad infractora conoce plenamente la conducta esperada, sujeta al cumplimiento de una norma de rango legal, así como las consecuencias jurídicas por su incumplimiento. Pretender obviar tal incumplimiento sobre la base de un tecnicismo, coloca a la entidad en un alto riesgo y al sistema financiero como tal.

De acuerdo con el artículo 140 de la Constitución, 6 y 8 del Código Civil, no podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial. Tampoco se puede alegar desconocimiento de los cuerpos normativos a que se refiere el artículo 44 letra b) de la

LSRSF, los cuales en su proceso de creación incluyen la participación y consulta de las entidades obligadas a su cumplimiento, así como también se sigue un proceso de divulgación de las mismas.

Las entidades supervisadas conocen sus obligaciones derivadas de las leyes, normas técnicas o reglamentos que al efecto se emitan, por lo que está plenamente establecido que la fórmula sancionadora contenida en la LSRSF no violenta los principios de *lex certa* y *lex previa*.

Finalmente, respecto a la inaplicabilidad del artículo 44 de la LSRSF, el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, decreto y reglamento con efectos generales y obligatorios es la Honorable Sala de lo Constitucional y que, de conformidad con el artículo 77-D de la Ley de Procedimientos Constitucionales, la resolución de inaplicabilidad solo tiene efectos en el proceso en concreto en la que se dicta. Por lo que, sobre este punto, los argumentos de la apelante no son aplicables en el presente caso.

El delegado del Superintendente concluye en su informe que si bien dentro de la tipificación del derecho administrativo se basa que las infracciones deben estar en una ley formal, por lo que debe tener cobertura legal, también permite la colaboración reglamentaria en la creación de infracciones y sanciones.

III. Habiéndose concluido con los trámites que señala la ley para el recurso de apelación, se procede a emitir la respectiva resolución definitiva.

Como se ha expuesto, los puntos de inconformidad son los siguientes:

A) Sobre la supuesta ausencia de norma sancionadora constitucionalmente válida

La apelante argumenta que la multa impuesta encuentra su base en el artículo 44 letra b) LSRSF, disposición que fue declarada inaplicable por la Sala de lo Contencioso Administrativo en razón de la transgresión de los principios de legalidad y tipicidad (Sentencias 131-2015 y 251-2015). En razón de lo anterior, sostiene que este Comité se encuentra obligado a aplicar dicho pronunciamiento al caso concreto, lo que devendría en revocar el acto impugnado.

Por su parte, el delegado del Superintendente expuso que el legislador no consideró el artículo 44 LSRSF como un tipo sancionador, sino como una fórmula infractora de remisión normativa.

Al respecto este Comité acota lo siguiente:



En lo relativo a la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo que cita la apelante, por considerar de obligatorio cumplimiento según criterio de la Sala de lo Constitucional, mediante auto de las diez horas treinta y dos minutos del 17 de marzo de 2017, en el proceso de amparo número 329-2014, se expresó que: *“b. La SCA es el tribunal al que corresponde el conocimiento de la legalidad de los actos de la Administración Pública, por lo que, en ejercicio de las funciones que le han sido encomendadas, emite resoluciones que se traducen en autoprecedentes de obligatoria observancia para ella. Dichos autoprecedentes, al constituir fuente del Derecho, también son de obligatoria observancia para los aplicadores del ordenamiento jurídico, lo que incluye a los entes que conforma la Administración Pública en el ejercicio de sus competencias.*

En ese sentido, un pronunciamiento judicial que otorga un determinado contenido a disposiciones jurídicas implica para la Administración la obligación de obrar conforme a esa decisión no sólo en el caso concreto, sino también en los casos subsecuentes que sean idénticos o similares, con independencia de que estos sean o no impugnados ante la mencionada Sala (...)”

Como puede advertirse de lo anterior, los precedentes de legalidad de la Sala de lo Contencioso Administrativo son vinculantes para este Comité siempre que los casos sean idénticos o similares.

Ahora bien, los precedentes que cita la apelante tienen su origen en los procesos contenciosos administrativos referencias 131-2015 y 251-2015, en los cuales, la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró inaplicable el artículo 44 letras a) y b) de la LSRSF, por considerar que dichas disposiciones son contrarias a la Constitución por vulnerar los principios de legalidad y tipicidad.

Este Comité concuerda con la apelante en lo relativo a la vinculatoriedad como fuente del derecho respecto a las actuaciones de la Administración Pública. No obstante, debe aclararse que los precedentes que invoca versan sobre la inaplicabilidad de una norma, figura que cuenta con particularidades, frente al resto de la jurisprudencia emitida por la SCA.

La inaplicación de una norma es una modalidad de control difuso de la Constitución, reservada para los tribunales, a quienes corresponde declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición infralegal que sea contraria a los preceptos constitucionales (artículo 85 de la Constitución). La Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante, LPrCn) es el cuerpo normativo que la desarrolla, estableciendo reglas sobre sus elementos, efectos y modo de proceder.

Es así que, el artículo 77-D LPrCn establece que: *“La resolución que se dicte en aplicación del artículo 185 de la Constitución, por medio de la que se declare la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, solo tendrá efectos en el proceso concreto en el cual se pronuncie.”* En ese sentido, los efectos de una sentencia de inaplicabilidad están limitados al caso que resuelve, debiendo el tribunal remitir el mismo día la certificación de la sentencia a la SCN, la cual tendrá la última decisión sobre la constitucionalidad de la norma que se ha dejado de aplicar (artículos 77-E y 77-F LPrCn).

De lo anterior, se concluye que la declaratoria formulada por la SCN, en cualquier sentido que se emita, será de obligatorio cumplimiento para todo juez y funcionario, estableciéndose expresamente su efecto *erga omnes* (artículo 77-F inciso 3° LPrCn). Por lo tanto, si la SCN declarase que existe la inconstitucionalidad, es hasta ese momento que la norma inicialmente inaplicada es expulsada del ordenamiento jurídico a través del control concentrado de la Constitución.

En el presente caso, el control de constitucionalidad del artículo 44 letra b) de la LRSRF que plantea AFP CRECER, S.A. no ha sido llevado a cabo por la SCN, es decir, no existe pronunciamiento mediante el cual se declare su inconstitucionalidad, por lo cual dicha disposición legal sigue vigente y la inaplicabilidad realizada por la SCA solo surte efectos para los casos resueltos. Esto denota que el criterio reconocido por la jurisprudencia de la SCN (procesos de amparo 408-2018 y 329-2014), sobre la fuerza vinculante de los precedentes de la SCA opera solamente para aquellos pronunciamientos dentro del ámbito ordinario de su conocimiento, es decir, por regla general, sobre la legalidad de los actos administrativos.

Aunado a lo anterior, el objetivo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la cual en el artículo 1 establece que: *“La Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para conocer de las pretensiones que se deriven de las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo.”* A su vez, el artículo 10 de dicho cuerpo legal estatuye que en la jurisdicción contencioso administrativa podrá deducirse, entre otras, la pretensión: *“a) La declaración de ilegalidad del acto que se impugne, y en consecuencia su anulación”*.

De lo anterior se establece que la inaplicabilidad de una norma legal declarada por la SCA no es un pronunciamiento dentro de su ámbito regular de conocimiento (artículo 10 de la LJCA); en consecuencia, carece de la calidad de precedente vertical. Esta situación ha sido prevista



expresamente por el legislador en la LPrCn al limitar los efectos de una inaplicabilidad al caso concreto y al reservarle el carácter de precedente vertical a la declaratoria que lleve a cabo la SCN.

De ahí que el planteamiento propuesto por la apelante equipara el pronunciamiento de inaplicabilidad de la SCA con una declaratoria de inconstitucionalidad emitida por la SCN, siendo esta última la única que cuenta con verticalidad. Por consiguiente, las normas que han sido inaplicadas en dichas sentencias cuentan con plena validez y vigencia, al mismo tiempo que los aplicadores cuentan con independencia para decidir mientras la SCN no emita una declaratoria con efectos generales.

Este Comité resguarda la constitucionalidad del art. 44 letra b) LSRSF, el cual admite una aplicación conforme a la Constitución y deriva de técnicas legislativas ampliamente aceptadas y justificadas por la materia objeto de regulación. No debe perderse de vista que la LSRSF, es una ley marco que aglutina diferentes tipos de regulaciones aplicables a determinados integrantes del sistema financiero y cuya supervisión y verificación de su cumplimiento ha sido encomendada a la Superintendencia del Sistema Financiero.

El artículo en comento dispone:

“Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior que, si se tratare de multas, estas podrán ser de hasta el dos por ciento del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio en caso de personas naturales, cuando incurran en infracciones a lo siguiente:

(...) b) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas (...)”

De la lectura anterior se observa que, en el caso de la letra b) únicamente realiza una remisión a normativas infralegales que desarrollen obligaciones establecidas por ley, pero sin pretender agotar en tal precepto el universo de conductas exigibles a los supervisados que ejercen una actividad regulada. Es oportuno mencionar que, para que opere de manera legítima, la norma infralegal que contiene el mandato concreto debe cumplir con las exigencias de reserva de ley, esto es que el núcleo de la obligación que desarrolla se encuentre en una ley secundaria.

En consecuencia, la tipificación indirecta o por remisión es idónea para ámbitos como el regulatorio, donde la atomización de normativas y diversidad de comportamientos exigibles vuelven

inviabile una codificación única como sucedería en materia penal. Sin embargo, lo anterior no implica que exista indeterminación de las conductas punibles y su consecuencia jurídica, ya que los administrados tienen conocimiento en todo momento de sus obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de sus actividades financieras.

Se sostiene lo anterior en razón que el art. 44 letra b) LSRSF permite una interpretación y aplicación de acuerdo a los principios de tipicidad y seguridad jurídica consagrados por la Constitución ya que, para la tipificación de una infracción, se deberá complementar con otra norma que contenga el comportamiento específico sujeto a sanción.

En el presente caso, las conductas u omisiones punibles sí están definidas en una ley o normativa con suficiente grado de certeza y previsibilidad (LSAP y RGEIAFP) de las cuales se extraen los hechos concretos que se convierten en infracciones en virtud del artículo 44 LSRSF.

Este Comité considera irrazonable sostener que el art. 44 LSRSF por sí solo sea la base legal exclusiva para una sanción administrativa, pues de su lectura se advierte que no describe ni pretende describir ningún comportamiento en concreto y por tanto requiere ser complementado con otra norma que sí lo detalle. Es por tal situación que el mandato de tipicidad encuentra acogida en tal fórmula, en la medida que las normas a que se remite y que describen las conductas punibles también son del conocimiento de los destinatarios y poseen suficiente precisión.

Los administrados integrantes del sistema financiero, llamados supervisados por la LSRSF, están regidos por normativas sectoriales y generales, cuyo conocimiento es esencial para el ejercicio de sus actividades. Por tratarse de un ámbito regulado y de alta complejidad técnica, puede afirmarse sin lugar a dudas, que los destinatarios de dichas regulaciones están capacitados para identificar cuáles de ellas les son aplicables y asimismo entender su contenido y las consecuencias a las que están sujetos, siendo innegable el conocimiento que los supervisados tienen de tales normas como base para sus actividades.

Las obligaciones y prohibiciones no son idénticas para todos los supervisados, en razón de los diversos mercados financieros a que pertenecen y a la dispersión de leyes y otras regulaciones que los rigen; sin embargo, en virtud de la LSRSF, todos se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia del Sistema Financiero en tanto ejerzan actividades que han sido reguladas por su especial importancia para la estabilidad del sistema financiero. Es natural entonces que, para la protección del régimen financiero, particularmente los fondos de pensiones, la tipificación de infracciones se realice a través de una fórmula como la que recoge el art. 44 letra b) LSRSF,



advirtiéndolo que el incumplimiento a disposiciones que desarrollen obligaciones específicas contenidas en la ley será considerado infracción.

El tratadista Alejandro Nieto califica como absolutamente correcta la modalidad de tipificación remissiva expresa que realiza el art. 44 LSRSF, donde la ley *"prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen"*. Afirma el referido doctrinario que en dichos casos el tipo *"no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción."* (Alejandro Nieto. Derecho Administrativo Sancionador, Quinta Edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2012. Página 277).

La técnica de remisión normativa, tipificación indirecta, consiste en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida por el tipo sancionador, siendo una técnica legislativa común y necesaria en el derecho regulatorio sobre todo cuando se está en un mercado tan complejo y técnico como el sistema financiero. El tipo infractor no debe buscarse solamente en el art. 44 LSRSF de forma aislada sino en la combinación de dicha disposición con otra que contendrá la conducta específica sujeta a sanción.

Por otra parte y no obstante que la apelante solamente se refiere a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 44 de la LSRSF, es necesario hacer referencia al artículo 150 de la LSAP, pues dicha disposición es la base legal por medio de la cual un incumplimiento a la normativa en ella mencionada constituye infracción administrativa.

El inciso 1º del artículo 150 de la LSAP establece:

"Los incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones [ya derogada], esta ley y sus reglamentos serán consideradas infracciones."

De la lectura de la anterior disposición se entiende que se está ante una remisión normativa, la cual si se aborda de forma aislada impediría la interpretación y la aplicación integral de la normativa previsional.

Además, se identifica que la conducta infractora es el incumplimiento *"por acción u omisión de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones (derogada) esta ley y sus reglamentos (...)"*, en ese sentido la LSAP limita la conducta infractora a

las obligaciones establecidas en las normas mencionadas, en dichas normas, y es que hablar de una obligación se atiende a un mandato, el cual pierde su naturaleza imperativa si no cuenta la consecuencia jurídica que castigue su inobservancia, por lo que, al hacer referencia al incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones, Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y sus reglamentos, el legislador está identificando el marco de obligaciones que se debe de apegar los remitentes de la normativa previsional bajo la pena de incurrir en una infracción.

Y es que al hablar del sistema previsional se debe de tomar en consideración que este tiene su génesis en el derecho a la seguridad social (artículo 50 de la Constitución), servicio público que puede ser prestado por una o varias instituciones, las que deberán asegurar una buena política de protección social, en forma especializada y con óptima utilización de los recursos.

El Sistema de Ahorro para Pensiones comenzó a operar con la entrada en vigencia de la LSAP siendo este el sistema que consiste en la capitalización individual, en el que los trabajadores afiliados son propietarios de una cuenta de ahorro en la que se depositan las cotizaciones que ellos realizan junto con los aportes que les corresponden hacer a sus empleadores. Asimismo, dicha ley establece que las AFP tendrán por objeto exclusivo de administrar el fondo de pensiones, gestionar y otorgar las prestaciones y beneficios por los riesgos de validez, vejez y muerte en el que el Estado asume un rol de regulador y fiscalizador.

En esa línea, la Sala de lo Constitucional ha reconocido que el régimen financiero de los fondos de pensiones *“cumplen una función económica principal en relación con la previsión social, que consiste en proporcionar los recursos para los mecanismos de dicha previsión en relación con la seguridad social obligatoria (...) Precisamente en atención a tales funciones se vuelve de interés social la correcta administración e inversión del patrimonio de los fondos de pensiones (...)”*² siendo para ello indispensable un marco normativo técnico y especializado con normas imperativas, las cuales estén acompañado de un régimen sancionatorio que genere un efecto disuasivo para evitar futuras transgresiones que lleguen a afectar a los afiliados de dicho sistema.

Dado el bien jurídico que protege, el sistema previsional está regulado por normas que deben ser aplicadas de forma sistemática, es decir a la luz de todo el marco legal y no de forma aislada. En ese contexto se vuelve imprescindible una norma de remisión como el artículo 150

² Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional, a las doce horas del 23 de diciembre de 2014, en el proceso de inconstitucionalidad 42-2012 Acumulado.



LSAP ya que amortigua el riesgo de dejar en la impunidad el incumplimiento a obligaciones cuya consecuencia conllevaría a graves perjuicios a los afiliados y/o beneficiarios.

En su escrito de apelación, la apelante atribuye al artículo 44 de la LSRSF la naturaleza de una norma residual, pues se apega para tal efecto a una sentencia de la Sala de lo Constitucional para cuestionar la constitucionalidad de la mencionada disposición; sin embargo, es de aclarar que tanto el artículo 44 de la LSRSF y 150 de LSAP no son norma residual, sino normas de remisión.

Es preciso señalar que el caso abordado en el proceso de inconstitucionalidad 53-2010 acumulado, la SCN declaró inconstitucional el artículo 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor por utilizar una fórmula de tipificación aparente y residual de las infracciones leves, por lo que este es sustancialmente diferente al debatido en el presente recurso.

En conclusión, a juicio de este Comité los artículos 44 letra b) LSRSF y 150 de la LSAP cumplen con las exigencias básicas de tipicidad y seguridad jurídica al configurarse como una norma de remisión que deberá complementarse con otro precepto que determine claramente el comportamiento punible, cumpliéndose así con los principios constitucionales antes citados. En consecuencia, y en consideración a las acotaciones antes relacionadas, este Comité desestima la pretensión planteada por la apelante en este punto, por cuanto el art. 44 letra b) LSRSF es una disposición legal vigente y por tanto es procedente su aplicación en el ejercicio de la potestad sancionatoria que compete al Superintendente del Sistema Financiero.

B) Sobre la supuesta violación al principio de reserva de ley

AFP CRECER, S.A. argumenta que el Superintendente ha construido una infracción administrativa a partir de la aplicación de diferentes cuerpos normativos como lo son la LSRSF y la remisión a la LSAP, relacionada con el RGEIAFP, lo cual es inconstitucional porque el principio de reserva de ley exige que una norma con rango de ley sea la que determine las infracciones y sus sanciones correspondientes. Y que, dicha circunstancia ha sido reconocida por este Comité en el recurso con referencia CA-03-2017.

En el presente caso, AFP CRECER, S.A. ha sido sancionada por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 inciso primero de la LSAP, en relación con los artículos 40 y 50 del RGEIAFP, porque se constató que en el proceso de filiación, las solicitudes y contratos eran elaborados por empleados que no son agentes autorizados ni registrados en la Superintendencia del Sistema Financiero.

El inciso 1° del artículo 44 de la LSAP dispone:

“Las Instituciones Administradoras podrán efectuar actividades de promoción y afiliación a través de Agentes de Servicios Previsionales, contratados por ellas. Estos agentes deberán ser autorizados por la Superintendencia de Pensiones, previa aprobación de los requisitos que la misma establezca, para tal efecto.”

De la lectura del referido artículo, se identifica que el núcleo de la obligación se encuentra en el mismo, pues dispone que los encargados de realizar las actividades de filiación *“(..)* deberán ser autorizados por la Superintendencia de Pensiones, previa aprobación de los requisitos que la misma establezca, para tal efecto (...) [énfasis agregado].

De ahí que, se establece claramente que las personas están obligadas a cumplir con dicho requisito para poder realizar actividades de filiación, es decir, estar autorizados, actualmente, por la Superintendencia del Sistema Financiero³.

En desarrollo de la anterior obligación, los artículos 40 y 50 del RGEIAFP disponen:

“Art. 40.- Se entenderá por Agentes, a aquellas personas naturales que, previa autorización de la Superintendencia e inscripción en el Registro correspondiente, celebran contratos de trabajo con una AFP para participar en las labores de promoción de los servicios de la AFP e incorporación de trabajadores en calidad de afiliados al SAP.

Los Agentes podrán ser contratados por las AFP, según las modalidades de contratación laboral existentes en el mercado, siempre en relación de dependencia directa. Está prohibido contratar para la incorporación de trabajadores al SAP a personas distintas a los Agentes.

Cada Agente prestará sus servicios exclusivamente a una AFP a la vez.” (énfasis agregado).

“Art. 50.- Los Agentes del SAP, deberán necesariamente estar inscritos en el Registro de Agentes, por lo que toda persona no se encuentre inscrita en dicho Registro no estará autorizada a desempeñar las labores de promoción y afiliación, independientemente de la responsabilidad civil que corresponda a la AFP por los perjuicios que pudieran derivarse para los afiliados como resultado de la actuación de las personas no inscritas.

³ Por disposición del artículo 101 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, se transfirió por Ministerio de Ley a la Superintendencia del Sistema Financiero todas las facultades, competencias, potestades, atribuciones y deberes que se mencionan en las leyes y que, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, le eran atribuidas a la Superintendencia de Pensiones.



En el caso en que una AFP acepte la afiliación de personas que hayan sido incorporadas por un Agente que haya dejado de serlo, la responsabilidad de la falta es atribuible a dicha AFP. Esta circunstancia no faculta a la AFP a desafiliar al citado trabajador.

El Agente que haya renunciado a una AFP y realice labores como tal antes de cumplir el plazo a que se refiere el segundo inciso del artículo 42 del presente Reglamento, quedará inhabilitado permanentemente para participar como Agente en el SAP.”

Es así que, “[e]stá prohibido contratar para la incorporación de trabajadores al SAP a personas distintas a los Agentes (artículo 40)” y que “(...) deberán necesariamente estar inscritos en el Registro de Agentes, por lo que toda persona no se encuentre inscrita en dicho Registro no estará autorizada a desempeñar las labores de promoción y afiliación (...)”.

De conformidad con las disposiciones en comento, es claro que las actividades de filiación solo podrán realizarse por agentes autorizados e inscritos en el Registro de Agentes.

Por su parte, el artículo 44 letra b) de la LSRSF estipula que: “Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior (...) cuando incurran en infracciones a lo siguiente (...)”

b) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas (...)”

Además, el inciso 1° del artículo 150 de la LSAP establece:

“Los incumplimientos por acción u omisión de las obligaciones establecidas (...) esta ley y sus reglamentos serán consideradas infracciones.”

Por un lado tenemos el artículo 44 de la LSAP, en relación con los artículos 40 y 50 del RGEIAFP que establecen una prohibición; y, los artículos 44 letra b) de la LSRSF y 150 de la LSAP que advierten que el incumplimiento es una infracción, disposiciones de las cuales se obtiene la tipificación de la infracción administrativa.

En el presente caso, es claro que las actividades de filiación solo podrá realizarse por agentes autorizados e inscritos en el Registro de Agentes, por lo que, al haberse constatado que las mismas se hicieron por personal no autorizado (folios 4 al 6 del expediente PAS-050/2016), AFP CRECER, S.A. incumplió lo dispuesto en el artículo 44 LSAP, en relación con los artículos 40 y 50 del RGEIAFP.

Por lo anterior, no es cierto que a la apelante se le sancionó a partir de la construcción de un supuesto de hecho desde la aplicación directa de los artículos 40 y 50 del RGEIAFP, tal como lo

manifestó en su escrito de apelación, pues ha quedado demostrado que el núcleo de la obligación se encuentra en el artículo 44 de la LSAP. En conclusión, no ha existido vulneración al principio de reserva de ley.

Es preciso señalar que el caso abordado en el expediente CA-03-2017, el Comité revocó la sanción impuesta por la supuesta infracción al artículo 5 del Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros (NPB02-04). En esa ocasión, este Comité advirtió que dicha regulación encuentra su fundamento en una normativa técnica prudencial elaborada según el artículo 10 letra b) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (ya derogada), tendente a coordinar las labores de fiscalización de la Superintendencia con las labores de auditoría que realizan los auditores externos o internos de los integrantes del sistema financiero. Sin embargo, la obligación del artículo 5 de la NPB02-04 no es suficiente para efectos punitivos, pues no encuentra un anclaje legal en que el legislador haya regulado el núcleo de la obligación exigida, razón por la que no cumple con la reserva de ley relativa. Por lo que este es sustancialmente diferente al debatido en el presente recurso. Por consiguiente, no podría considerarse que sean casos similares o idénticos para que sea aplicable ese criterio al caso objeto de estudio.

Habiéndose desestimado los puntos planteados por la apelante resulta procedente confirmar la resolución objeto de apelación.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los artículos 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; 44 y 150 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones; 14 y 86 inciso tercero de la Constitución, este Comité RESUELVE:

- I. **Confírmese** la resolución pronunciada a las dieciséis horas veinte minutos del 9 de mayo de 2018, en lo relativo a la imposición de la multa de un mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y cinco centavos (US\$1,142.85), por infracción a lo dispuesto en el artículo 44 inciso 1° de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en relación con los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones.
- II. **Devuélvase** a la Superintendencia del Sistema Financiero el expediente administrativo sancionador con referencia PAS-050/2016.
- III. **Archívese** el presente expediente de apelación.



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

Notifíquese.-

[Handwritten signatures of five individuals]

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN.

[Handwritten signature]

Es conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de nueve folios, para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las diez horas diez minutos del día treinta y uno de julio de dos mil dieciocho.



Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero