La Infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las once horas del día catorce de marzo de dos mil dieciocho pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-09-2017, promovido por Banco G&T Continental El Salvador, S.A. y el señor Héctor Ernesto Panameño, en su calidad de Oficial de Cumplimiento del referido banco, por medio de sus apoderados generales judiciales, abogados Ricardo Antonio Mena Guerra y Henry Salvador Orellana Sánchez, y que literalmente dice:

CA-09-2017

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las once horas del catorce de marzo de dos mil dieciocho.

Por agregado el escrito presentado el uno de febrero del corriente año, mediante el cual se emite opinión en el presente caso, de parte del Superintendente del Sistema Financiero.

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las 13 horas 30 minutos del día 29 de noviembre de 2017, mediante la cual atribuye al BANCO G&T CONTINENTAL EL SALVADOR, S.A., las siguientes infracciones: **1)** incumplimiento al art. 10 letra a) en relación con la letra c) romano I, de ese mismo artículo, de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (en adelante LCLDA), por no haber identificado en debida forma a su cliente FOREIGN COMMERCE BANK LIMITED, al momento de iniciar operaciones en la cuenta corriente N° 010-100-002802468; **2)** incumplimiento al numeral 3 "Documentación de Identificación" del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiero para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activo (en adelante IUIF), por no haber documentado el número de identificación tributaria de FOREIGN COMMERCE BANK LIMITED, en el expediente de la cuenta corriente No. 010-100-002802468; y, **3)** incumplimiento al numeral 2 "Entrevista y Perfil de Cliente" del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III "Debida Diligencias en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF, en relación al número 4 "Perfil del Cliente y Declaración Jurada" del Manual de Normas para Prevenir el Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo del Banco G&T Continental El Salvador, S.A., por no haber documentado oportunamente la declaración jurada del origen de los fondos de FOREIGN COMMERCE BANK LIMITED, al momento de iniciar operaciones en la cuenta corriente No. 010-100-002802468. En consecuencia, en su orden impuso las multas de CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS DÓLARES CON VEINTICUATRO CENTAVOS (US$42,552.24); de QUINCE MIL NOVECIENTOS

CINCUENTA Y SIETE DÓLARES CON NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR (US$15,957.09) y por la cantidad de CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS DÓLARES CON VEINTICUATRO CENTAVOS (US$42,552.24), respectivamente; y, al señor HÉCTOR ERNESTO PANAMEÑO la infracción al art. 16 numeral 2) del IUIF, por no velar por el oportuno cumplimiento de las obligaciones de prevención del Lavado de Dinero y de Activos, en la relación con el cliente FOREIGN COMMERCE BANK LIMITED, en la cuenta corriente No. 010-100-002802468. Por consiguiente, se le sancionó con una multa de DIEZ MIL DÓLARES (US$10,000.00).

Y CONSIDERANDO:

I. Que los abogados Ricardo Antonio Mena Guerra y Henry Salvador Orellana Sánchez, en calidad de apoderados generales judiciales del Banco G&T Continental El Salvador, Sociedad Anónima y del señor Héctor Ernesto Panameño expresaron no estar de acuerdo con la resolución antes identificada, por adolecer de supuestos vicios que en su orden exponen:

A. **INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR AUSENCIA DE TIPICIDAD EN LAS NORMAS APLICADAS**

Sobre la base del principio de legalidad previsto en el art. 15 Cn., señalan que dicho principio se extrapola al ejercicio de las potestades administrativas como límite de las funciones de los poderes públicos, conforme al art. 86 inc. 2º Cn. También hacen referencia a pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA), en los que ha declarado que el contenido de este principio se expresa en la exigencia de ley cierta, previa, escrita y estricta. Que por tanto, dicho principio obliga al legislador a garantizar la seguridad jurídica mediante el establecimiento de tipos de sanciones a través de normas jurídicas que permitan a los ciudadanos conocer de forma anticipada cuáles son las conductas prohibidas para prever las consecuencias de sus acciones, así como también constituye un límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, debido a que la exigencia de previsión y certeza de la norma impiden que su aplicador realice cambios interpretativos de su contenido.

Que en razón del principio invocado, si el Superintendente o cualquier autoridad deciden sancionar a sus poderdantes deben presentarse al menos, estos dos presupuestos lógicos:

- Que la conducta sancionada corresponda a la descripción típica de la norma jurídica que se reputa incumplida;
- Que la conducta sancionada haya sido debidamente acreditada por la autoridad demandada; pudiendo hacerse de manera indiciaria en el auto de inicio del procedimiento, pero debe establecerse con elementos de prueba conducentes en el acto administrativo que impone la respectiva sanción.

Con base en lo anterior, en el análisis a las normas imputadas a los apelantes los apoderados aducen lo siguiente:

i. Sobre el contenido prescriptivo de la letra a) con relación a la letra e) romano I, ambas del art. 10 LCLDA

Que si bien la citada disposición establece como obligación la identificación del cliente, el legislador no la ha construido como una infracción administrativa. Es decir, a juicio de los apoderados, el legislador no establece como consecuencia jurídica al incumplimiento de dicha obligación el castigo administrativo impuesto por la SSF. Además, en toda la LCLDA no se encuentra disposición alguna que cree este tipo sancionador.

De igual forma señalan que la letra e), romano I, no es una norma jurídica sancionadora y que el citado art. 10 establece una serie de mandatos adicionales para los sujetos obligados en las cinco letras "a", "b", "c", "d" y "e" y que en cada una de ellas constituye una obligación en sí misma, es decir, es una norma jurídica. Prosiguen en su análisis, que la letra e) a su vez, contiene cuatro romanos que son meramente disposiciones; no son normas jurídicas, ya que no contienen obligaciones pues la obligación está descrita y delimitada en la letra e) del art. 10 LCDA, en cuanto a que para los efectos de dicha norma, basta con que el ente adopte políticas, reglas y mecanismos de conducta. Que la obligación fuera de esos límites, se está ante cualquier cosa, menos ante una norma jurídica.

ii. Sobre el contenido prescriptivo del numeral 3 Documentación de Identificación, de Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos. Capítulo III, Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente del IUIF

En este apartado, afirman que el Superintendente no hace alusión a una infracción administrativa y que ésta se enmarca en el art. 6 del IUIF, dato que ha sido omitido por el Superintendente. Que el Fiscal General de la República como legislador material del instructivo no asocia ningún tipo de castigo administrativo por saber que las infracciones administrativas no pueden estar contenidas en normas de rango inferior a la ley formal.

Concluyen, que no se está ante una norma administrativa sancionadora, la cual –en opinión de los apoderados– ha sido construida por una interpretación antojadiza del Superintendente. Que no existe infracción administrativa, ni castigo y, por lo tanto, tampoco tipicidad.

iii. Sobre el contenido prescriptivo del numeral 2, Entrevista y Perfil de Cliente del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, Capitulo III, Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente del IUIF

Que la presente norma es parte del art. 8 del IUIF, y que no crea una norma sancionadora. Es decir, el FGR no asoció un castigo a su incumplimiento. De ahí que, la supuesta tipicidad ha sido construida por el Superintendente sin respaldo legal; siendo evidente que un instructivo no puede contener tipos administrativos sancionadores.

iv. Sobre el contenido prescriptivo del art. 16 numeral 2) del IUIF

Los abogados de los apelantes luego de transcribir dicha disposición son de la opinión que el IUIF no puede construir infracciones y sanciones administrativas; que la norma no expresa lo que el Superintendente sostiene en la resolución y que la obligación contenida en el art. 16 se acata o desacata en función de si las Oficinas de Cumplimiento tienen o no las facultades ahí señaladas.

En síntesis sobre el primer punto de apelación, los abogados sostienen que las infracciones administrativas sancionadas por el Superintendente no existen en el derecho

vigente; que han sido construidas sobre la base de interpretaciones de las distintas normas jurídicas, tres de las cuales ni siquiera son ley formal. En ese orden, alegan que el Superintendente ha confundido el contenido normativo y rango de las distintas disposiciones jurídicas, así como también, el concepto de obligación con el de infracción administrativa. Reiteran, que una obligación por sí misma no constituye una infracción y que el incumplimiento de una obligación será constitutivo de infracción sí y solo sí, la ley en sentido formal lo dispone de forma previa, cierta y estricta. Por último, agregan que el principio de legalidad prohíbe formulaciones abiertas e indeterminadas como las que pretende construir el art. 44 LSRSF.

B. USO DE PRUEBA PROHIBIDA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

En este punto, los abogados del Banco y del señor Panameño exponen que en el auto de inicio se anexaron una serie de diligencias probatorias realizadas antes del comienzo del procedimiento. Por lo anterior, sostienen que esas diligencias fueron practicadas sin permitir a los apelantes o a sus abogados su participación en la producción de las mismas y que no se les notificó para que pudieran ejercer plenamente su derecho de defensa.

Que en su oportunidad advirtieron al Superintendente que tales diligencias extraprocesales constituyen prueba prohibida; sin embargo, dicho funcionario decidió mantener esta prueba y además incorporar otras sin brindar el respectivo derecho de contradicción a los apelantes. En razón de lo anterior argumentan lo siguiente:

i. Primera prueba prohibida

Que en la página 6 del acto impugnado, el Superintendente hace recuento de la prueba que utilizó para fundamentar su decisión, dentro de la que está: *"(...) i) Acta de entrevista al licenciado Raúl Eliseo Chávez de fecha 3 de marzo de 2016"* (consignada a folios 20 al 25 del expediente administrativo).

Dicha entrevista corresponde al relato o prueba testimonial del señor Eliseo Chávez, funcionario del Banco apelante, quien declaró sobre los hechos castigados. Que esa prueba

fue recolectada por la SSF sin brindar oportunidad de contradicción al Banco ni al señor Panameño y tampoco fueron notificados oportunamente para que su abogado estuviese presente.

A lo anterior agregan, que los funcionarios de la SSF realizaron preguntas ambiguas, capciosas, sugestivas y compuestas. Además, en algunos casos ni siquiera realizaron preguntas, si no meras insinuaciones, así como preguntas sobre los procedimientos de la misma SSF o sobre información con la que la mencionada institución ya cuenta. En síntesis, alegan que se les negó a los apelantes su derecho de comparecer a un acto de prueba en el que se produjeron elementos que luego condujeron a su castigo. Por lo que, en vista de que el Superintendente formó su decisión de castigar sobre la base de prueba prohibida lo que deviene es la ilegalidad del acto impugnado.

ii. Segunda prueba prohibida

El Superintendente también incluyó como prueba de cargo: *"(...) j) (...) copia del Oficio AF-002/2017 de fecha 28 de febrero de 2017 librado por el Jefe de la Unidad de Investigación Financiera de la FGR"*, sin que ninguno de los recurrentes haya tenido conocimiento del oficio ni de su contenido, negándose así el derecho de contradecirla.

En virtud de lo anterior, los apoderados de los apelantes definen a la prueba prohibida como aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, por lo que adquiere un doble carácter negativo: por un lado su prohibición constitucional y por el otro su ineficacia procesal.

Proceden a explicar que la prohibición constitucional de este tipo de pruebas es en atención a que la investigación y penalización de un delito no puede hacerse mediante una violación a normas constitucionales, sino que debe ser en total respeto a los derechos y garantías fundamentales. Por otro lado, su ineficacia procesal se refiere a la no producción de efectos jurídicos por haberse obtenido en contravención a lo establecido en la Cn. De ahí, agregan que una consecuencia de la prueba prohibida es la regla de exclusión, según la cual, no puede introducirse en el proceso un hecho descubierto o una declaración realizada vulnerando los derechos constitucionales. Además, hacen referencia al efecto reflejo de la misma, la cual se refiere a que los elementos de prueba que se hayan obtenido legalmente,

pero que se derivan o producen de una prueba obtenida en violación a derechos fundamentales o garantías constitucionales, estarán contaminados con la violación originaria.

C. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN RELACIÓN A LOS INCUMPLIMIENTOS ATRIBUIDOS AL BANCO G&T CONTINENTAL EL SALVADOR, S.A.

Sobre este punto, los abogados Mena Guerra y Orellana Sánchez expresan que el Superintendente ha construido una infracción administrativa a partir de una norma técnica. En ese sentido, explican que dicho funcionario se ha limitado a una supuesta infracción a la norma técnica, lo cual es inconstitucional, ya que el principio de reserva de ley exige que una norma con rango de ley sea la que determine las infracciones y sus sanciones correspondientes.

D. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO ATRIBUIDO AL SEÑOR HÉCTOR ERNESTO PANAMEÑO

Al respecto señalan, que la infracción imputada al señor Panameño es la vulneración al art. 16 numeral 2) del IUIF, siendo ésta una infracción construida con base en una norma técnica y no a una ley en sentido formal. Para este punto, hacen referencia a lo desarrollado en apartados anteriores sobre el contenido de la reserva de ley en materia administrativa sancionadora. Además, exponen que tal como lo establece la Cn. y ha sido reconocido por el Comité de Apelaciones, no es posible construir infracciones a partir de normas que no tengan rango de ley.

E. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD Y TAXATIVIDAD EN RELACIÓN AL INCUMPLIMIENTO ATRIBUIDO AL SEÑOR HÉCTOR ERNESTO PANAMEÑO

Como último punto de apelación, los abogados hacen referencia a la literalidad del art. 16 numeral 2) del IUIF, norma que se reputa violada por el señor Panameño. Explican que dicha norma inicia señalando a "las instituciones" como el sujeto a quien dirige su

orden. Exigiéndoles a éstas últimas *"vigilar que la integración de la Oficina de Cumplimiento se ajuste en todo momento a las necesidades que se presente"*. Por lo tanto, la única forma de incumplir este artículo es que la institución no vigile tal integración de la Oficina de Cumplimiento.

Continúan explicando que el siguiente inciso de la disposición enuncia las características que deben cumplir las Oficinas de Cumplimiento, siendo que esta obligación va dirigida a "las instituciones" pues a ellas se les encargó previamente vigilar la integración de dichas Oficinas. En razón de lo anterior, exponen que la única forma de incumplir este artículo es que las instituciones no integren las Oficinas de Cumplimiento con las facultades enunciadas en el art. 16 del IUIF, incluyendo por tanto el numeral 2.

En este caso, aducen que los hechos descritos por el Superintendente son otros, siendo que ni siquiera se ocupa de exigir el cumplimiento de la obligación al destinatario de la norma (las instituciones) sino que se lo demanda a un tercero (oficial de cumplimiento) y a este sanciona por el presunto incumplimiento de una obligación que no le es exigible.

En ese sentido, alegan que el Superintendente sanciona al señor Panameño en base de una interpretación extensiva y traen a consideración el ya mencionado principio de tipicidad, el cual exige que se determine con claridad los elementos típicos de la infracción, dentro de los cuales se encuentra el sujeto activo. Así, la obligación que establece el art. 16 numeral 2) del IUIF es para *"las instituciones"* por lo que el presunto incumplimiento no puede imputarse a alguien que no goce tal calidad. Aunado a lo anterior, los apoderados mencionan que la descripción típica de la obligación que se reputa incumplida tampoco responde a los hechos materiales que el Superintendente ha castigado.

II. En auto de las 9 horas del 3 de enero del presente año, se dio intervención a los abogados Ricardo Antonio Mena Guerra y Henry Salvador Orellana Sánchez, en calidad de apoderados del Banco G&T Continental El Salvador, S.A. y del señor Héctor Ernesto Panameño; se admitió el recurso de apelación interpuesto y se suspendió la ejecución del cobro de las multas impuestas en el acto impugnado. En el mismo auto se solicitó a la SSF proporcionara los estados financieros auditados de Banco G&T Continental El Salvador, S.A. correspondiente al período del 1 de enero al 31 de diciembre de los años 2014 y 2015.

Por medio del escrito presentado el 15 de enero del año en curso, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, en carácter de delegado del Superintendente, remitió la información solicitada en el auto de admisión del presente recurso.

III. En auto de las 11 horas con 40 minutos del 18 de enero de este año se tuvo por agregada la documentación relacionada en el romano anterior y se confirió audiencia al señor Superintendente en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 67 inc. final de la LSRSF.

En atención a la audiencia conferida, mediante escrito presentado el 1 de febrero del año en curso, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, actuando por delegación del señor Superintendente, manifestó en síntesis lo siguiente:

A) SOBRE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Explica que el principio de tipicidad, como derivado del principio de legalidad y sus exigencias, se concreta en la adecuación de una conducta a la descripción contenida en la norma base. Sostiene que dicha correspondencia entre hechos y normas existe plenamente para cada una de las infracciones atribuidas a los recurrentes.

Señala que, para el caso concreto, las obligaciones por cuyo incumplimiento se ha sancionado a los recurrentes se encuentran plasmadas sin lugar a equívocos en las normas invocadas, contenidas en la LCLDA y el IUIF. Indica que la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que la tipificación indirecta o por remisión es permisible en el derecho administrativo sancionador, técnica que aplica en el ámbito financiero ya que el tipo infractor surge de la conjunción de normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que su incumplimiento es infracción.

Ante la complejidad de la materia financiera el legislador ha previsto que, en virtud de la LSRSF, sean sancionables los incumplimientos a deberes y obligaciones contenidas en diferentes fuentes normativas aplicables. Bajo esta línea, procede a analizar cada una de las infracciones que se han determinado en contra de los recurrentes.

Sobre el contenido prescriptivo de la letra "a" del art. 10 LCLDA relacionado con la letra "e" romano I, del mismo artículo

Manifiesta que la letra "a" del art. 10 LCLDA obliga a las entidades a identificar a los usuarios y a las personas que actúen en nombre de estos, acción que, según consta en el memorando DR-0029/2016, no fue realizada por el Banco respecto al cliente FOREIGN COMMERCE BANK LIMITED. Agrega que se hizo relación a la letra "e" romano I, de la disposición en comento, a fin de contextualizar de qué forma las entidades cumplirán con la obligación establecida en la letra "a"; sin embargo, la conducta que se imputa incumplida es la de identificar a sus usuarios y a quienes los representen (art. 10 letra "a" LCLDA).

Asimismo, explica que el argumento de los apelantes en cuanto a que el legislador no construyó una infracción jurídica ni una consecuencia para su incumplimiento, es un planteamiento limitado e inexacto, ya que el legislador previó que constituyen infracciones sancionables, los incumplimientos a las obligaciones de prevención del lavado de dinero y de activos, conforme al art. 15 LCLDA.

Sobre el contenido prescriptivo del numeral 3 Documentación de Identificación, del procedimiento en apertura de cuentas o contratos, Capítulo III, "Debida diligencia en la identificación y conocimiento del cliente", del IUIF

Sobre lo alegado por los apelantes en cuanto a que la norma utilizada no hace alusión a una infracción administrativa, explica que la norma invocada establece una obligación exigible al Banco, y el no actuar ó no acatar la misma constituye infracción, según lo establecen los arts. 21 y 22 del IUIF; de lo contrario se estaría frente a disposiciones vacías, carentes de contenido por falta de exigencia y de su consecuente sanción en caso de incumplimiento, siendo ello un sinsentido.

Explica que el objeto del mencionado instructivo es desarrollar las obligaciones establecidas en la LCLDA y su reglamento, relacionadas a la prevención y reporte de operaciones, las acciones de prevención y reporte de aquellas operaciones relacionadas con el lavado de dinero y de activos (art. 1 IUIF); y para que se pueda ejercer la supervisión y el reproche ante su incumplimiento, el legislador estableció en la norma secundaria, que se

impondrían sanciones observando el procedimiento sancionatorio establecido (arts. 43 y 44 letra b LSRSF), a fin de garantizar un procedimiento constitucionalmente configurado.

Sobre la infracción atribuida, comenta que la disposición vulnerada establece que las entidades están obligadas a solicitar entre otros documentos, el Número de Identificación Tributaria, siendo que en el expediente de Foreign Commerce Bank Limited no constaba éste, con la agravante de que se plasmó en su lugar el número de identificación crediticia. De igual forma, agrega que tampoco se encontró credencial del representante legal de la sociedad contratante o de su apoderado.

Sobre el contenido prescriptivo del numeral 2, Entrevista y Perfil de Cliente del Procedimiento de apertura de cuentas corrientes, capítulo III Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente del IUIF

Respecto a las alegaciones de que la norma es parte del art. 8 del IUIF y que esa no crea una norma administrativa sancionadora, siendo que el Fiscal no asoció un castigo a su incumplimiento, la SSF manifiesta que dichos argumentos carecen de sentido práctico y se descartan de la lectura de los arts. 21 y 22 del IUIF. Agrega que los apelantes no razonan, fundamentan ni justifican jurídicamente sus acotaciones.

Considera que los apelantes alegan una supuesta atipicidad recurriendo a conceptos etéreos y faltos de contenido, ya que no debaten o prueban el debido cumplimiento de la norma, lo que pone en evidencia el ilícito proceder por el que se les sancionó.

Sobre el contenido prescriptivo del art. 16 numeral 2 del IUIF

Sobre este punto explica que los argumentos del apelante se descartan con la lectura de los arts. 21 y 22 del IUIF, 15 LCLDA y de los conceptos expuestos anteriormente sobre la existencia de la norma, su exigencia y las consecuencias por su inobservancia. Asimismo, hace relación al art. 38 LSRSF, el cual señala la responsabilidad administrativa en la que incurrirán ciertos funcionarios de los integrantes del sistema financiero que contravengan las normas o cuyos actos u omisiones causen perjuicios al mencionado integrante o a terceros.

B) SOBRE EL USO DE PRUEBA PROHIBIDA

Explica que las diligencias que relacionan los apelantes son realizadas dentro de las labores propias de supervisión de la SSF en apego a sus competencias y facultades (art. 3 letra e) y art. 4 letra c) LSRSF). Asimismo, hizo relación al art. 60 LSRSF, el cual establece que constituyen prueba, entre otras, las declaraciones de testigos y los informes de auditoría de la SSF, y al inc. 3° del art. 59 LSRSF, el cual trata sobre el precepto dirigido a quienes presten sus servicios a la SSF de informar al Superintendente sobre hechos que podrían constituir una posible infracción, así como proporcionar las pruebas que conduzcan a establecer la existencia de una infracción.

A partir de las anteriores disposiciones, sostiene que se evidencia cómo el alegato formulado adolece de sustento jurídico, ya que la prueba fue recabada con base a las facultades legales de la SSF, mientras que la tramitación del expediente respectivo se ciñó al debido proceso. Asimismo, se hizo del conocimiento de los encausados toda la documentación probatoria con la que se contó, agotándose las etapas procedimentales configuradas legalmente y en las cuales se garantizó el derecho de contradicción y defensa.

IV. Habiéndose concluido con los trámites que señala la ley para el recurso de apelación, se procede a emitir la respectiva resolución definitiva. Para dichos efectos, se analizarán los alegatos formulados por los apelantes en el orden propuesto por éstos en su escrito de apelación:

A) SOBRE LA SUPUESTA INOBSERVANCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR AUSENCIA DE TIPICIDAD EN LAS NORMAS APLICADAS

Básicamente, la supuesta atipicidad se hace recaer en que no se ha previsto un castigo en las normas aplicadas por el incumplimiento de las obligaciones que han servido de base para la imposición de las multas, tanto a la entidad bancaria como al Oficial de Cumplimiento.

A continuación se analizan sus argumentos respecto a cada una de las infracciones que se establecieron a través del acto impugnado.

i. <u>Art. 10 letra a) en relación con la letra e) romano I del mismo artículo. LCLDA.</u>

Como se ha expuesto, los apelantes reconocen que en la letra a) del citado art. 10 se establece como obligación la identificación del cliente, pero que el incumplimiento a dicha obligación no es suficiente para fines sancionatorios ya que el legislador no ha previsto castigo al respecto, por lo que no se trata de una norma sancionadora que configure una infracción administrativa. En cuanto al supuesto de la letra e) romano I, señalan que es evidente que la obligación se cumple cuando la entidad adopte políticas, reglas y mecanismos de conducta y que no se puede infringir en los términos descritos por el Superintendente, quien ha construido la infracción administrativa a partir de la selección interesada de disposiciones.

El Superintendente, durante la audiencia conferida, señaló que la letra a) del art. 10 LCLDA obliga al Banco a identificar a los usuarios y a las personas que actúen en su nombre. Sostiene que la afirmación de los apoderados de los apelantes es limitada e inexacta ya que el legislador previó como infracción sancionable a los incumplimientos a obligaciones de prevención del lavado de dinero y de activos (art. 15 LCLDA).

Previo a resolver sobre el punto alegado, este Comité de Apelaciones estima pertinente señalar, que conforme a los términos de la LCLDA, bajo el acápite SUJETOS DE APLICACIÓN DE LA LEY Y SUJETOS OBLIGADOS, el art. 2 número 1) considera como sujetos obligados "*Toda sociedad, empresa o entidad de cualquier tipo, nacional o extranjera, que integre una institución, grupo o conglomerado financiero supervisado y regulado por la Superintendencia del Sistema Financiero*". Lo anterior implica que el Banco G&T Continental El Salvador, S.A. es un sujeto obligado y como tal está sometido al cumplimiento de las obligaciones impuestas en dicho marco jurídico, específicamente las contenidas en el Capítulo III.

Precisamente bajo el apartado "OBLIGACIONES DE LAS INSTITUCIONES SOMETIDAS AL CONTROL DE ESTA LEY" se encuentran prescritas en los artículos del 9 al 15-A las obligaciones que toda institución financiera, como el banco apelante, debe cumplir, entre ellas las previstas en el art.10 letra a) y letra e) romano I.

Por otra parte, debe tenerse presente que, conforme a la LSRSF, las instituciones y personas supervisadas están sujetas a las sanciones previstas en dicha ley cuando incurran en infracciones a obligaciones contenidas en las leyes que enuncia el art. 44 letra a), entre las que se encuentra, naturalmente, la LCLDA. Por tanto, es la LSRSF la que establece las posibles sanciones que, previo el procedimiento respectivo, podrán ser impuestas a los supervisados que violen los lineamientos establecidos en las leyes que les sean aplicables.

Este Comité discrepa con la tesis planteada por los apoderados, quienes rechazan la consecuencia jurídica derivada de la inobservancia de la obligación de identificar fehacientemente y con la debida diligencia a los clientes del banco, al sostener que la LCLDA no ha previsto castigo alguno, ni ha creado una infracción administrativa, haciendo caso omiso con ello a lo dispuesto en la LSRSF.

Es claro que en el desarrollo de sus argumentos sobre la supuesta atipicidad, los apoderados intervinientes han dejado de lado lo previsto en la LSRSF, la cual es una pieza fundamental para efectuar dicho análisis de forma integral. Sus argumentos parten de un análisis aislado de las normas jurídicas en juego y concluyen en una tesis insostenible, ya que al contrastar el contenido de las normas infringidas con la conducta atribuida y comprobada en autos, se advierte una clara adecuación típica entre las mismas, lo cual desvirtúa lo argumentado en el presente punto de apelación

Es la LSRSF, ley marco de la supervisión y regulación financiera en El Salvador, la que establece como infracción el incumplimiento de las obligaciones legales contenidas en leyes aplicables como la LCLDA, previendo asimismo las eventuales sanciones que se podrán imponer. Esto desvirtúa la tesis planteada por los apelantes, quienes omiten el nexo ineludible entre las citadas leyes. Establecido lo anterior, se pasará a analizar los hechos controvertidos.

En el procedimiento administrativo sancionador se comprobó que el Banco recurrente inició operaciones el 25 de junio de 2015 con Foreign Commerce Bank Limited sin haber suscrito un contrato de depósito monetario en cuenta corriente y sin haber realizado las diligencias respectivas para identificar a dicho cliente. Es así como la sociedad apelante, previo a la suscripción del contrato respectivo, recibió un total de depósitos por US$8, 073,077.00, de los cuales fueron retirados US$5, 014,619.00, situación que a todas luces

vulnera las directrices esenciales que buscan procurar la licitud de los fondos que ingresan al sistema financiero salvadoreño.

Cabe aclarar que la conducta sancionada antes descrita ha quedado debidamente acreditada en autos a través del contrato de depósito suscrito con posterioridad a las operaciones y con el estado de cuenta respectivo que corren agregados a folios 11 y 14 del expediente PAS-11/2017, respectivamente. Dicha situación no ha sido debatida por la sociedad apelante, quien se ha limitado a cuestionar la aptitud de la norma incumplida para generar la consecuencia jurídica asignada, planteamiento que no supera un ejercicio integrador de las normas respectivas y que ha sido descalificado por este Comité.

Ahora bien, en cuanto a lo alegado sobre la naturaleza del art. 10 letra e) romano I de la LCLDA, se nota que tal disposición no es la base de la sanción impugnada y su contenido únicamente pone de relieve la importancia que reviste para la LCLDA los manuales y normas internas de los entes obligados, preceptos que la apelante también violentó.

En efecto, como señala el Superintendente en la resolución apelada, el Banco contaba con un Manual de Normas para Prevenir el Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo vigente desde 2014, el cual recogía prácticas para implementar la debida diligencia en la identificación de clientes. Sin embargo, el Banco ignoró dichos lineamientos según ha quedado acreditado en autos, vulnerando su propia normativa interna y, en definitiva, la LCLDA.

Por tanto, al relacionarse el art. 10 letra e) romano I de la LCLDA con el presente incumplimiento, no se pretendió tipificar la conducta infractora en dicha norma sino solamente poner en evidencia cómo el incumplimiento detectado quebrantó reglas emitidas por el propio Banco. Sin perjuicio de la obligatoriedad del cumplimiento de las normas internas de un ente obligado, se advierte la irrelevancia del presente punto con relación al examen de tipicidad, ya que la obligación transgredida fue la contenida en el art. 10 letra a) de la LCLDA, siendo su letra e) romano I únicamente una referencia o apoyo como norma relacionada, más no base para la tipicidad de la conducta.

No obstante lo anterior, este Comité considera oportuno aclarar que, si bien en su escrito de apelación, al referirse a la tipicidad del art. 10 letra e), los apoderados de los

recurrentes exponen que *"(...) basta con que el ente adopte políticas, reglas y mecanismos de conducta. (...)"*; tal enunciado dista de la realidad, ya que al analizar la norma en comento, se puede identificar que el verbo "adoptar" no se limita a que el banco emita políticas, reglas o mecanismos, si no que éstas sean implementadas al momento de operar.

Y es que en una materia como la de estudio, donde el bien jurídico que el legislador busca proteger es el "orden socioeconómico", el banco no puede suponer que su obligación se limitará a la emisión de normativas, siendo imprescindible que éstas sean puestas en práctica para lograr una homogeneización de los procesos internos que permitan el combate y prevención de casos de blanqueo de capitales y activos. Por tanto, con el verbo "adoptar", el legislador evitó que los sujetos obligados dieran un mero cumplimiento formal a la obligación, ya que por un lado está el mandato de emitir las políticas pero, al mismo tiempo, están obligados a implementarlas.

En razón de todo lo anterior, se desestiman los alegatos de apelación sobre la supuesta violación al principio de legalidad por inobservancia de las exigencias de tipicidad en el presente incumplimiento.

ii. Numeral 3) "Documentación de Identificación", del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III, "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF

Los recurrentes argumentan que la norma invocada no hace alusión a una infracción administrativa. Señalan que el Fiscal, como legislador material del IUIF, no asoció ningún tipo de castigo a su incumplimiento, por lo que no se trata de una norma sancionadora y su aplicación como tal se ha dado a través de una interpretación antojadiza, ya que no existe la supuesta infracción ni su consecuencia, es decir que no hay tipicidad.

El señor Superintendente explica que la norma en análisis prevé una obligación, siendo que su inobservancia constituye una infracción según lo previsto en los arts. 21 y 22 del IUIF. Además, hace referencia a que el IUIF desarrolla las obligaciones de la LCLDA y que para poder ejercer la supervisión y el reproche ante su incumplimiento, el legislador estableció en la norma secundaria, que se impondrían sanciones observando el

procedimiento sancionatorio, relacionando para tal efecto los arts. 43 y 44 letra b) de la LSRSF.

Al igual que en el punto anterior, este Comité advierte que el Banco apelante realiza una apreciación parcial del ordenamiento jurídico aplicable y, en consecuencia, su conclusión no es acertada. En este caso, el art. 44 letra b) LSRSF tipifica como infracción el incumplimiento a instructivos que desarrollen las obligaciones establecidas en leyes secundarias aplicables, de manera que la tipicidad de la omisión y su consecuencia, no viene dada solamente por el IUIF sino que debe complementarse con los arts. 44 letras a) y b), y 43 de la LSRSF, respectivamente.

Realizado lo anterior, y si se trae a consideración que, respecto a la cuenta corriente 010-100-002802468 a nombre de Foreign Commerce Bank Limited, el Banco no solo no documentó el NIT sino que lo sustituyó por un código distinto, así como también ignoró la exigencia de la credencial del representante legal de la sociedad, se puede apreciar cómo se ha infringido la norma del IUIF identificada al inicio del presente apartado. Se afirma lo anterior, porque en dicha disposición se plasman expresamente los requisitos que se deberán exigir a los clientes que entablen operaciones con el Banco, entre los que figura precisamente el NIT y credencial de representante legal para el caso de personas jurídicas, los cuales fueron omitidos por la sociedad apelante.

Los incumplimientos antes mencionados fueron corroborados a través de la lista de verificación de expediente y el respectivo perfil del cliente que corren agregados a folios 17 y 18 del expediente PAS-11/2017, respectivamente. Por tanto, se considera que los hechos ventilados en la presente infracción así como las normas aplicadas son típicos, de tal forma que no hay lugar al supuesto vicio alegado por la administrada.

iii. Numeral 2) "Entrevista y Perfil de Cliente", del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III, "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF

En cuanto a la presente infracción, la sociedad apelante reitera los alegatos formulados en los anteriores apartados relativos a la inexistencia de una infracción administrativa, porque la norma base de la multa no es de naturaleza sancionadora. Sostiene que fue el

Superintendente quien ha creado la tipicidad de la presente infracción, asociándole un castigo que no ha sido previsto, por lo que se trata de una actuación ilegal.

El Superintendente manifestó que los argumentos de los apelantes carecen de sentido práctico y se descartan con la simple lectura de lo dispuesto en los arts. 21 y 22 del IUIF. Agrega que la defensa no contradice el incumplimiento atribuido y se basa en meras argumentaciones faltas de contenido.

Para resolver el alegato en cuestión, este Comité se remite a lo expuesto en el apartado inmediato anterior, donde se estableció la tipicidad como infracción administrativa de los incumplimientos a instructivos que desarrollen obligaciones legales (art. 44 letra b) LSRSF). Asimismo, las posibles sanciones están contempladas en el art. 43 LSRSF, por lo que no se advierte una vulneración a los requisitos de tipicidad en materia sancionatoria.

Cabe mencionar que es clara la correspondencia de las irregularidades detectadas por la SSF con la norma del IUIF que se ha identificado como vulnerada, ya que se comprobó que el Banco no documentó la declaración jurada que obligatoriamente debe rendir el cliente sobre el origen de los fondos. Adicionalmente, se advirtieron graves inconsistencias entre dos declaraciones juradas que, además de haber sido elaboradas con posterioridad a operaciones ya concretadas, contenían datos contradictorios sobre el origen de los fondos de la misma cuenta bancaria.

Tales hallazgos constitutivos de infracción se encuentran documentados por dos declaraciones juradas suscritas con posterioridad a las operaciones y entre las cuales hay graves inconsistencias, las cuales corren agregadas a folios 15 y 16 del expediente PAS-11/2017. En conclusión, no son atendibles los alegatos del Banco apelante sobre la supuesta atipicidad de la presente infracción.

iv. <u>Art. 16 numeral 2) del IUIF</u>

Respecto a la presente infracción, atribuida al Oficial de Cumplimiento, sus apoderados afirman que la norma invocada no contiene la obligación a cargo de éste como lo considera el Superintendente, en tanto que la citada disposición solamente establece un mandato a los entes obligados de dotar de ciertas facultades a la Oficina de Cumplimiento. Por tanto, la disposición mencionada se cumple o incumple en función de si la referida oficina cuenta o

no con la facultad descrita en el numeral 2) y no de la manera en que se ha instruido en el caso de autos.

Al respecto, el Superintendente explica que los argumentos de los apelantes quedan descartados con la simple lectura de los arts. 21 y 22 del IUIF, 15 LCLDA y hace referencia a la existencia de la norma, su exigencia y las consecuencias de no acatarla. Asimismo, cita el art. 38 LSRSF en cuanto a la responsabilidad administrativa que tienen ciertos funcionarios de los integrantes del sistema financiero por contravenir la normativa aplicable, así como también las consecuencias por actos u omisiones que causen perjuicios.

La norma cuya infracción se atribuye al Oficial de Cumplimiento establece:

"Artículo 16.- Las Instituciones vigilarán que la integración de la Oficina de Cumplimiento se ajuste en todo momento a las necesidades que se presenten.

La Oficina de Cumplimiento deberá tener las siguientes facultades:

1.- Establecer y modificar las disposiciones internas de la Institución, para prevenir y detectar actos u operaciones sospechosas de lavado de dinero.

2.- Vigilar el cabal y oportuno cumplimiento dentro de la Institución de las presentes Disposiciones, así como de la normativa interna señalada en el párrafo anterior" (el subrayado propio).

Luego de analizar la norma base de la sanción impuesta, este Comité considera que está dirigida a las instituciones que se encuentran obligadas a establecer una Oficina de Cumplimiento la cual, para efectos de atender dicha disposición, deberá contar con las facultades descritas en cada uno de los numerales que desarrolla.

Como se desprende de la anterior lectura, las Instituciones deberán vigilar que la integración de la Oficina de Cumplimiento se ajuste en todo momento a las necesidades que se presenten y que cuente con las facultades enumeradas que, para el caso concreto, es la descrita en el numeral 2). Por tanto, dicha tarea compete a las instituciones obligadas a constituir una oficina de tal naturaleza, en este caso al Banco apelante, quien es el encargado de establecer la referida dependencia y definir, de acuerdo a la norma, las funciones que se encomendarán a la misma.

Sin embargo, en la resolución sancionatoria se penaliza al Oficial de Cumplimiento por no haber realizado actos de verificación sobre la identificación del cliente, como tampoco se pronunció sobre las irregularidades haciéndolas del conocimiento de la alta gerencia. Si bien la conducta inactiva o pasiva del mencionado oficial podría constituir una desatención de las funciones que son de su competencia y que está llamado a ejecutar, este Comité advierte una ausencia de coincidencia entre la conducta atribuida al Oficial de Cumplimiento y lo prescrito por la norma base de la sanción.

Al establecer el art. 16 numeral 2) IUIF facultades que deberán ser otorgadas por las entidades a su Oficina de Cumplimiento, se nota que no es posible extrapolar con fines sancionatorios dicho contenido a una obligación para el Oficial de Cumplimiento. En ese sentido, se considera atendible el argumento expuesto por los abogados del recurrente en cuanto a la inexistencia de tipicidad para la presente infracción, en razón de lo cual procede revocar la sanción impuesta.

A continuación se seguirán analizando los alegatos formulados en el recurso de apelación respecto a las infracciones restantes.

B) SOBRE EL SUPUESTO USO DE PRUEBA PROHIBIDA

Manifiestan los apelantes que el acto impugnado es ilegal debido a que fue emitido sobre la base de elementos probatorios prohibidos, siendo estos en concreto el Acta de Entrevista al licenciado Raúl Eliseo Chávez de fecha 3 de marzo de 2016 y el Oficio AF-002/2017 del 28 febrero de 2017 librado por el Jefe de la Unidad de Investigación Financiera (UIF) de la Fiscalía General de la República.

Con relación a la entrevista, relata que fue brindada sin oportunidad de contradicción y sin la presencia de un abogado, obteniendo dicha prueba testimonial a través de preguntas ambiguas, capciosas, sugestivas y compuestas. En cuanto al Oficio AF-002/2017 plantea que no fue conocido por el Banco ni por su Oficial de Cumplimiento, con lo que se les negó la oportunidad de contradecir el contenido del mismo.

El Superintendente expuso que las diligencias relacionadas son realizadas dentro de las labores propias de supervisión de la SSF y en apego a sus competencias y facultades establecidas en la LSRSF. Que la SSF tramitó el procedimiento sancionatorio en

observancia del debido proceso haciendo del conocimiento de los apelantes toda la documentación probatoria con la que se contó, otorgando la oportunidad a éstos de controvertir la prueba de cargo.

Para resolver el presente punto, este Comité analizará por separado los elementos probatorios que el apelante califica como ilegales, esto con el objetivo de establecer su legitimidad, su valor probatorio y su incidencia en las decisiones objeto del presente recurso de apelación.

i) Sobre el Acta de Entrevista al licenciado Raúl Eliseo Guerra Chávez de fecha 3 de marzo de 2016

Este documento corre agregado de folios 20 al 25 del expediente PAS-011/2017 y contiene una serie de preguntas realizadas por personal de la SSF al referido empleado del Banco apelante. Esta entrevista fue realizada como parte de las diligencias de supervisión que le compete llevar a cabo a la SSF con el objetivo de verificar el cumplimiento de las normativas aplicables por parte de los supervisados (art. 4 letra c) LSRSF).

Es natural entonces que un trámite como dicha entrevista sea realizado con anterioridad al procedimiento administrativo sancionador, ya que la apertura de este último se dará únicamente si se identifican indicios de posibles infracciones en dicho proceso de supervisión. Asimismo, no se trata de una prueba testimonial equiparable a la que se rinde frente a una instancia judicial, ya que dicha entrevista, por sí misma, no es prueba directa de los ilícitos atribuidos pero sí se trata de indicios que, a través de una comprobación posterior con otros elementos, pueden coadyuvar al establecimiento de responsabilidad administrativa.

Esta ha sido la postura adoptada por este Comité respecto a las entrevistas realizadas por los equipos de auditoría de la SSF, la cual es coherente con la naturaleza del proceso de supervisión y la debida acreditación en autos de las eventuales conductas punibles. Por tanto, la ausencia de las formalidades judiciales para la introducción de una prueba testimonial no vuelve ilegal o prohibida la entrevista en análisis y, menos aún, cuando la LSRSF en su art. 60 inc. 4° ha reconocido expresamente el valor probatorio a las diligencias de auditoría efectuadas por la SSF dentro de su facultad supervisora.

Sin perjuicio de lo anterior, este Comité advierte que la entrevista examinada, no obstante se relacionó como prueba de cargo en un listado dentro de la resolución final, no fue utilizada en la motivación de ninguno de los incumplimientos ventilados, por lo que fue innecesario para la adopción de las sanciones impugnadas. Por tanto, se consideran irrelevantes los argumentos de apelación antes abordados.

ii) Sobre el Oficio AF-002/2017

Este documento corre agregado de folios 26 al 27 del expediente PAS-011/2017 y consiste en una comunicación dirigida al señor Superintendente por parte del Jefe de la UIF en la cual detalló posibles incumplimientos del Banco apelante a la LCLDA y a las Recomendaciones del GAFI, sugiriendo que le fueran aplicadas las sanciones administrativas correspondientes de acuerdo a la LSRSF. Dicha carta se dio en el contexto de una coordinación interinstitucional en virtud de la cual se compartió información sobre ciertas operaciones irregulares llevadas a cabo por la sociedad recurrente.

Como argumento principal, el Banco señala que no tuvo conocimiento del documento antes relacionado y que, en consecuencia, no pudo ejercer oportunamente su defensa al respecto. Para resolver el presente punto, se procedió a revisar el expediente administrativo a efecto de establecer si el Oficio AF-002/2017 fue entregado o no a la sociedad apelante y si ha existido una vulneración al derecho de defensa de la administrada.

Así, de las actas de notificación del auto de emplazamiento suscritas por el Banco y su Oficial de Cumplimiento, agregadas a folios 31 y 32 del expediente PAS-011/2017 respectivamente, se observa que el notificador delegado por la SSF relacionó la entrega de copia simple del Memorándum DR-29/2016 de fecha 16 de septiembre de 2016 y sus respectivos anexos, entre los que se entiende comprendido el Oficio AF-002/2017, ya que forma parte de dicho legajo. Asimismo, en el primer párrafo de la resolución objeto del presente recurso de apelación se hizo referencia al memorándum antes apuntado y sus anexos, documentación que, según se relacionó en dicho acto, corre agregada de folios 1 al 28 del expediente sancionatorio, encontrándose el Oficio AF-002/2017, precisamente, en los últimos dos folios de dicho rango. Por tanto, existen elementos para sostener que el referido oficio sí fue proporcionado a la apelante.

Sin perjuicio de lo anterior, este Comité considera que el contenido de tal oficio hace referencia a hechos y posibles incumplimientos que fueron conocidos en todo momento por la sociedad recurrente, de manera que su desconocimiento no sería capaz de generar una vulneración a su derecho de defensa. Se advierte que el presente alegato se limita a atacar la supuesta falta de entrega del mencionado documento, sin embargo, no concreta las razones por las cuales supuestamente dejó en indefensión a la apelante ni cómo influyó en la decisión que ahora impugna.

Se observa que el referido oficio no contiene elementos novedosos ni determinantes para el establecimiento de la conducta infractora ni para la identificación de la norma violentada, extremos que la SSF ya había fijado a través de sus diligencias y cuyos hallazgos solamente vinieron a ser reforzados con lo manifestado por el Jefe de la UIF. Por tanto, se trata de un tema que no pone en entredicho la legalidad del acto, el cual se fundamenta en elementos sólidos que la sociedad recurrente no ha sido capaz de rebatir.

En virtud de lo expuesto, no son atendibles los argumentos del Banco apelante respecto a la supuesta ilegalidad del acto impugnado por el uso de prueba prohibida.

C) SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Los apoderados de los apelantes alegan que el Superintendente ha construido una infracción administrativa a partir de una norma técnica, lo cual es inconstitucional ya que el principio de reserva de ley exige que una norma con rango legal sea la que determine las infracciones y sus sanciones correspondientes. Cita para tal efecto pronunciamiento del 12 de julio de 2017 de este Comité en el expediente CA-03-2017.

Sobre este punto de apelación el señor Superintendente omitió pronunciarse.

El principio de reserva de ley es una de las manifestaciones del principio de legalidad, el cual consiste en que ciertas materias -especialmente aquellas que restringen derechos fundamentales- solo podrán ser reguladas por el Órgano Legislativo. Así, la anterior preferencia hacia la potestad normativa del legislador deviene del *"(...) plus de legitimación que posee la Asamblea Legislativa por sobre el resto de órganos estatales y entes públicos (...) por recoger y representar el pluralismo y la representación*

proporcional con que se eligen sus miembros". (Sentencia de las 14 horas con 2 minutos del 28 de septiembre de 2015 pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de Inconstitucionalidad referencia 64-2013).

Al ingresar a la esfera del *ius puniendi* el principio mencionado toma más protagonismo, en el sentido que las conductas que constituyen un ilícito y la respectiva sanción -por ser una limitante a la esfera jurídica del administrado- deben estar contenidas en una norma de rango de ley formal. Sin embargo, es sabido -por reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional y Contencioso Administrativo- que dicho principio no opera de forma absoluta (V.g. Sentencia de las 12 horas 20 minutos del 23 de noviembre de 2016 pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 169-2014), existiendo la posibilidad de su flexibilización con la observancia de ciertos criterios.

Así, la Sala de lo Constitucional ha previsto que "*(...) ante situaciones debidamente razonadas y excepcionales se admita la colaboración de normas infra-legales como los reglamentos en los supuestos comprendidos en el Derecho Sancionador."* (Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional a las 14 horas con 40 minutos del día 9 de noviembre de 2016, en los procesos de inconstitucionalidad 147-2014/20-2015/26-2015/34-2015). Y es que, tal como lo explica la referida Sala, existirán ocasiones donde un decreto legislativo *"(...) no regula de forma exhaustiva una materia, sino que únicamente se limita a dictaminar lo esencial y habilita que una norma de rango inferior (...) regule situaciones específicas, conexas o complementarias. No obstante ello, lo básico de la materia y presupuestos habilitantes deben encontrarse en la ley".*

Entonces, es sabido que el hecho de que una norma infra legal desarrolle una obligación no vulnera el principio de reserva de ley, si ésta ostenta suficiente respaldo o cobertura en una ley en sentido formal. Por tanto, resulta oportuno analizar si los incumplimientos a las disposiciones del IUIF atribuidos al Banco G&T Continental El Salvador, S.A. tienen asidero en normas de rango secundario.

Al revisar la LCLDA se identifica que su objeto es "*(...) prevenir, detectar, sancionar y erradicar el delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento".* La importancia de combatir dichas prácticas radica en que éstas pueden poner en peligro la solidez y la estabilidad de las instituciones que son utilizadas para ese objetivo,

ocasionando o pudiendo ocasionar la pérdida de confianza del público (considerando 4 de la LCLDA).

El legislador no solamente se limitó a tipificar las conductas que podrían constituir el delito de blanqueo de capitales y activos, sino también se encargó de identificar los sujetos y actividades que por su naturaleza podrían ser susceptibles a ser utilizados como medios para el cometimiento de dichos ilícitos. De esta forma, el legislador le impone una serie de obligaciones con el fin de evitar su involucramiento en el blanqueo de capitales.

Sin embargo, dada la complejidad que representa combatir y prevenir este tipo de ilícitos, el legislador se ha visto en la necesidad de auxiliarse a través del desarrollo normativo de su reglamento (art. 28 LCLDA), el cual a su vez manda a que las instituciones y entidades cuyas actividades están sometidas al control de la LCLDA cumplan con las instrucciones emitidas por la Unidad de Investigación Financiera (art. 11 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos), oficina adscrita a la Fiscalía General de la República encargada de la investigación de los delitos de lavado de dinero y de activos (art. 3 LCLDA).

Bajo el anterior contexto, la FGR emitió el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la prevención del Lavado de Dinero y de Activos, siendo su objetivo *"Desarrollar las obligaciones de los sujetos obligados establecidas en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, y su Reglamento, relacionadas a la prevención y reporte de operaciones, las acciones de prevención y reporte de aquellas operaciones relacionadas con el lavado de dinero y de activos, (...)"* (Art. 1 del IUIF).

De lo anterior, se identifica la habilitación de la mencionada norma infra legal ya que, tal y como se mencionó anteriormente, habrán supuestos en los cuales la complejidad o la naturaleza de la materia exigirá que aunque si bien el núcleo esencial de una obligación esté prevista en la ley, su desarrollo se haga por medio de normas de menor rango. Corresponde ahora identificar si las disposiciones del instructivo que la SSF consideró incumplida proviene de una obligación prevista por el legislador en la LCLDA:

1. <u>Numeral 3 "Documentación de Identificación" del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF.</u>

Bajo el acápite de Procedimientos en apertura de cuentas o contratos, se encuentra el numeral 3, el cual establece los requisitos a solicitar por los sujetos obligados en *"(...) las aperturas que se realicen en todas las Instituciones, sus sucursales, agencias y subsidiarias, y para todas las operaciones que impliquen recepción, entrega o transferencia de fondos de cualquier tipo, de depósito, ahorro, inversión, fideicomiso, mandatos, comisiones, cajas de seguridad y otorgamiento de crédito bajo cualquier modalidad"* (numeral 1 del Procedimiento en Apertura de Cuentas), siendo éstos los siguientes:

TIPO DE PERSONA	NATURAL		JURIDICA	
REQUISITOS	NAC.	EXT.	NAC.	EXT.
DOCUMENTO DE IDENTIDAD PERSONAL (CON FIRMA, FOTOGRAFIA Y DOMICILIO)	X	X	(Del representante) X X	
COMPROBANTE DE DOMICILIO	(*) X	(*) X	X	X
NUMERO DE REGISTRO FISCAL (IVA) Y NUMERO DE IDENTIFICACION TRIBUTARIA (NIT).	(En su caso) X	(En su caso) X	X	(En su caso) X
CREDENCIALES DE LOS REPRESENTANTES O APODERADOS	(En su caso) X	(En su caso) X	X	X
TESTIMONIO DE ESCRITURA DE CONSTITUCION O CREACION (**)			X	
PASAPORTE/ CALIDAD MIGRATORIA		X		
DOCUMENTO QUE DEMUESTRE EXISTENCIA LEGAL				X

De los hechos imputados a Banco G&T Continental se le atribuye el incumplimiento de dicho numeral porque en la cuenta corriente número 010-100-002802468 a nombre de la sociedad Foreign Commerce Bank LTD, dicho banco no documentó el número de identificación tributaria (NIT), ni la credencial de representante legal de la misma. Incluso, para llenar el campo donde corresponde el NIT, utilizó el número proporcionado por la SSF para efectos de identificar a las personas extranjeras que realizan operaciones activas.

Sobre lo anterior, es necesario traer a consideración que el mencionado *"Procedimiento de apertura de cuentas o contratos"*, se encuentra en el Capítulo III de dicho instructivo, el cual se encarga de desarrollar la *Debida diligencia en la identificación y conocimiento del cliente*, entendiendo "el conocimiento del cliente", como la forma más importante para evitar el riesgo de que se involucre y se utilice a las Instituciones como intermediarios en operaciones ilícitas. Así, el IUIF desarrolla una serie de medidas concretas de identificación y conocimiento del cliente (dentro de la cual está el referido numeral 3), que : *"(...) **deben ejecutarse** por las Instituciones en la relación de transacciones"*. (Inc. 2° del art. 6 del IUIF).

Tomando en consideración lo anterior, resulta oportuno analizar si dichas medidas tienen asidero en la ley de la materia, es decir, la LCLDA. De la revisión de dicho cuerpo normativo, se puede traer a consideración el art. 10 letra a), el cual se refiere a la obligación que tienen los sujetos obligados de:

> *"(...)*
>
> *a) **Identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria** a todos los usuarios que requieran sus servicios, así como la identidad de cualquier otra persona natural o jurídica, en cuyo nombre están ellos actuando; (...)"* (resaltado propio).

De la anterior disposición legal se colige claramente un mandato preceptivo para los destinatarios de la norma, el cual consiste en "identificar a los usuarios que requieran sus servicios"; teniendo presente el núcleo esencial de la obligación. Asimismo, la citada norma expresa que la identificación deberá realizarse de forma fehaciente y con la diligencia necesaria, pero sin llegar al detalle de enumerar los lineamientos mínimos para establecer qué se entenderá por ello.

En esta línea, el numeral 3 del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, responde a la necesidad de llenar de contenido la obligación legal, siendo en este caso la UIF, como oficina especializada en la investigación de ilícitos en blanqueo de capitales y activos, la idónea para establecer los elementos mínimos que se deben observar para lograr una identificación de los usuarios en los términos señalados por la LCLDA.

De la revisión del expediente PAS-011/2017 se puede identificar claramente la conducta imputada, siendo que el Banco no solamente obvió documentar el NIT del cliente Foreign Bank Limited y la credencial de su representante legal al momento de iniciar operaciones el 25 de junio de 2015, sino que además, concurrió con dicha omisión al momento de formalizar sus operaciones con el referido cliente el 9 de noviembre de ese mismo año. Así, el referido banco con la finalidad de rellenar el campo correspondiente al NIT, optó por utilizar un número de identificación diseñado para otros propósitos, dejando en manifiesto su falta de interés en cumplir con su obligación de identificar a su cliente.

Al ser la LCLDA –ley en sentido formal– la que establece el núcleo de la obligación, y el IUIF –la norma infra legal– la que desarrolla su contenido, este Comité es del criterio que no existe vulneración al principio de reserva de ley.

2. Numeral 2) "Entrevista y Perfil de Cliente", del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF en relación al número 4 "Perfil del Cliente y Declaración Jurada" del Manual de Normas para Prevenir el Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo del Banco G&T Continental El Salvador, S.A."

Siempre dentro del acápite de Procedimientos en apertura de cuentas o contratos, se encuentra el numeral 2, el cual establece:

"Las instituciones deberán elaborar una entrevista y determinar el perfil del cliente, en un formulario, para conocerlos, respecto a su calidad moral, forma de operar e importancia económica, de acuerdo con los usos y costumbres de la plaza y giro del negocio. Dicho formulario deberá ser firmado por el cliente y el funcionario que le atendió. Al final del perfil del cliente, se agregará la correspondiente Declaración Jurada la cual deberá de ser firmada únicamente por el cliente.

Los clientes, al perfeccionar la operación o contrato, informará a la Institución mediante declaración jurada acerca del origen o procedencia de los fondos, así como su

actividad económica y el movimiento de los fondos proyectado mensualmente, y deberá firmar dicha declaración en presencia del funcionario o empleado de la Institución."

Asimismo, el Manual de Normas para Prevenir el Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo del Banco G&T Continental El Salvador, S.A. reza:

*"**4. PERFIL DE CLIENTE Y DECLARACIÓN JURADA:** A efecto de establecer el perfil del cliente, las unidades de negocio deberán completar el formulario diseñado para tal fin, el cual contiene toda la información general del prospecto, así como, lo relacionado a su actividad económica.*

De acuerdo con el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención de Lavado de Dinero, los clientes al perfeccionar la operación o contrato informaran a la Institución mediante "Declaración Jurada" acerca del origen o procedencia de fondos; así como su actividad económica y el movimiento de los fondos proyectados mensualmente, la cual deberá ser firmada en presencia del funcionario o empleado de la Institución. (VER ANEXO N°3 "DECLARACIÓN JURADA OPERACIONES ACTIVAS", "DECLARACIÓN JURADA OPERACIONES PASIVAS").

Al analizar la LCLDA este Comité identifica las obligaciones previstas en el romano I y III de la letra e) del art. 10, siendo éstas:

"Art. 10.- Los sujetos obligados además de las obligaciones señalados en el artículo anterior, tendrán las siguientes: (3)

e) Adoptar, bajo los términos previstos en el Art. 9-B de la presente Ley de acuerdo al Reglamento de esta Ley, políticas, reglas y mecanismos de conducta que observarán sus administradores, funcionarios y empleados, consistentes en: (3) (5)

I) Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran cotidianamente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a plazos, cuentas de ahorros, entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario, o los que depositan en cajas de seguridad, entre otros. Los clientes, a requerimiento de los sujetos obligados, deberán proporcionar cualquier tipo de documentación financiera, contable, tributaria, representativa de la propiedad, posesión o tenencia de bienes muebles

e inmuebles, constancia de sueldos, o ingresos que justifiquen la procedencia y el propósito de cada operación; (2)(3)

III) Establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guarden relación con la actividad económica de los mismos; (2) (3) (...)"

A partir de la anterior norma, es posible identificar el mandato legal que tienen los sujetos obligados en identificar la naturaleza de los fondos de sus clientes, así como una proyección de sus movimientos y que estos guarden relación con su actividad económica. Para poder dar cumplimiento a esta obligación (cuya complejidad se justifica por la materia que se trata) el IUIF parte del mandato de la suscripción de una declaración jurada, en la cual el cliente de forma precisa se pronuncie sobre su actividad económica, los fondos con que realizará operaciones con el Banco, así como la documentación que podrá respaldar su testimonio.

Y es que, como se dijo, el correcto conocimiento del cliente es la forma más importante para evitar el riesgo de que se involucre y utilice a las instituciones como intermediarias en operaciones ilícitas. Así, con la observancia del romano I y III del art. 10 letra e) LCLDA se busca procurar, a partir de una serie de información, el regular funcionamiento económico de un usuario y estar en la posibilidad de detectar anomalías y reportarlas a la FGR. En este sentido, es importante recalcar que la declaración jurada, lejos de ser un formalismo, representa una herramienta importante en cuanto a la prevención de lavado de dinero y activos.

Al haber sido prevista por la LCLDA la obligación de conocer sobre la actividad económica que desarrollan sus clientes (art. 10 letra e) romano I y III), y que el IUIF ha facilitado el cumplimiento de dicha obligación por medio del requerimiento de la suscripción de una declaración jurada, este Comité observa que no existe vulneración al principio de reserva de ley.

En conclusión, se desestiman los argumentos planteados contra las infracciones atribuidas al Banco por consiguiente su confirmación.

En cuanto a la cantidad de las multas impuestas se realizan las siguientes consideraciones.

El art. 44 de la LSRSF establece que en cuanto al límite del monto de las sanciones a imponer en el caso de personas jurídicas y sean de índole pecuniaria, éstas no podrán exceder del 2% del patrimonio.

Para establecer el monto de las mismas, este Comité es del criterio que el patrimonio que sirve de base para identificar el techo de la multa es el contenido en el Balance General auditado al 31 de diciembre de la persona jurídica previo al momento del cometimiento de la infracción o del hallazgo de las supuestas conductas ilícitas cuando se está ante varias conductas o frente a tipos de omisión.

Por otro lado en antecedentes administrativos, este Comité consideró que cuando el monto de la multa se haya establecido sobre la base del patrimonio contenido en un estado diferente a los supuestos antes mencionados, se tomare de base el porcentaje establecido por el Superintendente en la resolución sancionatoria y ese mismo se aplicare al patrimonio del periodo respectivo, es decir al contenido en el Balance General auditado al 31 de diciembre de la persona jurídica previo al momento del cometimiento de la infracción o del hallazgo de las supuestas conductas ilícitas cuando se está ante varios conductas o frente a tipos de omisión.

No obstante lo anterior, al analizar detenidamente lo dispuesto en el art. 44 antes citado, se observa que ante supuestos como los arriba referidos, lo correcto es corroborar si el monto de la multa impuesta ante ese escenario excede o no el límite del 2% mencionado, independientemente de la proporción que resulta en la resolución sancionatoria, ya que el porcentaje previsto en el art. 44 LSRSF únicamente sirve para identificar el límite máximo al momento de imponer una sanción pecuniaria, cuyo monto queda a discreción del Superintendente, sujeto a los parámetros de dosificación contenidos en el art. 50 LSRSF.

Dicho en otros términos, no puede tomarse de base el porcentaje para ser aplicado al patrimonio que corresponde, sino establecer que el monto fijado en la resolución no exceda el límite previsto en el artículo 44 LSRSF; así como también si el Superintendente observó los elementos previstos en el art. 50 LSRSF, dentro de los cuales se encuentra la capacidad económica del infractor, cuya motivación debe de ser basada en la información financiera al momento de la imposición de la sanción y así cumplir los objetivos de ésta. Por tanto, en el caso particular dicho punto se analizará a la luz de lo antes expuesto.

Según consta en la resolución impugnada, se observa que sobre la base de la información contenida en el Informe No. DAE-180-2017, agregado de folio 50 al 60 del expediente PAS-11/2017, el Superintendente utilizó como parámetro el patrimonio al 31 de diciembre de 2016. No obstante, siguiendo el criterio de que la tipificación de infracciones y sanciones atiende al principio de seguridad jurídica (art. 15 de la Cn.), según el cual es fundamental *la previsibilidad de los mismos,* el patrimonio que sirve para identificar el techo de la multa *es el último* de la supervisada respecto de la época en que cometió los hechos atribuidos, es decir, el patrimonio acumulado al 31 de diciembre de 2015.

Siendo esto así, resulta que al analizar dichos montos en relación al patrimonio poseído por la apelante en el período antes indicado, los mismos no exceden el límite que señala el art. 44 LSRSF, por lo tanto se consideran correctas y procede su confirmación.

Recapitulando, se han desestimado los alegatos de apelación expuestos respecto a las tres infracciones cometidas por Banco G&T Continental El Salvador, S.A. y en virtud de lo cual fue sancionada con tres multas. En cuanto a la infracción atribuida al Oficial de Cumplimiento Héctor Ernesto Panameño, este Comité considera procedentes los argumentos de apelación formulados por sus apoderados, en razón de lo cual la sanción a él impuesta será revocada.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los arts. 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; art. 10 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, arts. 15 y 86 inciso *in fine* de la Constitución, este Comité **RESUELVE:**

I. **Modifíquese** la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las 13 horas 30 minutos del día 29 de noviembre de 2017 en el siguiente sentido:

a) **Confírmese: i)** la multa de US$42,552.24 impuesta al Banco G&T Continental El Salvador, S.A. por la infracción al art. 10 letra a) en relación con la letra e) romano I, de ese mismo artículo, LCLDA; **ii)** la multa de US$15,957.09 impuesta al Banco G&T Continental El Salvador, S.A. por la infracción al numeral 3 "Documentación de Identificación" del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos,

Capítulo III "Debida Diligencia en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF; **iii)** la multa de US$42,552.24 impuesta al Banco G&T Continental El Salvador, S.A. por la infracción al numeral 2 "Entrevista y Perfil de Cliente" del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III "Debida Diligencias en la Identificación y Conocimiento del Cliente" del IUIF, en relación al número 4 "Perfil del Cliente y Declaración Jurada" del Manual de Normas para Prevenir el Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo del Banco G&T Continental El Salvador, S.A.

b) **Revóquese** la multa de US$ 10,000.00 impuesta al señor Héctor Ernesto Panameño por la infracción al art. 16 numeral 2) del Instructivo UIF.

II. **Devuélvase** oportunamente el expediente con referencia PAS-11/2017 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

III. **Archívese** el presente expediente de apelación.

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

Notifíquese.-

PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES 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 diecisiete folios, para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las trece horas diez minutos del día catorce de marzo de dos mil dieciocho.

SECRETARIA
COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero