



El infrascrito secretario del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las nueve horas del día siete de julio de dos mil diecisiete, pronunciada por el Comité de Apelaciones, en el recurso de apelación con referencia CA-04-2017, promovido por AFP CRECER, S.A., por medio de su representante extrajudicial y judicial, licenciado Fernando José Arteaga Hernández, y que literalmente dice:

CA-4-2017

**COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO.** San Salvador, nueve horas del siete de julio de dos mil diecisiete.

A sus antecedentes el escrito presentado el 29 de mayo de este año, firmado por el Director de Asuntos Jurídicos, por delegación del señor Superintendente del Sistema Financiero, mediante el cual emite opinión sobre los argumentos expuestos en el presente recurso de apelación.

VISTOS en apelación el acto pronunciado por el señor Superintendente del Sistema Financiero, adalante SSF, a las 15 horas y 25 minutos del día 4 de abril de 2017, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-025/2016 promovido contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, en adelante AFP Creer, mediante el cual resolvió:

**"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 en los Arts. 122 de la Ley 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 incumplimiento podrá imponérselle cualquiera de las sanciones a las que se refiere al 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."**

Y CONSIDERANDO:

RECIBIDO  
COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO  
Calle Francisco Morazan, No. 2, Nueva Plancheta

Y  
1  
Fecha: 07/07/17 Hora: 11:42 AM  
Firma: María Ángela Orellana

RECIBIDO  
2017 JUL 11 AM 11:19  
SECRETARÍA COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

I. Que AFP Crecer, por medio de su representante legal judicial y extrajudicial, al imponer el recurso de apelación expresa no estar de acuerdo con la resolución impugnada porque, a su criterio, adolece de vicios que en su orden relaciona así:

**A. Sobre la infracción al art. 122 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP), relacionado con el art. 42 del Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones (RPBSAP)**

• **Violación al derecho a ser informado de los términos de la imputación**

Partiendo del art. 12 de la Constitución (Cn.), AFP Crecer expresa que el derecho a ser informado de los términos de la imputación es una garantía propia del *ius puniendi* estatal, que exige garantizar al presunto infractor el conocimiento de los hechos que se le están imputando, de las infracciones que esos hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieren imponer.

En esa línea, arguye que el SSF no delimitó en el auto de inicio los hechos por los cuales se instruyó el procedimiento sancionador, valiéndose únicamente a expresar: “*se observaron casos que previamente gozaron de una pensión por invalidez, en los cuales la supervisada no ha tomado como tiempo válido de cotización los periodos transcurridos entre el primer y segundo dictamen (...)*”.

Asimismo, la apelante manifiesta que el SSF se remitió llanamente al “*Memorando N° ISP-032/2016*” del 17 de marzo de 2016, el cual tampoco describe con exactitud cuáles son los casos que dicho funcionario ha observado. Continúa exponiendo que el referido memorando hace remisión a un nuevo documento denominado “ANEXO DOS”. Respecto a dicho anexo, expresó que éste hace alusión a un conjunto de documentos –independientes entre sí– respecto de los cuales el SSF no detalló los elementos de prueba que se extraen de los mismos, impidiéndole ejercer la contradicción sobre tales documentos.

De lo anterior, la apelante es del parecer que los hechos sancionados, conforme el auto de inicio y el acto impugnado, no existen en el expediente administrativo sancionador, siendo que el señor SSF se limitó únicamente a aludir a “*casos que observó*” sin expresar cuáles eran en concreto ni las razones específicas por las que cada caso individualmente considerado era merecedor de un castigo. En ese sentido, alega que el SSF pretendió que ella se defendiera a ciegas de una imputación sin sustento, o existiendo sustento lo ocultó para entorpecer el derecho de defensa.



Además, agrega que el "ANEXO UNO" -del Memorando N° ISP-032/2016 - hace relación a asuntos completamente distintos a los que se enuncia en la imputación jurídica de la infracción en comento.

Concluye que al impedirle conocer los hechos por cuáles se instruyó el procedimiento sancionador, se limitó su derecho de defensa por cuanto pudo haber recurrido a otras defensas procesales cuya alegación únicamente era posible a partir de la delimitación de los hechos. Continúa manifestando que el derecho a ser informado de los términos de la imputación no se respeta mediante la remisión lisa y llana de memorandos y documentos anejos que no abonan a establecer con exactitud cuáles son los hechos por los cuales se puede sancionar al presunto infractor. En ese sentido, al ser el SSF el funcionario competente para imponer sanciones, éste debió realizar una deputación de los hechos y plasmarlo en el auto de inicio del procedimiento, observando así los principios constitucionales que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora.

- **Inobservancia al principio de legalidad de la infracción por la falta de tipificación de los hechos sancionados**

Sobre este supuesto vicio, AFP Crecer expone que para el SSF la tipicidad de la infracción está contenida en dos normas jurídicas [art. 122 inc. 3° LSAP y del art. 42 RPBSAP], las cuales establecen obligaciones para AFP Crecer.

Respecto al art. 122 inc. 3° LSAP manifiesta que su obligación es considerar las pensiones como ingreso base de cotización en el lapso en que el afiliado las percibió, por lo que el presupuesto de hecho de la obligación es la existencia de casos de trabajadores que en el período de cálculo del salario básico regulador hubieren percibido pensiones de invalidez o subsidio por incapacidad.

Sobre el art. 42 del RPBSAP, expone que de él se derivan las siguientes obligaciones: (i) contar como tiempo válido de cotización, el transcurrido entre el primer y segundo dictamen. Siendo el presupuesto de hecho de la obligación: (a) la existencia de casos de afiliados con derecho a pensión por invalidez de primer dictamen; y, (b) si en el segundo dictamen se determina que ha cesado la invalidez; y (ii) computar ese tiempo a los pensionados por invalidez de primer dictamen sin cobertura de seguro. Siendo los presupuestos de hecho para ésta última obligación: (a) la existencia de casos de afiliados con derecho a pensión por invalidez de primer dictamen; (b) que se les agote el saldo de la Cuenta Individual de Ahorro para Pensiones.

Bajo esta lógica, AFP Crecer expone que en el presente caso no concurren los supuestos de hecho a los que las normas jurídicas aluden, arguyendo que el incumplimiento atribuido a su mandante no coincide con las obligaciones emanadas de las normas relacionadas.

Reitera que, tanto en el auto de inicio como en la resolución impugnada, el SSF expresa que "(...) se observaron casos (...)", pero que los hechos investigados y sancionados no correspondían con la descripción típica de las normas en comento. Agrega que el anexo del Memorando N° ISP-032/2016 –que presuntamente recoge los hechos investigados y sancionados– tampoco hace alusión a la existencia de los supuestos de hecho de las obligaciones, su incumplimiento ni las situaciones materiales que corresponden a la descripción típica de la norma.

Como último alegato para este punto, la recurrente manifiesta que el SSF hizo una aplicación analógica para construir la infracción, ya que dicho funcionario no adecuó las acciones de su representada con la descripción típica de la norma, siendo que la SSF se limita a enunciar de manera genérica las acciones a castigar, tratando de enmarcarlas en las supuestas normas vulneradas, sin establecer cómo se da el nexo entre uno y otro elemento.

**B. Sobre las infracciones a: i) al art. 122 de la LSAP, relacionado con el art. 42 del RPBSAP y, ii) al art. 4 del Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso (REPCT)**

• **Inobservancia del mandato de tipificación del art. 150 LSAP**

La apelante advierte que el SSF utilizó el art. 150 LSAP para construir las infracciones del art. 122 de la LSAP, relacionado con el art. 42 del RPBSAP y del art. 4 REPCT. Expresa que las anteriores disposiciones no constituyen tipificaciones independientes de infracciones administrativas, siendo que el incumplimiento a tales normas únicamente puede ser considerada como infracción a la luz del art. 150 LSAP.

Arguye que la descripción del art. 150 LSAP es abierta, ambigua e indeterminada, ya que el legislador no fija con precisión la conducta sancionada. Para este punto, la recurrente trae a mención la sentencia de inconstitucionalidad referencia 53-2013, en la cual la Sala de lo Constitucional expone que la fórmula de tipificación aparente y residual de las infracciones no describe ninguna conducta de la que deban abstenerse sus destinatarios, siendo que la materia de prohibición se determina hasta el momento de la aplicación de la norma, incumpliendo el legislador el mandato de tipificación, certeza o taxatividad derivado del principio de legalidad del art. 15 Cn.



Continúa expresando que son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, que establecen infracciones “por defecto” o “por sobrante” de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador. Expone que con ellas se incluye todo lo que no había sido comprendido en las categorías de infracción, sin tener que tipificarlo realmente. Así, con este tipo de cláusulas, la determinación efectiva de las conductas prohibidas queda postergada hasta el momento en que se aplica la norma, cuando el órgano competente decida a qué comportamiento identificar con el calificativo de infracción legal.

Explica que la norma aplicada por el SSF en la resolución impugnada sufre el mismo vicio de la disposición que conoció la Sala de lo Constitucional en la citada sentencia, ya que ella no determina por sí misma la conducta prohibida y que es sujeta a sanción, sino que hace remisión exagerada a todas las normas de diversos cuerpos legales.

- **Violación al principio de legalidad por uso de analogía o interpretación extensiva**

Como último alegato, AFP Crecer expresa que ninguna de las infracciones tipificadas por la LSAP es castigada con la sanción de amonestación. Asimismo, tampoco existe una “infracción genérica” concreta que el legislador haya decidido castigar con una multa de ₡ 10,000.00 (art. 180 I.SAP). Así, las presuntas normas sancionadoras que el SSF reputa incumplidas no están consideradas como infracciones administrativas con un castigo específico.

Continúa expresando que el SSF se ha valido de una interpretación extensiva del art. 180 LSAP para establecer el castigo de ₡ 10,000.00 por la presunta violación del art. 122 inc. 3° de la LSAP en relación con el art. 42 del RPBSAP, así como para establecer el castigo de “amonestación” a un supuesto de hecho que el legislador no ha determinado, ya que éste último no ha previsto que para la inobservancia del art. 4 del REPCT corresponde la “amonestación”.

Argumenta que el art. 150 inc. 2° de la I.SAP expresamente consagra que “A cada infracción le corresponderá la sanción que se señale en la presente Ley.”, y no a las que el SSF interprete extensivamente que le corresponde. Por lo que, a criterio de la AFP, el SSF ha interpretado extensivamente la segunda parte de los arts. 150 inc. 2° y 180 I.SAP para atribuir castigos no previstos a la situación que la ley no ha señalado expresamente.

II. Mediante el auto de las 10 horas del 15 de mayo del presente año, se dio intervención al representante de la AFP en la calidad en que compareció; se admitió el recurso de apelación

interpuesto, se suspendieron los efectos del acto impugnado en cuanto a la ejecución de la multa y se declaró sin lugar la solicitud de la suspensión solicitada respecto a la amonestación y las instrucciones giradas por el SSF contenidas en el acto impugnado. En ese mismo auto se confirió audiencia al señor SSF para que, si lo estimara conveniente, se pronunciara sobre los argumentos expuestos en el presente recurso de apelación.

En respuesta al traslado conferido, el 29 de mayo del corriente año el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia, por delegación del señor Superintendente, presentó el escrito relacionado al principio de esta resolución y en el cual, en síntesis, manifestó:

- **Respecto a la supuesta violación al derecho a ser informado de los términos de la imputación**

Sobre este punto el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF afirma que por medio de la resolución de inicio y Memorandum N° ISP-032/2016 se delimitó de manera concreta el caso sobre el cual recae la infracción por parte de AFP Crecer. Prueba de ello es que en el romano IV del escrito de aportación de prueba de fecha 16 de septiembre del año pasado presentado por la apelante en el procedimiento sancionador referencia PAS -025/2016 (fs. 54-55), AFP Crecer hizo referencia al caso de la señora Ana Ingrid Quintanilla Contreras, citando su Número Único Previsional (NUP) y aportó como prueba 4 documentos respecto a dicha afiliada, por lo que sí conoció oportunamente los hechos constitutivos del reproche administrativo, de ahí que tuvo oportunidad de defenderse respecto del caso de la señora Quintanilla Contreras.

- **Respecto a los alegatos con relación a la tipicidad y legalidad**

Sobre este alegato, expuso que la sociedad apelante se limitó a transcribir las normas y a hacer planteamientos sin un análisis que fundamente por qué la resolución impugnada se ha alzado de los supuestos jurídicos establecidos en la norma.

Continúa expresando que la recurrente en su escrito manifestó que para que el SSF sancionara debían presentarse al menos 2 presupuestos lógicos: "1) *Que la conducta sancionada corresponda a la descripción típica de la norma jurídica que se reputa incumplida;* 2) *Que la conducta sancionada haya sido debidamente acreditada por la autoridad demandada. Ello de manera indiciaria en el auto de inicio del procedimiento y con elementos de prueba conducentes en el acto administrativo*". sin embargo, la apelante no determina el por qué consideró que tales presupuestos no se han llevado a cabo en la resolución impugnada.



- **Respecto a la supuesta inobservancia del mandado de tipificación del art. 150 LSAP**

El Director de Asuntos Jurídicos de la SSF expresa que para el presente caso la norma que se dice infringida no es *per se* el art. 150 LSAP, debido que esta norma es la que define como infracción la omisión de las obligaciones establecidas en la LSAP; pero el incumplimiento se verifica respecto al art. 122 inc. 3° LSAP.

Expone que –para el caso– el art. 122 de la LSAP es el que describe la conducta que debe verificar toda Administradora de Fondos de Pensiones, ya que la misma en su inciso 3° impone una obligación, siendo una norma imperativa y no facultativa, por lo que AFP Crecer no puede desmarcarse de lo que la LSAP ha establecido expresamente, ya que esta normativa busca la protección y respaldo del derecho previsional de los afiliados.

Por último, hace referencia al caso de la señora Ana Ingrid Quintanilla Contreras y expone que la conducta antijurídica de la AFP generó que la afiliada sufriera una privación o limitación en el goce de un beneficio que por ley le corresponde. Que en las pruebas aportadas por la misma AFP en el procedimiento sancionatorio se evidenció que la apelante incorporó un recalcule por la omisión al cumplimiento del art. 122 inc. 3° de la LSAP, trayendo a consideración que AFP Crecer en sus escritos de contestación y aportación de prueba no desvirtuó la existencia de los hechos.

- **Respecto a la inobservancia del principio de legalidad en cuanto al uso de analogía o interpretación extensiva**

Sobre el último alegato de apelación, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF manifiesta que dicha institución no ha catalogado de infracción administrativa la omisión al deber legal establecido en el inc. 3° del art. 122 de la LSAP, ya que es la norma de remisión (art. 150 de la LSAP), la que lo califica como una infracción, y como consecuencia de la misma, es el art. 180 de la LSAP, el que prevé la sanción a imponer; por lo que, al integrar las normas antes relacionadas bajo un esquema sistemático, la SSF cuenta con elementos de legalidad que permiten enmarcar y tipificar los hechos en la conducta antijurídica con su correspondiente sanción.

Respecto a la amonestación por la infracción al art. 4 del REPCF, el señor Director aclara que la norma aplicada fue el art. 43 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF) y no el inc. 2° del art. 150 LSAP.

Con dicha explicación, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF concluye que las sanciones fueron impuestas de acuerdo al ordenamiento jurídico positivo vigente que rige el presente caso.

El referido director agrega que la Superintendencia ha atendido los preceptos y competencias que legalmente la facultan, y que en la resolución impugnada se adecuó el tipo a la conducta realizada por la AFP, sin desatender los derechos y garantías constitucionales que a la misma le asisten.

Por último, señala que la actividad que ejerce la AFP no se encuentra enmarcada en un ámbito general de actuación, sino que se desarrolla en el marco de una sector regulado, de ahí que no se puede hablar de una relación general entre ésta y la Superintendencia, siendo que existe una situación de especificidad técnica de conocimiento y además de sujeción, ya que la misma se desarrolla en el marco de una autorización o licencia de funcionamiento, por lo que ésta se encuentra supeditada al respeto de las obligaciones establecidas por la ley.

**III. Habiendo concluido con los trámites que señala la ley para el recurso de apelación, este Comité procede a conocer y pronunciarse sobre los puntos apelados.**

El acto administrativo objeto del presente recurso de apelación es el descrito en el preámbulo de esta resolución. A continuación, se analizarán, en el orden propuesto, los alegatos formulados por la sociedad apelante.

**A. Sobre la infracción al art. 122 de la LSAP, relacionado con el art. 42 RPBSAP**

• **Violación al derecho a ser informado de los términos de la imputación**

La apelante argumenta que se le violó el derecho a ser informado de los términos de la imputación de la infracción al art. 122 LSAP relacionado con el art. 42 RPBSAP, ya que el SSF omitió delimitar los hechos concretos a los cuales se refería, realizando una mera enunciación genérica de circunstancias; que el SSF se limitó a aludir a “casos que observó” sin expresar cuáles eran en concreto las razones específicas por las que cada caso individualmente considerado era merecedor de un castigo.

En la audiencia conferida al señor SSF, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF expuso que la sociedad apelante conoció oportunamente los hechos constitutivos del reproche administrativo, teniendo oportunidad de defenderse al respecto, ya que en el procedimiento



administrativo sancionador presentó documentación relativa al caso en particular por el que se le sancionó.

Tal como lo ha mencionado AFP Crecer, el derecho a ser informado de los términos de la imputación ostenta un rango constitucional (art. 12 inc. 2º Cn.), cuyo asidero radica en el derecho de defensa que tienen las personas frente al *ius puniendi* estatal. En ese sentido, la Sala de lo Constitucional ha expresado: *"(...) debe decirse que el conocimiento del imputado sobre los hechos y sobre la calificación jurídica que se otorga a estos es indispensable para determinar su estrategia de defensa, realizar las alegaciones correspondientes y presentar las pruebas que considere pertinentes, tanto personalmente como a través de sus abogados defensores"* .

Sobre el derecho de defensa la Sala de lo Contencioso ha sostenido que éste es un derecho de contenido procesal, el cual implica que los individuos contra quienes se instruye un determinado proceso, tengan pleno conocimiento del hecho o actuación que se les reprocha, brindándoseles además una oportunidad procedimental de exponer sus razonamientos y de defender posiciones jurídicas a efecto de desvirtuarlas –principio de contradicción–<sup>2</sup>. De ahí que, una adecuada defensa exige que el presunto infractor conozca los hechos imputados y su calificación jurídica, para que éste pueda pronunciarse al respecto.

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al caso en autos y a efecto de establecer si existió o no una violación al derecho de ser informado de los términos de imputación que genere una real y efectiva indefensión a AFP Crecer, resulta indispensable revisar el expediente sancionador referencia PAS-025/2016.

De los folios 16-18 del referido expediente se encuentra lo relativo al auto de inicio y el acta de emplazamiento. De la lectura del mencionado auto, se evidencia que el SSF hizo referencia al Memorando No. ISP-032/2016 de fecha 16 de marzo de 2016 y sus respectivos anexos. En ese mismo auto, al desarrollar la imputación del incumplimiento del art. 122 LSAP en relación con el art. 42 RPBSAP, el SSF expone:

*"(...) al proceder a la revisión de expedientes de pensiones por vejez, se observaron casos que previamente gozaron de una pensión por invalidez, en los cuales la supervisada no ha tomado como tiempo válido de cotización los períodos transcurridos entre el primer y segundo dictamen,*

<sup>1</sup> Resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional pronunciada a las 12 horas y 34 minutos del día 9 de julio de dos 2010 en el proceso de Hábeas Corpus referencia 87-2009.

<sup>2</sup> Resolución pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo a las 11 horas y 40 minutos del 28 de enero de enero de 2011 en el proceso 445-2007.

*además tampoco se ha incorporado el monto de la pensión pagada durante ese intervalo para el cálculo del Salario Básico Regulador.”*

Al revisar el Memorando N° ISP-032/2016 y sus anexos –cuya copia fue entregada a la apelante según consta en el acta de emplazamiento, fs. 18 del PAS-025/2016- se comprueba que, al hacer referencia a la conducta en mención, el memorando hace relación expresa al ANEXO 2, el cual es identificado como: la “(...) *documentación que sustenta el otorgamiento de beneficio de pensión omitiendo 3 años de cotización no incluidos en el cálculo del Salario Básico Regulador. (Sic).*” (Énfasis propio)

Al analizar el contenido del “ANEXO 2” se comprueba que éste está integrado por cuatro documentos, todos de la afiliada Ana Ingrid Quintanilla de Contreras con NUP 217026490009: Resolución de pensión de primer dictamen de fecha 7 de julio de 2012 (documento i); Segundo dictamen de invalidez, en el cual se deniega la pensión de invalidez (documento ii); Denegatoria de la pensión por invalidez en segundo dictamen (documento iii); Cálculo de contribución especial del art. 123 I.SAP (documento iv); Reporte de Salario Básico Regulador (SBR) para pensión de vejez (documento v); Resolución de beneficios en el cual se otorga a la señora Quintanilla de Contreras pensión por vejez (documento vi).

En ese sentido, aunque si bien el auto de inicio hace relación a la conducta infringida de forma general, éste hace una remisión al Memorando N° ISP-032/2016 y al ANEXO 2 del mismo, el cual identifica el caso en concreto en el que la AFP cometió la conducta imputada como infracción para con una afiliada, la señora Ana Ingrid Quintanilla de Contreras.

La apelante descalifica la conducta del SSF de remitirse, en su opinión, llanamente al memorando y sus anexos, sin embargo, es de aclararle que éstos según la Ley constituyen prueba (art. 60 LSRSF). Asimismo, tampoco es cierto que el “ANEXO 2” contenga documentos independientes entre sí, ya que de la lectura de los mismos se puede evidenciar que se tratan de la misma afiliada y que en la determinación del SBR (documento v) para el cálculo de la pensión de la afiliada (documentos vi) solo se tomó en consideración hasta septiembre 2011, obviando el periodo de invalidez por primer dictamen que se determina a partir de las resoluciones del primer y segundo dictamen (documentos i, ii, iii). De ahí, que tales documentos delimitaban efectivamente la conducta por la que el SSF inició el procedimiento sancionador.

Tan evidente fue ello que en sus actuaciones dentro del procedimiento sancionador la AFP se pronunció al respecto. En un primer momento, en el escrito de contestación (fs. 32 del PAS -



025/2016), AFP Crecer reconoció estar trabajando en la incorporación de validaciones para que automáticamente el sistema incorporara las pensiones que fueron pagadas entre el primer y segundo dictamen a los historiales laborales correspondientes. Posteriormente, en la etapa probatoria de ese mismo procedimiento, la apelante presentó documentación (fs. 54-66) relativa a la afiliada Ana Ingrid Quintanilla Contreras con NUP 217026490009, en el cual se evidencia un nuevo cálculo de pensión [realizado en el 2016, cuando ya estaba en trámite el procedimiento administrativo sancionador] para la afiliada tomando en consideración el período entre el primer y segundo dictamen de invalidez.

Lo anterior evidencia que, AFP Crecer en el momento que ejerció su derecho de audiencia y defensa, estaba sabedora de la infracción que se le atribuía y de los hallazgos en base a los cuales el SSF dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, no existiendo por lo tanto una vulneración material a su derecho de defensa.

Por último, sobre la observación que el "ANEXO I" hace relación a asuntos completamente distintos a los enunciados en la imputación, es de aclararle a la sociedad apelante que de la lectura del Memorando ISP-032/2016, se evidencia que dicho anexo corresponde a una conducta de AFP Crecer identificada por la Intendente del Sistema de Pensiones como posible infracción al art. 4 del Reglamento de Pensiones Mínimas en relación al art. 146 de la LSAP, sin embargo, tal como se puede apreciar en el auto de inicio, dicha conducta no fue objeto del procedimiento administrativo sancionador en comento.

En conclusión, en vista que AFP Crecer tuvo conocimiento del hecho concreto que se lo estaba imputando y que tuvo las oportunidades para defenderse, queda plenamente desvirtuada la violación al derecho de ser informado de los términos de la imputación; por lo cual se desestima este argumento y es procedente seguir conociendo sobre los demás puntos de apelación.

- **Inobservancia al principio de legalidad de la infracción por la falta de tipicidad de los hechos sancionados**

AFP Crecer aduce que no concurren los supuestos de hecho a los que el art. 122 LSAP y 42 RPBSAP aluden, siendo que el incumplimiento atribuido a AFP Crecer no coincide con las obligaciones de las mencionadas normas. Por lo que, en contradicción al principio de tipicidad, el SSF ha hecho una aplicación analógica para construir la infracción, ya que no adecúa o encuadra las acciones de AFP Crecer a la descripción típica de la norma que señala la infracción.

En la audiencia conferida, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF manifiesta que la sociedad apelante se limita a transcribir las normas y a hacer planteamientos sin un análisis que fundamente por qué la resolución impugnada se ha alejado los supuestos jurídicos establecidos en la norma.

Como lo ha expresado la Sala de lo Contencioso administrativo<sup>3</sup> el principio de tipicidad no solo se refiere a la predeterminación del hecho enunciado y regulado por la norma (exigencia al legislador), sino además su adecuación a la situación imputada al supuesto infractor (exigencia al aplicador de la norma). Es así, que el aplicador de la norma, observará este principio si al analizar la conducta atribuida al presunto infractor ésta es subsumible en la norma con base en la cual se pretende sancionar.

El SSF atribuyó a AFP Crecer el incumplimiento del art. 122 inciso 3º de la LSAP y art. 42 RPBSAP que rezan:

***“Salario Básico Regulador***

*Art. 122.- El salario básico regulador de cada afiliado se estimará como el promedio mensual del ingreso base de cotización de los últimos ciento veinte meses cotizados, anteriores al mes en que ocurra el fallecimiento, se declare la invalidez o se cumplan los requisitos para acceder a pensión de vejez.*

*Para aquellos trabajadores cuyo período de afiliación fuere inferior a los ciento veinte meses establecidos, el salario básico regulador se determinará considerando el período comprendido entre el mes de afiliación y el mes anterior a aquel en que ocurre el fallecimiento, se declare la invalidez o se cumplan los requisitos para pensión de vejez. En este caso, la suma de ingresos base de cotización mensuales deberá dividirse por el número mayor entre veinticuatro y el número de meses cotizados.*

*Para aquellos trabajadores que en el período de cálculo del salario básico regulador hubiere 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.*

*Los ingresos base de cotización utilizados para efectuar el cálculo del salario básico regulador serán actualizados con la variación del Índice de Precios al Consumidor, reportados por las autoridades correspondientes, de conformidad a las disposiciones que establezca la Superintendencia de Pensiones.”*

---

<sup>3</sup> V.g. resolución pronunciada a las 14 horas 38 minutos del 26 de marzo de 2010 en el proceso referencia 181-2005.



### *“Condiciones especiales*

*Art. 42.- A los afiliados con derecho a pensión por invalidez de primer dictamen se les contará como tiempo válido de cotización, el transcurrido entre el primer y segundo dictamen de invalidez, si en el segundo dictamen se determina que ha cesado la invalidez. De igual forma, se les computará ese tiempo a los pensionados por invalidez de primer dictamen sin cobertura de seguro, que se les agote el saldo de la CLAP. El IBC para estos efectos será el equivalente al valor de la última pensión mensual pagada.”*

Así, de la lectura de las disposiciones antes citadas y enfocándose únicamente en el texto resaltado (que contiene lo aplicable al caso *sub judice*) se pueden identificar las siguientes obligaciones por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones:

1. Considerar como ingreso base de cotización las pensiones de invalidez o subsidio por incapacidad que el trabajador perciba en el período del salario básico regulador. (art. 122 inc. 3° LSAP).
2. Contar como tiempo válido de cotización el transcurrido entre el primer y segundo dictamen de invalidez, si en el segundo dictamen se determina que ha cesado la invalidez. (art. 42 RPBSAP).

En ese sentido, es procedente evaluar si AFP Crecer ha cumplido o no las anteriores obligaciones. De la revisión del expediente sancionador se identifican los documentos de la afiliada Ana Ingrid Quintanilla de Contreras con NUP 217026490009, los cuales fueron identificados en el apartado anterior.

Analizando dichos documentos se evidencia que se declaró la invalidez por primer dictamen de la señora Quintanilla Contreras durante el período comprendido del 7 de marzo de 2012 al 6 de marzo de 2015, teniendo que realizar una reevaluación en junio de 2014, ya que en dicho mes y año la afiliada cumplía con la edad legal para pensionarse por vejez (documento i). Posteriormente, en segundo dictamen, se denegó la pensión por invalidez (documento ii y iii).

Así, de los anteriores documentos, se verifica la concurrencia del presupuesto: *“cese de invalidez por segundo dictamen”*, por lo que nace la obligación de: *“contar como tiempo válido de cotización, el transcurrido entre el primer y segundo dictamen de invalidez”*. De la lectura del reporte para el cálculo del SBR se detecta que se tomaron en cuenta los 120 meses que manda el art. 122 de la LSAP, hasta septiembre de 2011, calculando para tal efecto un SBR de US\$1,157.28 (documento v). Además, que en la resolución en la cual se le otorga la pensión de vejez a la señora

Quintanilla Contreras, la AFP estimó el SBR de US\$1,157.28 para determinar la pensión a pagarle (documento vi), quedando así evidenciado que efectivamente AFP Crecer incumplió su obligación de contar como tiempo válido de cotización, el transcurrido entre el primer y segundo dictamen de invalidez.

Aunado a lo anterior, este Comité advierte que en su escrito de contestación en el procedimiento sancionador (primer momento para ejercer contradicción y defensa), AFP Crecer se limitó manifestar que estaba *“trabajando en la incorporación de validaciones para que automáticamente el Sistema Incorpore las pensiones que fueron pagadas entre el primer y segundo dictamen a los HL que corresponda, la cual planeamos finalizar el 30 de junio del 2016”*. Además, en la etapa probatoria presentó documentación en la cual se evidencia la incorporación de las pensiones de invalidez, así como el nuevo cálculo de pensión a favor de la afiliada Quintanilla Contreras. En este sentido, queda demostrado que AFP Crecer tenía una falla y que al ser traída a la luz por el SSF, la sociedad apelante procedió a corregirla, sin embargo, ésta en ningún momento argumentó o presentó elementos que desvirtuara la acusación y prueba de cargo del señor SSF.

Al revisar la resolución impugnada (fs. 72 del PAS -025/2016), este Comité evidencia que el señor SSF observó el principio de tipicidad, ya que subsumió la conducta de la AFP, a las del art. 122 LSAP en relación al 42 RPBSAP que establecen la obligación y posteriormente a la del art. 150 LSAP, que tipifica como infracción el incumplimiento a las obligaciones de la LSAP así como de sus reglamentos.

De lo anterior, se puede concluir que no son acertados los argumentos de la apelante, en el sentido que la conducta atribuida se adecúa al incumplimiento del art. 122 LSAP en relación al 42 RPBSAP.

Por último, la apelante alega que el SSF se valió de una *“aplicación analógica para construir la infracción”*. Para el caso, este Comité considera a bien hacer unas consideraciones al respecto. La figura de la analogía se entiende como el *“procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso a otro caso distinto, no regulado expresamente, pero que se asemeja al primero porque comparte con él ciertas características esenciales o bien <<una identidad de razón>>”*<sup>4</sup>.

Aunque sí bien, el apoderado de la apelante acusa al SSF del uso de la analogía, de la lectura y desarrollo de sus argumentos se evidencia que su queja se fundamenta en que, en su opinión el SSF

---

<sup>4</sup> Lozano Cutanda, B. "Diccionario de Sanciones Administrativas", 1ª edición, Iustel. Madrid. Pgs.106.



no adecuó las acciones de la AFP en la descripción típica de la norma, es decir una supuesta violación al principio de tipicidad por falta de adecuación de la conducta atribuida a la norma infractora, argumento que ha quedado desvirtuado por este Comité en los párrafos anteriores.

De todo lo expresado se concluye que no se ha vulnerado el principio de tipicidad en los términos alegados por la apelante.

B. Sobre las infracciones a: i) al art. 122 de la LSAP, relacionado con el art. 42 del RPBSAP y, ii) al art. 4 REPECT'

• **Inobservancia del mandato de tipificación del art. 150 LSAP**

La apclante afirma que los incumplimientos a los arts. 122 LSAP, 42 RPBSAP y 4 REPECT solo pueden ser considerados como infracciones a la luz del art. 150 LSAP, cuya descripción es abierta, ambigua e indeterminada. Expone que en una sentencia la Sala de lo Constitucional ha pronunciado que la formulación de tipificación aparente y residual de las infracciones, no describen ninguna conducta de la que deban abstenerse, siendo la materia de prohibición determinada al momento de aplicación de la norma, con lo cual el legislador incumple su mandato de tipificación, certeza o taxatividad derivada del principio de legalidad. Por lo que, en vista que el acto administrativo impugnado está basado en el art. 150 LSAP, éste debe ser revocado.

El Director de Asuntos Jurídicos de la SSF expresa que la norma infringida *per se* no es el art. 150 LSAP, ya que ésta únicamente define como infracción la omisión de las obligaciones establecidas en la LSAP; que para el caso del art. 122 LSAP el legislador ha impuesto una obligación, por lo que AFP Crecer no puede desmarcarse de las obligaciones que la LSAP ha establecido expresamente, siendo que esta normativa es la que busca la protección y respaldo del derecho previsional de los afiliados.

Previo a resolver sobre este punto es importante aclarar que, al analizar la potestad sancionadora del Estado, no es factible la aplicación automática o irreflexiva de los principios que rigen la potestad jurisdiccional en materia penal a la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública. Y ello, aunque ambas potestades tengan como origen ontológico el *ius puniendi* del Estado. De ahí que la jurisprudencia sostiene que debe hacerse una aplicación de los principios constitutivos del derecho penal al derecho administrativo sancionador "*con los matices*

que exige la materia", debiendo ponderar el fundamento de cada principio penal con los fines de la actividad administrativa inclinados a exceptuarlos<sup>5</sup>.

Tal como lo ha manifestado este Comité en anteriores resoluciones, el principio de tipicidad alude al grado de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus consecuencias sancionadoras, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas; refleja la garantía material del derecho fundamental de la legalidad de las infracciones y sanciones administrativas, y es una consecuencia directa del principio de seguridad jurídica (art. 15 de la Cn).

Originalmente, este principio ha sido desarrollado en el ámbito del Derecho Penal. En la sentencia de las 14 horas con 43 minutos del 1 de febrero de 2013 del proceso de inconstitucionalidad con referencia 127-2007, se señala que "*en cuanto al ordenamiento jurídico, opera la exigencia de "lege stricta", en cuya virtud es imperativo que la redacción normativa de la conducta penalmente prohibida así como de su pena sean claras, precisas e inequívocas; lo cual permite una correcta aplicación del Derecho; consecuentemente, será imposible castigar hechos distintos a los establecidos por "la voluntad general expresada en el parlamento". De tal manera, esta concreción del principio de legalidad, por un lado, veda la posibilidad de efectuar una interpretación analógica y, por otro lado, provee "la seguridad del ciudadano en cuanto a la certeza que la ley penal le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previa y claramente".*

Este principio es también aplicable al Derecho administrativo sancionador por compartir el mismo origen ontológico del Derecho penal en el *Ius puniendi* del Estado; sin embargo, en aquella materia, la exigencia del principio de tipicidad y, más específicamente del principio de "taxatividad", es compatible con una técnica legislativa por medio de remisiones normativas. Ya que como bien lo desarrolla el autor Alejandro Nieto: "*las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos administrativos, por el contrario no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción.*" (Nieto, A. "Derecho Administrativo Sancionador", 5ª edición, Tecnos, Madrid, pg. 276).

<sup>5</sup> Sentencia de las 13 horas con 53 minutos del 24 de agosto de 2015, en el proceso de Inconstitucional acumulados 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013.



Así, la técnica de remisión normativa, también identificada como una especie de *tipificación indirecta* por la doctrina, 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 esta 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, agravando tales características al ingresar al sistema previsional.

El inciso 1° del art. 150 de la LSAP dispone:

*Art. 150.- Los incumplimientos por acción u omisión de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones, esta ley y sus reglamentos, serán consideradas infracciones. (...)*

De ahí que la mencionada disposición es la base legal por medio de la cual un incumplimiento a la normativa en ella mencionada constituye infracción administrativa. 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.

Y es que al hablar del sistema previsional se debe de tomar en consideración que éste tiene su génesis en el derecho a la seguridad social (art. 50 Cn.), 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 éste 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*

j) *social la correcta administración e inversión del patrimonio de los fondos de pensiones (...)*<sup>6</sup>, 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 este contexto se vuelve imprescindible una norma de remisión como el art. 150 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 sus beneficiarios, tal como ha pasado con las señoras Ana Ingrid Quintanilla de Contreras y Alejandra Martínez Rivera, afiliadas que se vieron afectadas por la conducta de AFP Crecer (tal como consta en el PAS-025/2016).

En su escrito, la sociedad apelante atribuye al art. 150 LSAP la naturaleza de norma residual, apegándose 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 el art. 150 LSAP no es una norma residual, si no como ya se dijo una norma de remisión.

Sobre tal punto, este Comité considera que una norma de remisión no genera *per se* una violación al principio de tipicidad, sino que se trata de una técnica legislativa válida y aceptada en el Derecho Administrativo Sancionador, por lo que requiere necesariamente que se analice el contenido de la norma cuestionada, su contexto y su destinatario, y determinar si con dicha modalidad de aplicación normativa se transgrede algún derecho.

De la lectura del art. 150 LSAP 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 [actualmente derogada], esta ley y sus reglamentos (...)"*, es en este sentido que la LSAP limita la conducta infractora a las obligaciones establecidas en las normas mencionadas, y es que es obvio que al 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 [actualmente derogada], LSAP y sus reglamentos, el legislador está identificando el marco de obligaciones que se debe de apegar los remitentes de la normativa

---

<sup>6</sup> Resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucional a las 12 horas del día 23 de diciembre de 2014 en el proceso de inconstitucionalidad 42-2012 AC.



previsional bajo la pena de incurrir en una infracción, por lo que no es cierto que el legislador haga una remisión exagerada y abstracta.

Asimismo, es de traer a consideración que la infractora no es un administrado al que se le exige el formal conocimiento de la ley, como cualquier ciudadano, quien materialmente podría desconocer las normas a las que el art. 150 LSAP remite. Por lo contrario, la recurrente es una AFP, entidad especializada y calificada con personal técnico (incluyendo técnico-jurídico), por lo cual fue autorizada para administrar fondos de pensiones. Que tanto formal como materialmente no puede aducir desconocimiento de las leyes que le son aplicables. En este sentido, no es válido el argumento de la sociedad apelante al expresar que con dicha clase de disposición "el órgano competente decida a qué comportamiento identificar con el calificativo de infracción", ya que la AFP está en la obligación de dar cumplimiento a toda la normativa previsional, siendo inaceptable que ésta no tenga el conocimiento de su régimen regulatorio. Por lo que, la AFP debe estar conocedora que ante el incumplimiento de su marco normativo le corresponde una consecuencia administrativa.

En base al análisis anterior, debe desestimarse el motivo de apelación en estudio.

- Violación al principio de legalidad por inobservancia a la prohibición de analogía o interpretación extensiva.

La apelante expone que las normas que el SSF reputa incumplidas no están consideradas como infracciones administrativas con un castigo específico. De ahí que el SSF se ha valido de una interpretación extensiva de los arts. 150 y 180 LSAP para establecer las sanciones consistentes en multa y amonestación por las infracciones al art. 122 inc. 3° LSAP relacionado con el art. 42 RPBSAP y al 4 del REPCT, respectivamente.

Sobre este punto, el señor Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, en la audiencia otorgada, explica que respecto a la multa impuesta, la SSF no ha actuado de forma discrecional, ya que es el art. 150 LSAP que califica como infracción administrativa la omisión al deber legal establecido en el art. 122 LSAP, y como consecuencia de la misma, el art. 180 de la LSAP establece la sanción a imponer. Respecto a la norma aplicada para imponer la amonestación por la infracción al art. 4 del REPCT, aclara que fue el art. 43 LSRSF y no el art. 150 LSAP. En ese sentido, concluye que las sanciones fueron impuestas de acuerdo al ordenamiento jurídico positivo vigente aplicables al presente caso.

Previo a determinar si el SSF se valió de una interpretación extensiva, este Comité considera necesario hacer la siguiente aclaración: la afirmación del Director de Asuntos Jurídicos de la SSF de que la amonestación fue impuesta en base al art. 43 LRSF, (tal como consta en la parte resolutive del acto impugnado), no es correcta, ya que a criterio de esta instancia la disposición legal aplicable art. 150 LSAP.

Como lo ha manifestado este Comité en reiteradas resoluciones, la LSAP goza de carácter especial siendo indispensable para su modificación o derogación un mandato expreso del legislador (art. 235 LSAP). Asimismo, el inc. 2° del art. 43 de la LRSF expresa que cuando la conducta que ha originado el incumplimiento o infracción se encuentre tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero aplicable al supuesto infractor, la SSF impondrá las sanciones establecidas por el otro cuerpo legal observado (en el caso en autos, la LSAP).

Al revisar la LSAP se evidencia que ésta en su art. 150 tipifica como infracción el incumplimiento (...) de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones [actualmente derogada], esta Ley y sus reglamentos, estableciendo que a cada infracción le corresponde la sanción que dicha ley señale, citando para tal efecto un catálogo de sanciones que se puede imponer, siendo estas la amonestación, multa, suspensión de operaciones o revocatoria de la autorización para operar.

De ahí que, si bien el SSF impuso la amonestación en base al art. 43 LRSF, lo correcto era imponerlo con base en el art. 150 de la LSAP (cuerpo normativo con aplicación preferente por regular una materia especial y por contener tanto la tipificación de la conducta infractora como el catálogo de sanciones). No obstante lo anterior, este Comité advierte que el contenido de ambas disposiciones son en esencia iguales en cuando a la descripción de las posibles sanciones que el ente supervisor puede aplicar, por lo que no puede considerarse que dicho error genere un vicio material a AFP Crecer.

Para hacer más evidente la anterior afirmación, a continuación, se transcriben los artículos en discusión, resultando los fragmentos más relevantes:

Artículo 150 inc. 2° LSAP	Artículo 43 inc. 1° LRSF
<p>(...)</p> <p>A cada infracción le corresponderá la sanción que se señale en la presente ley. <u>Las sanciones podrán ser: amonestaciones,</u></p>	<p>La Superintendencia, observando el procedimiento sancionatorio establecido en esta Ley, <u>podrá imponer a los supervisados, las sanciones siguientes: amonestación escrita, multa,</u></p>



<u>multas, suspensión de operaciones o revocatoria de la autorización para operar.</u>  (...)	<u>inhabilitación, suspensión, cancelación en el registro respectivo o revocatoria de la autorización que les haya otorgado.</u>  (...)
---	---

Este criterio es compartido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, la cual para un caso en particular, desestimó la violación al art. 21 Cn., ante la errónea aplicación retroactiva de un cuerpo legal por parte de la Administración Pública, cuando verificó que las normas en disputa tenían un contenido equivalente. Así, en la sentencia de las 14 horas del 18 de junio de 2014, en el proceso contencioso administrativo con referencia 198-2009, esa Sala dispuso: "Respecto del acto del Tribunal Primero de Apelaciones, es preciso realizar la siguiente aclaración, al efectuar la revisión del acto administrativo emitido por dicho ente, se establece que este aplicó retroactivamente la Ley Disciplinaria Policial y en su fallo determinó la concurrencia de la comisión de las faltas disciplinarias descritas en el numeral 6 del artículo 8 y en el numeral 11 del artículo 9 de la Ley Disciplinaria Policial, y no, las establecidas en el artículo 37 numerales 01 y 10 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil". Pero, luego de analizar el art. 21 de la Cn., la conclusión de esa Sala fue la siguiente: "Respecto de la falta descrita en el artículo 37 numeral 10 del Reglamento Disciplinario de la Policía Nacional Civil, equiparada por el Tribunal de Apelaciones, a la infracción tipificada en el numeral 11 del artículo 9 de la Ley Disciplinaria Policial, esta Sala no encuentra problema alguno, ya que ambas conductas están reguladas en los mismos términos para efectos del estudio de este caso".

Habiendo agotado este punto, se procede a evaluar si el SSF hizo una interpretación extensiva al imponer las sanciones impugnadas.

Tal como ha sido expresado en párrafos previos, el derecho administrativo sancionador permite una técnica de legislación más abierta que en materia penal, ya que con las mismas se pretende resguardar la naturaleza imperativa de las obligaciones regulatorias. Así, con el afán de evitar la impunidad de infracciones administrativas –sobre todo en un sector regulado y complejo, como es el sistema financiero, y cuyas normativas salvaguardan un bien jurídico con rango constitucional– es que el legislador se apoya en normas como la establecida en el art. 150 y 180 LSAP.

Sobre la figura de la interpretación extensiva, es de aclarar que ella es una operación "genuinamente interpretativa que consiste en atribuir a un enunciado normativo un significado más amplio o extenso que el que tiene comúnmente (según resulta del diccionario, del uso consolidado

*de los juristas o de una definición normativa), de modo que se incluye en el campo de aplicación de la norma supuestos que no se incluyan según una interpretación literal de la misma.” (Lozano Cutanda, B. “Diccionario de Sanciones Administrativas”, 1º edición, Iustel. Madrid. Pgs.110 y 111).*

Tal como se expresa en el escrito de apelación, tanto la analogía como la interpretación extensiva [ambas en *malam partem*] son prohibidas en materia sancionadora por contravenir el principio de legalidad. Es en esa línea que el Tribunal Constitucional de España ha pronunciado que: *“Cabe hablar de aplicación analógica vulneradora del principio de legalidad –y también de interpretación extensiva in malam partem– cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento de la posible literalidad del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente.” (SSTC 151/1997 (FJ4), 123/2001 (FJ 11)).*

Al revisar el tenor literal del art. 180 LSAP y lo actuado por el SSF, este Comité descarta la tesis propuesta por la apelante, ya que concurren los presupuestos que la norma dicta para ser aplicada, es decir, el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley –para el caso en concreto, la obligación prevista en el art. 122 LSAP en relación con el art. 42 RPBSAP– que no tenga señalado una sanción específica, como es el caso en autos, lo cual es reconocido por la apelante en su escrito. De ahí que no puede considerarse que el SSF realizó una interpretación extensiva, ya que aplicó la norma tal cual el legislador manda, respetando así el principio de legalidad.

Sobre la imposición de la amonestación escrita por el incumplimiento al art. 4 REPCT, es importante considerar que el legislador únicamente regula la infracción genérica del art. 180 LSAP, sin embargo, el SSF al realizar un análisis de proporcionalidad en la sanción (fs. 74 del PAS-025/2016), decidió utilizar una menos gravosa, utilizando para tal efecto la amonestación, la cual está prevista entre las posibles sanciones que tiene potestad de imponer, contenidas en el catálogo del art. 150 LSAP.

Es así que, aunque sí bien las conductas imputadas no tienen aparejada una sanción específica e independiente, es de aclarar que ello no inhibe a que el aplicador de la norma pueda hacer uso del art. 180 LSAP, la cual fue diseñada por el legislador para tal escenario. Aunado a lo anterior, este Comité reitera que la AFP no puede alegar que las disposiciones en comento han sido aplicadas de



forma imprevista, ya que la LSAP es la ley que en primera instancia rige el sistema de ahorro para pensiones, no habiendo cabida en alegar su desconocimiento.

Y es que, como se dijo, si bien el derecho penal y el derecho administrativo sancionador tienen un mismo origen, estamos ante la presencia de dos ramas distintas, con características diferenciadoras en razón a la finalidad que persigue cada una.

En atención a lo anterior, el derecho administrativo sancionador presenta una faceta más flexible ante la rigurosidad del derecho penal, entre ellos la exigencia en este último, de la individualización de consecuencias por cada una de las conductas típicas descritas por el legislador, pudiendo utilizarse en el sancionador administrativo una modalidad genérica de sanción a incumplimientos de obligaciones contenidas en la normativa aplicable.

En conclusión, se considera que el SSF no hizo uso de interpretación extensiva al imponer las sanciones impugnadas.

Habiéndose desestimado todos los puntos alegados en el presente recurso es procedente confirmar la resolución impugnada.

**POR TANTO:** Con base en los razonamientos expuestos, y en los arts. 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, y los arts. 122, 150 y 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, art. 42 Reglamento de Prestaciones y Beneficios del Sistema de Ahorro para Pensiones y art. 4 Reglamento para la Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, este Comité de Apelaciones **RESUELVE:**

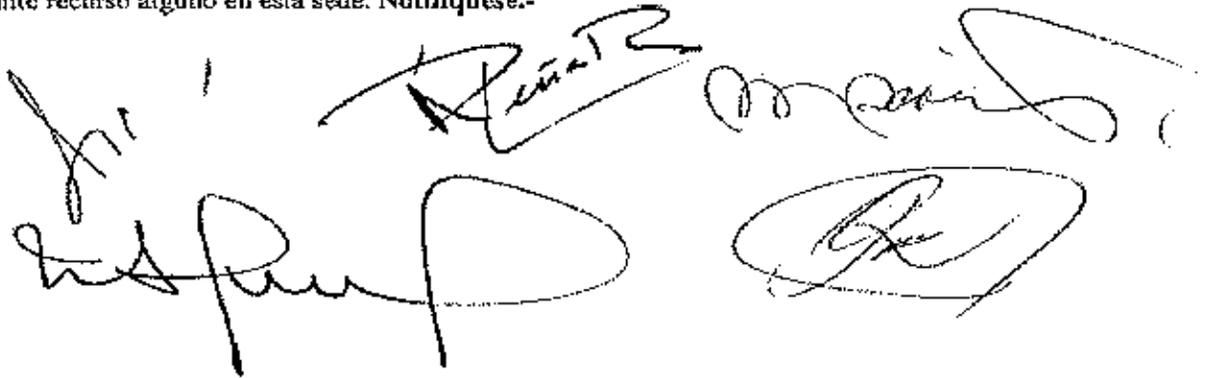
**CONFÍRMASE** la resolución pronunciada a las quince horas y veinticinco minutos del día cuatro de abril de dos mil diecisiete por el Superintendente del Sistema Financiero en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-025/2016 promovido contra Administradora de Fondos para Pensiones Crecer, Sociedad Anónima, que se abrevia AFP Crecer, S.A. por medio de la cual, entre otros asuntos, decidió: a) **DETERMINAR** que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió una infracción a la disposición del art. 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\$1,142.86 UN MIL CIENTO CUARENTA Y DOS DOLARES CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS**; y, b) **DETERMINAR** que **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió una infracción a lo dispuesto en el art. 4 del Reglamento para la

Emisión y Pago del Certificado de Traspaso, y SANCIONARLA con una AMONESTACIÓN ESCRITA.

*DEVUÉLVASE* oportunamente el expediente referencia PAS - 025/2016 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

*ARCHÍVESE* el presente expediente de apelación.

Con la presente resolución se tiene por agotada la vía administrativa; en consecuencia, no admite recurso alguno en esta sede. Notifíquese.-



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



Es conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de veinticinco folios, para ser entregada al Superintendente del

Sistema Financiero, a las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del día diez de julio de dos mil diecisiete.



---

Secretario del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero

(

(