



PAS-025/2016

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO, San Salvador, las quince horas y veinticinco minutos del día cuatro de abril de dos mil diecisiete.

El presente procedimiento administrativo sancionador inició de forma oficiosa por medio de resolución pronunciada a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día once de mayo de dos mil dieciséis, en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, en adelante también indicada como "AFP Crecer, y/o la supervisada", indistintamente; procedimiento que se ha llevado a cabo con el propósito de determinar si existe o no responsabilidad de parte de la AFP Crecer, respecto de los incumplimientos relacionados en el Memorándum No. ISP-032/2016, de fecha diecisiete de marzo de dos mil dieciséis, en el que se informa que durante la auditoria del control interno y cumplimiento legal del proceso de trámite, cálculo, otorgamiento y pago de beneficios en AFP Crecer, realizada por el equipo de auditores de esta Superintendencia, se evidenció lo siguiente:

I. INCUMPLIMIENTOS

A) Presunto incumplimiento al artículo 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones en relación con el artículo 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones; debido a que en la revisión de expedientes de pensiones por vejez, se observaron casos de beneficiarios que previamente gozaron de una pensión por invalidez, en los que la supervisada no tomó como tiempo valido de cotización los periodos transcurridos entre el primero y segundo dictamen de invalidez, y tampoco incorporó el monto de la pensión pagada durante ese intervalo, para el cálculo del Salario Básico Regulador.

Por lo que, al no considerar el periodo transcurrido entre el primer y segundo dictamen de invalidez para los casos que señala el artículo 42 del reglamento en referencia, provoca que a los afiliados que percibieron pensión por invalidez en primer dictamen con cobertura de seguro, y que al ser evaluados en segundo dictamen se determinó el cese del beneficio por invalidez, no se les haya computado ese tiempo para los efectos de cumplir los requisitos que para pensiones por vejez establece la ley; además que para los afiliados que pertenecen a la población de optados según el art. 184-A de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, tampoco se considera el referido tiempo para el cálculo del porcentaje que se refiere el art. 197 de la misma ley, y tampoco para determinar el Salario Básico Regulador según lo dispuesto en el art. 122 de la ley en comento.

En ese mismo sentido debería ser contabilizados los periodos en que perciben la pensión por invalidez, para alcanzar el tiempo mínimo requerido para obtener la garantía del Estado de conformidad lo establece el artículo 147 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones

B) Presunto incumplimiento al artículo 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso; debido a que se verificó que la afiliada Alejandra Martínez Rivera con NUP 219536180001, tramitó beneficio de pensión por invalidez, en fecha 23 de agosto de 2013 según se verificó en resolución No. 72821, razón por la cual la supervisada requirió la emisión del Certificado de Traspaso (CT) que fue emitido el 28 de febrero de 2014; sin embargo, con fecha 2 de abril del mismo año, la afiliada decidió interrumpir el trámite mediante la negativa de suscripción de la resolución donde se le notificó el beneficio; ante esa acción la supervisada no realizó los procesos necesarios para cerrar el expediente y solicitar la anulación del Certificado de Traspaso emitido en su oportunidad.

Ante una nueva solicitud de beneficio en fecha 13 de abril de 2015, la supervisada realizó a favor de la afiliada Alejandra Martínez Rivera, la devolución de saldo por vejez, por un monto de TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PUNTO SETENTA DOLARES US\$3,983.70, incluyendo el monto del certificado de traspaso ya emitido y acreditado a la CIAP en febrero de 2014.

Para este caso cuando se solicitó el CT, la afiliada no cumplía el requisito para optar a la devolución de saldo por vejez, ya que no tenía la edad legal requerida para ello, sino lo que cumplía era el requisito para pensionarse por invalidez, pero por su propia voluntad interrumpió dicho trámite al negarse a firmar la notificación de dicho beneficio; por lo que la devolución de saldo por vejez constituye un nuevo beneficio, para el cual se tiene que observar los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

El presunto incumplimiento podría provocar que el valor del certificado de traspaso acreditado en su oportunidad, sea diferente al que le hubiera correspondido si éste se hubiera solicitado y emitido cuando la afiliada requirió el beneficio de devolución de saldo por vejez, además de generar una carga financiera anticipada para el Estado.

El suscrito, en base a sus facultades establecidas en los artículos 4 literal i), y 19 literal g) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, **CONSIDERANDO:**

II. ANTECEDENTES

- I. Visto el memorándum antes citado y la documentación probatoria anexa al mismo, esta Superintendencia dictó resolución a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día 11 de mayo de 2016, y mandó a emplazar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, con el propósito de que ejerciera sus derechos tanto de defensa como de audiencia; y en consecuencia, se pronunciase sobre los hechos que se le atribuyen.
- II. La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, fue legalmente emplazado en fecha 3 de junio de 2016, según consta en acta que corre agregada a folio 18 en las presentes diligencias administrativas.
- III. Que mediante resolución inicial descrita en el romano I, se solicitó a la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, informar sobre la capacidad económica de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, con base en



Superintendencia del Sistema Financiero

los estados financieros al treinta y uno de diciembre de dos mil catorce, considerando entre otros, los ratios de rentabilidad patrimonial y liquidez de la misma.

- IV. En fecha 13 de junio de 2016, la Dirección de Análisis de Entidades, remitió el informe número DAE-207/2016, con la información requerida en la resolución antes citada.
- V. Por medio de escrito de fecha 20 de junio de 2016 el abogado Fernando José Arteaga Hernández se presenta en calidad de Representante Legal de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, haciendo uso de su derecho de audiencia, contestó en sentido negativo los presuntos incumplimientos atribuidos a su representada.
- VI. Que mediante resolución de fecha 21 de junio de 2016 esta Superintendencia realizó prevención al abogado Fernando José Arteaga Hernández, para que presentara la documentación con que acreditara la personería con que pretendía actuar, la cual fue notificada mediante acta de fecha 1 de julio de 2016, según consta en fs. 34 de este proceso.
- VII. Por medio de escrito de fecha 4 de julio de 2016, el licenciado Arteaga Hernández evacuó la prevención señalada en el romano anterior, agregando la documentación pertinente, pidiendo se le tuviera por parte, argumentó sobre los incumplimientos atribuidos y solicitó además que se declarara no ha lugar la sanción que se le pretende imponer.
- VIII. Que esta Superintendencia en fecha 18 de julio de 2016, agregó el informe brindado por la Dirección de Análisis de Entidades, tuvo como parte al licenciado Fernando José Arteaga Hernández, Representante Legal de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, y abrió a pruebas el presente procedimiento por el término de 10 días hábiles; notificación que se realizó en fecha 2 de septiembre de 2016, según consta en el folio 53 de este proceso.
- IX. El representante legal de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, en fecha 16 de septiembre de 2016, haciendo uso de sus derechos de audiencia y defensa presentó escrito ofreciendo prueba documental por cada una de las infracciones atribuidas, mismas que se analizarán y describirán detalladamente en el apartado de valoración de prueba de esta resolución.
- X. Que esta Superintendencia en fecha 20 de octubre de 2016, agregó el escrito antes relacionado, junto con las pruebas incorporadas en el mismo, así también mando a dictar la presente resolución final.

III. ARGUMENTOS Y PRUEBAS DE DESCARGO

El licenciado Fernando José Arteaga Hernández, Director Legal y Representante Judicial y Extrajudicial de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, en resumen argumentó que, con relación a la infracción señalada en literal A, su representada se

DAH

150

encontraba trabajando en la incorporación de validaciones para que automáticamente el sistema incorpore las pensiones que fueron pagadas entre el primero y segundo dictamen a los Historiales Laborales (HL) que corresponda, la cual habían planeado finalizar el 30 de junio de 2016. Con relación a la infracción señalada en el literal B, con el caso de la afiliada Alejandra Martínez Rivera con NUP 219536180001 dio cumplimiento a lo normado, ya que el hecho de no aceptar la pensión de Invalidez no anula la condición de invalidez definida por la Comisión Calificadora de Invalidez (CCI) en el dictamen de invalidez correspondiente, y que en tal sentido no se consideró la anulación de Certificado de Traspaso.

Expone también el representante legal que, en relación al Principio de Legalidad, Debido Proceso y Derecho de Defensa, la Superintendencia del Sistema Financiero en su resolución de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día once de mayo de dos mil dieciséis por medio de la cual instruyó el presente proceso, cito como base legal, los artículos 53 inc. 3°, 43 inc. 2° y 58 de la ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), estableciendo literalmente lo que cada una de las normas expresa; asimismo señaló que los anexos del proceso, es decir el Memorandum No. ISP-032/2016, refieren a artículos de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP), Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones y Reglamento para Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, sin embargo dichas disposiciones no establecen la tipificación y sanción a las presuntas infracciones que la Superintendencia del Sistema Financiero esta atribuyendo a su representada. De conformidad a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución inciso final: *“Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”*, en este sentido la actuación de la Superintendencia debe enmarcarse en lo que establece el artículo 43 inciso 2° de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, y motivar la aplicación de dichas disposiciones al presente proceso, para así garantizar el derecho de defensa al existir claridad en la tipificación y sanción.

Continúa en ese sentido manifestando el representante legal de la supervisada que tal y como lo ha establecido la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia definitiva 249-2012, *“... el principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad que exige la delimitación concreta de las conductas reprochables que ameritan la imposición de una sanción determinada (Sala de lo Constitucional. Sentencia definitiva de las quince horas cuarenta y tres minutos del catorce de diciembre de dos mil cuatro. Proceso de Inconstitucionalidad número 17-2003). Como se advierte, la tipificación no solo alude a la determinación concreta y terminante de la conducta que constituye una infracción administrativa, sino también, de la concreta sanción que corresponde a dicha conducta nociva. Por ello, el mandato de tipificación legal involucra dos elementos básicos (i) la descripción de la infracción, y (ii) la comunicación de la sanción, o sea, una precisión de las consecuencias punitivas de cada una de las infracciones”*.

Expresa el representante legal que la resolución de esta Superintendencia no ha motivado suficientemente la aplicación del art. 43 inciso 2 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, pues no ha establecido, como señala el artículo *“el incumplimiento o infracción... tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero”* y *“las sanciones establecidas por el otro cuerpo legal”*. La resolución de esta Superintendencia únicamente ha referido a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones para una de las presuntas infracciones per sin indicar su sanción, y para la otra infracción únicamente ha referido a disposición reglamentaria, y no legal, *“esta exigencia de motivación resulta indispensable a los efectos de que el ciudadano que se vea afectado por la misma conozca las concretas circunstancias objetivas y jurídicas”*. *“Este detalle argumental no es preciso que sea muy*



Superintendencia del Sistema Financiero

amplio, pero ha de ser suficientemente a los efectos de garantizar los derechos de contradicción y defensa del interesado en un procedimiento administrativo".

En adición a lo anterior también señala el representante legal que con relación a la presunta infracción de incumplimiento al artículo 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, alega que con relación al Principio de Legalidad y Reserva Legal, estos se refieren a la prohibición de regular ciertas materias por otro medio distinto a la Ley formal, es así que el artículo 43 inciso 2° de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero al señalar las infracciones y sus sanciones refiere "otra ley de carácter financiero" y su sanción en el otro cuerpo "legal", entendiéndose Ley en sentido formal, y no a disposiciones reglamentarias.

Continúa expresando el representante legal que tanto la doctrina como la jurisprudencia han terminado que el establecimiento de las conductas constitutivas de infracción y las correlativas sanciones, conforme al principio de legalidad y a la relacionada reserva de ley, no puede fundamentarse meramente en una norma de carácter reglamentario, sin la cobertura de una ley formal (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las quince horas y treinta minutos del día veintiocho de agosto de dos mil uno, 155-M-99).

Alude también el representante legal que en relación al Principio de Tipicidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo en Sentencia definitiva 48/2005 estableció *"respecto a la violación del principio de legalidad en la sanción; la Sala ha desarrollado ya dicho principio, puntualizando que "Como una consecuencia del principio de legalidad – aplicable en nuestro país a la Administración por expresa disposición constitucional – se encuentra la exigencia de tipicidad del ilícito en las infracciones administrativas. Implica este principio que la imposición de toda sanción supone la existencia de una norma en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción. Para imponer la sanción, la conducta realizada ha de encajar en dicha norma" (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 106-R-99)".*

Asegura el representante legal que no obstante lo anterior, y para el caso del artículo 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, el artículo mencionado establece que el Certificado de Traspaso será emitido cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener "un" beneficio, es decir cualquiera de los beneficios establecidos en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, y siendo congruente con el artículo 20 del mismo reglamento, establece todos los beneficios que dan derecho a solicitar la emisión del Certificado de Traspaso; por su parte la afiliada Alejandra Martínez Rivera NUP: 219536180001 inició el trámite de pensión por invalidez, sin embargo la afiliada se negó a firmar. Este tipo de situación no se encuentra regulada, y por lo tanto no hay disposición que obligue a la AFP a realizar determinada conducta, aunque el Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones sí regula la interrupción del trámite de conformidad a lo que establece su "Artículo 28. -El afiliado podrá interrumpir el trámite de su solicitud de pensión de invalidez por primer dictamen mediante el envío de una nota a la AFP en la que manifiesta su deseo de no continuar con dicho trámite, siempre y cuando lo haga antes de que el dictamen sea ejecutoriado. La AFP deberá informar a la CCI sobre la decisión del afiliado. Si ya hubiera sido emitido el primer dictamen declarando su invalidez, dicho dictamen no surtirá efecto, si no lo hubiera emitido, procederá al rechazo administrativo. Si el afiliado en fecha posterior desea reanudar este trámite, deberá interponer una

JH

nueva solicitud siempre y cuando hayan transcurrido como mínimo seis meses desde que se interrumpió el trámite”.

Agrega además que no obstante, la afiliada hubiere seguido el procedimiento establecido en el artículo 28 antes referido, dicha disposición no manda a la AFP a cerrar el expediente, como sí ocurre en el caso del trámite de pensión por vejez, para el cual el artículo 19 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones el cual en síntesis establece que el afiliado podrá interrumpir el trámite de su solicitud de pensión de vejez mediante el envío de una nota a la AFP, además de lo anterior si durante el trámite la AFP requiere la presencia del afiliado para continuar el proceso, deberá citarlo y si éste no se presentare en un plazo de noventa días, se cerrará el expediente, así también si el afiliado no se presentare en el plazo de noventa días después de comunicarle la emisión de la resolución de pensión, se entenderá que el afiliado no desea continuar con el trámite y la AFP deberá proceder a cerrar el expediente. Por lo que en el caso del artículo 19 antes referido, el cierre del expediente sí traería como consecuencia la anulación del Certificado de Traspaso.

Concluye el representante legal que no existe tipicidad de la conducta que la Superintendencia imputa a la AFP Crecer, S.A.; y alegando que de acuerdo al Principio de Vinculación Negativa, el artículo 8 de la Constitución establece: *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”*, siendo la base para el principio de la vinculación negativa para los particulares, este principio permite que *“los particulares pueden otorgar todos los actos y realizar las conductas que tengan a bien, y su esfera de actuación únicamente se ve limitada en la medida en que el ordenamiento jurídico les veda la posibilidad de actuar en determinado sentido”*. En ese sentido AFP Crecer, S.A., no estaba en obligación de realizar una conducta que la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones u otro cuerpo legal no le ha mandado.

Por lo que mediante escrito de fecha dieciséis de octubre del presente año, incorporó al presente proceso como elementos de pruebas con relación a la presunta infracción al artículo 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones relacionado al artículo 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones, caso de la afiliada Ana Ingrid Quintanilla Contreras NUP 217026490009, lo siguiente:

- a. Impresión de imagen de pantalla del Sistema en la que se muestra como quedaron incorporadas las pensiones en el HL.
- b. Copia del HL completo incorporando las pensiones de invalidez.
- c. Copia del nuevo cálculo realizado.
- d. Copia de la Resolución firmada por la afiliada y resumen del HL firmado.

IV. ANÁLISIS DEL CASO, ARGUMENTOS Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR INFRACCIÓN

Ante el escenario descrito, corresponde ahora valorar los elementos vertidos en este procedimiento y determinar si, en efecto, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, es responsable o no de los presuntos incumplimientos que le son atribuidos. Dichas valoraciones serán realizadas de conformidad con el marco legal aplicable a las infracciones objeto de investigación, así como los elementos probatorios de cargo - *Memorandum No. ISP-032/2016* de la Intendencia del Sistema de Pensiones de esta Superintendencia- y pruebas de descargo, que constan



en el expediente de este procedimiento.

a) En cuanto al artículo 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones en relación con el artículo 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones

En primer lugar y en relación con el presunto incumplimiento enmarcado en el literal A, el alegato del representante legal de la Supervisada, consiste en que la Superintendencia en la resolución con que se instruyó el presente procedimiento administrativo, citó como base legal disposiciones en las que no se establece la tipificación y sanción de las presunta infracción que se le atribuye a su representada, por lo que esta Superintendencia debe motivar la aplicación de tales disposiciones al presente proceso, para garantizar el derecho de defensa al existir claridad en la tipificación y sanción.

Cita además las resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y doctrina que ya fueron relacionados en los párrafos 3 y 4 del romano III de esta resolución, por lo que en consecuencia y sobre el principio de tipicidad, la exigencia de una adecuada tipificación deberá realizarse al otro cuerpo normativo a que se remite la LSRSF, que para el presente caso es la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, específicamente en su artículo 122, el cual se encuentra estrechamente relacionado al artículo 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones RPBSAP, como ya se estableció en la resolución inicial del presente proceso administrativo, es por ello que es importante mencionar que la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones engloba lo supuestos facticos y jurídicos de la tipificación para el presente caso, ya que en el contenido de su art. 122 determina que el Salario Básico Regulador SBR, de cada afiliado se estima como el promedio mensual del ingreso base de cotización de los últimos 120 meses cotizados [...] asimismo en su inciso 3° establece *"Para aquellos trabajadores que en el periodo de cálculo del salario básico regulador hubieren percibido pensiones de invalidez o subsidio por incapacidad, estas se **considerarán** como ingreso base de cotización en el lapso en que el afiliado las percibió"*.

En consonancia con lo anterior, cabe resaltar que la norma impone la obligación de considerar el lapso de tiempo en que el trabajador gozó de pensión por invalidez entre el primer y segundo dictamen, a efecto de calcular el monto de la pensión a otorgar, la referida obligación se verifica impuesta a la Supervisada en virtud de lo expuesto en el art. 117 de la LSAP, el cual establece que cada Administradora será la responsable del pago de las pensiones de invalidez común total o parcial, otorgadas a sus afiliados mediante el primer dictamen, entendiéndose todo el procedimiento para el goce del beneficio en referencia, el cual incluye la determinación de la pensión a otorgar.

Habida cuenta que tanto en lo doctrinal como en la jurisprudencia se ha determinado que el acto administrativo sancionador se rige por los principios penales, las faltas administrativas poseen una naturaleza penal, podemos establecer que pueden ser realizadas por acción u omisión, por lo que es atendible establecer la comisión por omisión del incumplimiento a la norma citada, además de hacer referencia al art. 150 de la LSAP, el cual establece *"Los incumplimientos por acción u **omisión de las obligaciones establecidas** en la Ley Orgánica de la Superintendencia, **esta Ley** y sus reglamentos, **serán consideradas infracciones**"*, nótese que la vulneración al ordenamiento jurídico, ya la misma ley

la establece como una infracción la cual es de carácter administrativo, y tan es así que ella misma se encargó de establecer la consecuencia jurídica de la conducta, el cual se encuentra preestablecido en el art. 180 de la LSAP *"El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que se imponen en la presente Ley, que no tenga señalada sanción específica, será sancionada con una multa de diez mil colones"*.

Habiendo establecido la tipificación de la acción en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, queda ahora valorar si la AFP cometió infracción a lo establecido en la misma, tras el análisis de las pruebas aportadas en el presente procedimiento queda establecido que la señora Ana Ingrid Quintanilla de Contreras con NUP 217026490009, gozó de pensión de invalidez parcial en primer dictamen de conformidad a resolución de fecha 07/05/2015 que corre agregada a fs. 59 la cual fue denegada en segundo dictamen, situación que se verifica con la resolución de fecha 09/06/2014 que corre agregado a fs. 61, por lo que la AFP estaba en la obligación de tomar como ingreso base de cotización, la pensión de invalidez percibida entre el primer y segundo dictamen de acuerdo a lo establecido en el inciso 3° del art. 122 de la LSAP, y al no haberlo tomado en cuenta como tiempo cotizante, situación que queda evidenciada y determinada con la resolución No. 80185 de fecha 15/10/2014 que corre agregada a fs. 9, en la que se evidencia que no tomó en cuenta el tiempo mencionado para el cálculo del salario básico regulador y de los años cotizados, se tuvo como resultado una pensión a pagar menor que la que conforme a derecho le correspondía a la pensionada, provocando el mal infringido por la AFP como consecuencia de la conducta ilegal, derivándose en la privación o limitación en el goce del beneficio que por ley le corresponde a la señora Quintanilla Contreras.

Ahora bien, resulta necesario señalar en esta parte que el representante legal de la supervisada en los escritos agregados al presente procedimiento administrativo en ningún momento niega la existencia de una infracción a lo dispuesto en los artículos 122 LSAP relacionado con el artículo 42 del Reglamento en referencia, por el contrario en su escrito de contestación advierte que la supervisada se encontraba trabajando en la incorporación de validaciones para que automáticamente el Sistema incorporara las pensiones que fueron pagadas entre el primero y segundo dictamen a los HL que correspondieren, la cual planeaban finalizar el 30 de junio de 2016, por lo cual podemos colegir con certeza que a esa fecha no se encontraban incorporadas en el historial laboral de la señora Ana Ingrid Quintanilla de Contreras, las pensiones que fueron pagadas entre el primer y segundo dictamen; situación que se puede terminar de corroborar al cotejar las pruebas aportadas por la Intendencia del Sistema de Pensiones y con las pruebas incorporadas por el representante legal de la AFP al presente procedimiento como lo son el reporte para cálculo del salario básico regulador a fecha 3 de octubre de 2014 y emitido por el supervisor del departamento de análisis y cálculo de la gerencia de beneficios de AFP Crecer, el que corre agregado a fs. 8, y en el cual como se mencionó en el párrafo anterior se verifica que en dicho reporte no se incluyeron los periodos en los cuales estuvo pensionada por invalidez, como el mismo reporte lo establece en su encabezado, además que arroja un resultado del SBR de \$1157.28 UN MIL CIENTO CINCUENTA Y SIETE PUNTO VEINTIOCHO DOLARES, cifra que sirvió de base para la emisión de la Resolución de Beneficios número 80185 de fecha 15 de octubre de 2014, descrita en el párrafo anterior, mediante la cual la AFP determinó en concepto de Pensión por Vejez pagar la cantidad de \$762.65 SETECIENTOS SESENTA Y DOS PUNTO SESENTA Y CINCO DOLARES, cuando si se incluía como manda la ley, el tiempo cotizante transcurrido entre primer y segundo dictamen de invalidez debió ser \$774.62 SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PUNTO SESENTA Y DOS, como consta en la resolución No. 120097 de fecha 09/09/2016 (nótese que es posterior a iniciado el presente procedimiento administrativo) que corre agregada a fs. 63, la cual modifica la resolución notificada en fecha 15/10/2014, como consecuencia de un nuevo cálculo realizado en fecha 07/09/2016 en el que si



Superintendencia del Sistema Financiero

se incluyó el plazo entre el primer y segundo dictamen de invalidez, agregado a fs. 61 y una tabla de ajuste realizada en la misma fecha, agregada a fs. 62, quedando verificado con certeza el ajuste realizado por el incumplimiento señalado que la AFP realizó a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones.

No obstante lo mencionado en los párrafos anteriores, esta Superintendencia hace notar que el Resumen del Historial Laboral del Sistema Público de Pensiones SPP y Sistema de Ahorro para Pensiones SAP, de la señora Ana Ingrid Quintanilla Contreras, agregado por el representante legal de la supervisada a partir del fs. 57 en adelante resulta incongruente, ya que refleja cotizaciones en el SPP desde el año 1975 hasta 1998, año en el que las cotizaciones se trasladaron al SAP y continuaron hasta el año 2011; y posteriormente aparecen cotizaciones durante el periodo en que la señora Quintanilla Contreras recibió pensiones por invalidez entre el primero y segundo dictamen en los años 2012-2014 reflejadas y cotizadas nuevamente en el SPP, lo cual es completamente incongruente de conformidad a la normativa jurídica aplicable.

b) En cuanto al artículo 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso

El representante legal de la Supervisada en este punto alegó los Principios de Legalidad, Reserva Legal, Tipicidad y el de Vinculación Negativa, mencionando que en los primeros dos se refieren a la prohibición de regular ciertas materias por otro medio distinto de la ley formal, y que es de esa manera que el artículo 43 inciso 2° de la LRSF al señalar infracciones y sus sanciones refiere a otra ley de carácter financiero y su sanción en el otro cuerpo legal, que debería entenderse ley en sentido formal, y no a disposiciones reglamentarias, en ese mismo sentido la doctrina como la jurisprudencia han determinado que el establecimiento de las conductas constitutivas de infracción y las correlativas sanciones, conforme al principio de legalidad y a la relacionada reserva de ley, no podría fundamentarse meramente en una norma de carácter reglamentario, sin cobertura de una ley formal (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las quince horas y treinta minutos del día veintiocho de agosto de dos mil uno, 155-M-99).

Sobre la base de los alegatos de la supervisada, en este presunto incumplimiento es necesario resaltar que en cuanto al principio de legalidad y reserva legal, la potestad reglamentaria es colaboradora del derecho sancionatorio poseyendo un papel restringido por la cobertura legal, lo cual es reconocido por la Sala de lo Contencioso Administrativo dictaminando que es posible la colaboración de un reglamento para la precisión de infracciones administrativas, siendo el reglamento quien precise singularidades de los supuestos previamente establecidos en la ley, además es necesario mencionar que doctrinalmente Agustín Gordillo establece *"El Principio de Legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la Ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el "bloque de la legalidad" o principio de juridicidad de la administración. Se ha evocado también la idea, no de un bloque, sino de una pirámide, lo que resulta adecuado en tanto resalta la necesaria jerarquía normativa existente entre las distintas fuentes del derecho que integran el ordenamiento jurídico administrativo y*

Ph

que consagran los diversos sistemas. El principio de legalidad enmarca y limita otros conceptos jurídicos, tales como el de discrecionalidad, que cabe ser entendida no como actividad libre de la ley, sino como actividad que la propia ley confiere y por tanto guía y limita, sometiendo además al necesario control judicial amplio". Es por lo acotado que para el presente caso es necesario determinar que la Ley SAP ya estableció en sus artículos 229 y siguientes lo relativo al Certificado de Traspaso, y que es en virtud de ello es que resultó imperioso la necesidad de una normativa reglamentaria para adecuar y coadyuvar en el desarrollo de las actividades relativas al CT, siendo en todo momento esta norma dependiente y subordinada a la ley SAP.

En definitiva, es la ley quien establece los elementos esenciales de la conducta, siendo el reglamento quien precise las singularidades del supuesto previamente establecido en la ley, como ya fue mencionado en el párrafo anterior, y es por ello, cabe resaltar así lo preestablecido en el art. 126 de la ley SAP el cual establece que afiliado que cumpla la edad legal para pensionarse por vejez y que no reúna los requisitos de tiempo cotizado establecidos en la ley, tendrá el derecho a la devolución de saldo de su cuenta, solicitando previamente el Certificado de Traspaso respectivo; siendo que para el presente caso el CT fue emitido por cumplir los requisitos para optar al beneficio de pensión por invalidez sin cobertura de seguro según consta a fs. 12 y 14, y no para el beneficio de devolución de saldo por vejez; pero la supervisada se defiende por medio de su apoderando alegando que la afiliada en el año 2014 ya había cumplido con "un" requisito para obtener un beneficio [invalidez] y que ello es suficiente para que el CT sea válido, además que menciona el art. 20 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, el cual sin embargo, regula las situaciones que originan la emisión del certificado de traspaso, disponiendo en su literal b) cuando el afiliado **cumpla los requisitos y acceda a su derecho** a pensionarse por invalidez común mediante primer dictamen, sin cobertura de seguro, no obstante, para el caso la afiliada jamás gozó del beneficio por invalidez del primer dictamen.

Es por lo anteriormente expuesto que para el año 2015 que la afiliada cumplió la edad legal para pensionarse por vejez y optó a la devolución de saldo, la AFP debió tramitar el proceso para la emisión del CT correspondiente, buscando con esto que el valor que corresponde al CT sea el adecuado a cada uno de los beneficios y al tiempo en que se cumplan con los requisitos, ya que la afiliada cumplió los requisitos para pensionarse por invalidez en primer dictamen y por vejez en tiempos completamente diferentes, por lo que con certeza y con base en la forma de calcular el valor del CT se determina que existiría un cambio en el valor del CT que le correspondería al primer y segundo beneficio mencionado, ya que de acuerdo a la normativa el valor del CT se determina entre otros con el ajuste a las variaciones del Índice de Protección al Consumidor IPC, el cual fluctúa de forma constante en los periodos de tiempo, y como consecuencia deviene en el cambio del valor del CT que correspondería por acceder al beneficio de invalidez en 2014 o al de devolución de saldo por vejez en el año 2015, trayendo como corolario una posible afectación del derecho de la afiliada.

En concordancia con lo anterior y habiendo determinado que el reglamento en referencia no contradice la ley formal, ni excede los límites establecidos en ella, existe la cobertura legal requerida para que el reglamento, guardando la armonía entre ambos cuerpos normativos resulta reprochable la conducta de la supervisada pues ella debió guardar y respetar los derechos establecidos a la afiliada, actuando de conformidad al ordenamiento jurídico aplicable y de conformidad lo dispone el art. 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, en el sentido que la solicitud de emisión del respectivo CT debió ser posterior a cumplir los requisitos establecido por la ley para poder optar a la devolución de saldo por vejez, y no un CT de fecha anterior al cumplimiento de tal requisito, como ya se ha referido en los párrafos anteriores, y como corolario de ello es dable establecer el incumplimiento a



la norma mencionada por parte de la AFP en los términos ya referidos.

V. CONSIDERACIÓN EN CUANTO A LA SANCION A IMPONER

Tanto la jurisprudencia nacional como la comparada, y la doctrina de tratadistas nacionales e internacionales en materia de derecho administrativo sancionatorio, convergen en la aplicabilidad general de los principios y garantías fundamentales del derecho penal público, en la actividad administrativa sancionatoria del Estado. En ese contexto es pertinente indicar que uno de los pilares fundamentales para la imposición de la sanción administrativa, debe ser el de proporcionalidad, en virtud del cual se constituye una frontera o límite de la actuación represiva de la Administración Pública. Como resultado de la aplicación de dicho principio, es dable afirmar que la sanción imponible debe ser la necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, factor que debe tomarse en consideración al momento de determinar la misma.

Como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, la Administración Pública se ve obligada a que al momento de imponer la sanción correspondiente al caso en particular, se determinen los perfiles y circunstancias en virtud de los cuales se impone la misma.

De conformidad con el artículo 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, los criterios para adecuación de la sanción que deben considerarse al momento de determinar la multa a un supervisado por la comisión de una infracción son: la gravedad del daño o del probable peligro a quienes podrían resultar afectados por la infracción cometida, el efecto disuasivo en el infractor respecto de la conducta infractora, la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma, en los casos en que ésta no haya sido considerada expresamente por el legislador para el establecimiento de la sanción respectiva. Además, cuando la sanción a imponer sea una multa, deberá tomar en consideración la capacidad económica del infractor.

En el mismo orden de ideas, en el caso en concreto para el primer incumplimiento se considera que la infracción cometida por el supervisado, es de carácter grave, ya que en el art. 122 de la ley SAP la norma es clara en establecer el verbo rector o típico en que SE CONSIDERARÁN como ingreso base de cotización las pensiones por invalidez, en el lapso en que el afiliado las percibió, y en ese mismo sentido lo deja establecido el art. 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones no obstante es la misma Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones que establece en su art. 180 la sanción a imponer por la infracción cometida por parte de la supervisada.

Sin embargo, con relación al segundo incumplimiento puede considerarse como atenuante, que el hecho que la AFP no cancelara y ni mandará a emitir un nuevo CT para la devolución de saldo por vejez en el momento en que se cumpliera los requisitos para este último, fue un hecho aislado ya que a la presente fecha no se tiene conocimiento que la situación descrita se haya repetido con otro afiliado.

Con respecto a la duración de la conducta infractora, se advierte tal como se mencionó anteriormente, que los 2 incumplimientos fueron realizados en el transcurso de los años 2014 y 2015. En cuanto a la reincidencia se ha verificado que por infracción a lo dispuesto en los artículos 122 de la ley SAP, con

PH

relación en los arts. 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones, y el art. 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, a la fecha no existe sentencia firme en la que se haya sancionado a la supervisada por una infracción similar.

En referencia a la determinación de la capacidad económica de la AFP, la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, ha informado que el patrimonio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, al 31 de diciembre de 2015, ascendía a **VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$25,854,249.00)**, lo cual consta en el Informe No. DAE-207/2016, en el que se anexa copia de los Estados Financieros.

Tomando de base lo anterior, la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, realizó un examen integral del estado de solvencia o liquidez patrimonial de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, y se ha determinado mediante el mismo, que la supervisada posee indicadores de liquidez por encima de los parámetros aceptables, y el capital de trabajo es positivo, indicando ambos que la entidad gozó de la suficiente liquidez para hacer frente a sus compromisos de corto plazo, asimismo registró utilidades por **US\$10,968,097.00 DIEZ MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL NOVENTA Y SIETE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**, el retorno sobre el patrimonio y activos fueron aceptables, de 42.42% y 32.47% respectivamente, en general la AFP presentó indicadores de liquidez, rentabilidad y de solvencia aceptables y se destaca que las inversiones financieras representaron el mayor porcentaje de los activos totales.

Por tanto, es procedente que esta Superintendencia imponga las sanciones que corresponde por el cometimiento de la infracción a las disposiciones contenidas en la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, relacionada con los Reglamentos para la Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones y del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso por haberse comprobado certeramente la existencia de la responsabilidad administrativa en la inobservancia conocida en el presente procedimiento, en el cual se respetaron todos y cada uno de los derechos y garantías constitucionales del supervisado.

POR TANTO: De conformidad a los anteriores considerandos y sobre la base de los artículos siguientes: 11, 12, 14, 86 inciso final de la Constitución de la República; 43, 44 y 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, esta Superintendencia, **RESUELVE:**

a) **DETERMINAR** que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió una infracción a la disposición del artículo 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, relacionado con el art. 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones, y **SANCIONARLA** con una **MULTA DE US\$1142.86 UN MIL CIENTO CUARENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS;**

b) **DETERMINAR** que **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió una infracción a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, y **SANCIONARLA** con una **AMONESTACIÓN ESCRITA;**

c) **REQUERIR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en nuevas infracciones a lo establecido



Superintendencia del Sistema Financiero

en los Arts. 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con relación en los arts. 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones, y el art. 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, y en caso vuelva a cometer incumplimientos podrá imponérsele cualquiera de las sanciones a las que se refiere el Art. 43 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, tomando en cuenta como agravante de la conducta, la reincidencia en la infracción.

NOTIFÍQUESE.

José Ricardo Perdomo Aguilar
Superintendente del Sistema Financiero

