



La infrascrita secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que presente fotocopia de la resolución de las nueve horas treinta minutos del día tres de enero de dos mil diecinueve, pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-14-2018, promovido por Banco Hipotecario de El Salvador, S.A., por medio de sus apoderados, abogados Miguel Arturo Girón Flores y Martín Salvador Morales Somoza, y que literalmente dice:

CA-14-2018

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las nueve horas treinta minutos del tres de enero de dos mil diecinueve.

Por agregado el escrito presentado el 22 de noviembre del año recién pasado, por medio del cual el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), en carácter de delegado del Superintendente del Sistema Financiero, emite opinión en el presente recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 67 inc. final de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (en adelante, LSRSF).

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las 8 horas con 30 minutos del 23 de agosto de 2018, en el procedimiento administrativo sancionador PAS -76/2015, promovido contra Banco Hipotecario de El Salvador, Sociedad Anónima, que puede abreviarse Banco Hipotecario de El Salvador, S.A., en la cual se determinó, entre otros, su responsabilidad administrativa por los siguientes incumplimientos al Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación financiera¹ (en adelante, Instructivo UIF): 1) el incumplimiento a la letra c) Documentación de Identificación de Clientes, Procedimiento en Apertura de Cuentas, Capítulo III Identificación de Clientes, imponiéndole en consecuencia una amonestación escrita; 2) el incumplimiento a la letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, capítulo III Identificación de Clientes del Instructivo UIF, imponiéndole como consecuencias una multa por DIEZ MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PUNTO NOVENTA Y CINCO DÓLARES, (US\$10,433.95) equivalente al 0.01 por ciento de su patrimonio.

Y CONSIDERANDO:

I. Que los abogados Miguel Arturo Girón Flores y Martín Salvador Morales Somoza, manifestaron actuar como apoderados de Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. y en nombre de ésta interpusieron recurso de apelación parcial contra la resolución emitida por el Superintendente alegando que con la segunda infracción atribuida y sancionada a su representado, hubo una infracción de ley, al no haberse respetado el fiel cumplimiento de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador menoscabando la esfera patrimonial de su representado. En concreto, exponen que el acto impugnado tiene los siguientes vicios:

A. Vulneración al principio de legalidad.

¹ Derogado pero aplicable al caso.

RECIBIDO

2019 JAN -7 PM 2:22

SECRETARÍA
COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Los referidos abogados hicieron referencia a los arts. 86 y 15 de la Constitución, así como jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo que desarrollan el principio de legalidad y el principio de reserva de ley. Explican que no es posible configurar como infracción la conducta atribuida a Banco Hipotecario de El Salvador, S.A., ya que ésta debe estar expresada previamente –de manera precisa– en una norma con rango de ley, a fin de evitar que la SSF actúe con total libertad. Exponen que toda actuación emanada por la Administración Pública estará sujeta al inc. 3° del art. 86 Cn., a fin que ésta no actúe de forma arbitraria.

Por último, indican que la infracción atribuida al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. radica en el incumplimiento de normas contenidas en un “instructivo” proveído por la Fiscalía General de la República, el cual carece de “rango de ley”, por lo que se vulnera la reserva de ley, prevista para procedimientos de naturaleza sancionatoria.

B. Vulneración al principio de tipicidad

Los referidos procuradores consideran que se vulneró el principio de tipicidad debido a que la SSF impuso una multa por la supuesta “comisión de una infracción” que no se encuentra descrita en el Instructivo UIF.

Argumentan que es imposible determinar responsabilidad al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. tomando como parámetros análisis alcanzativos del referido instructivo, con la finalidad que la conducta catalogada como infracción encuadre en algún supuesto de hecho. Explican que el principio de tipicidad exige que la conducta, que se tiene por ilícita y merecedora de una sanción debe estar suficientemente detallada y descrita en la norma.

Exponen que el mencionado banco no incurrió en ningún tipo de infracción ya que el solo hecho que una institución emita un cheque de gerencia, presupone que se han realizado las investigaciones pertinentes sobre el origen de los fondos; por lo que, no resulta lógico que el recurrente tenga que realizar una investigación de los fondos que ya autorizó otra institución bancaria. Con este argumento, explican que la conducta atribuida no constituye infracción alguna por no estar siquiera delimitada la conducta específica en algún cuerpo normativo, a la cual la SSF alude y que está prevista como infracción.

Los referidos profesionales proceden a citar pasajes de la sentencia de inconstitucionalidad 53-2013/ 54-2013/ 55-2013/ 60-2013 del 24 de agosto de 2015, manifestando que a partir de dicho pronunciamiento la Sala de lo Constitucional estableció la necesidad de que la sanción que se pretenda imponer debe estar claramente determinada en una normativa; siendo que ésta misma no puede dar



lugar a equívocas al administrado con respecto a sus actuaciones. De esta forma, indican que la ley debe ser clara en cuanto a las conductas que se deben considerar como objeto de infracción o sanción administrativa, no siendo compatible el encajar actuaciones en supuestos que se “pudiesen asemejar” a una actuación en concreto. De igual forma, citan la sentencia de las 15 horas del 24 de enero de 2018 pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 329-2015, en la cual se declaró inaplicable la letra b) del art. 44 LSRSF; por lo que manifiestan que es evidente que la SSF fundamentó su fallo en disposiciones que ya han sido analizadas en casos anteriores por el tribunal competente en el que ha concluido lo inadecuado de las mismas.

C. Prohibición de analogía

Como último punto de apelación, los abogados indican que existe una interpretación alcanzativa por parte de la SSF, en virtud que le atribuye una multa a Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. aplicando las disposiciones del Instructivo UIF de una forma analógica. Explican que la prohibición de la analogía es una de las manifestaciones del principio de legalidad que tiene por objeto evitar que el supuesto de hecho de la norma, sea aplicado a un hecho no contemplado en la misma.

Fundamentan su afirmación, en vista que la letra b) Transacciones, del Capítulo III, Identificación de Clientes, del Instructivo UIF es claro al establecer en su numeral 2): “*En operaciones por un monto superior 500,000.00 (sic) o su equivalente en moneda extranjera, **EN EFECTIVO** o cuando concurra cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos ...*” (resaltado, del apelante). De esta forma, reitera que la transacción a la cual alude la SSF fue hecha por medio de un cheque de gerencia, el cual es un título valor que representa fondos de los cuales dispone la persona que los emite en alguna institución bancaria. Asimismo, indica que el cheque de gerencia constituye una categoría especial de los cheques (romano VII del art. 822 del Código de Comercio) que son expedidos por establecimientos bancarios, lo cual establece, de manera fehaciente, que la persona dispone de fondos y que dichos fondos provienen de una institución bancaria, por consiguiente se ha verificado el origen de los mismos.

Además, argumentan que resulta contraproducente que su poderdante tenga que realizar una doble labor de investigación sobre la procedencia de los fondos, cuando otra institución bancaria lo ha verificado y como muestra de ello ha emitido los cheques de gerencia.

De esta forma indican que no es posible encajar la acción supuestamente constitutiva de infracción, ya que la disposición citada alude a transacciones en efectivo; y porque la procedencia u origen de los fondos ya fue verificada con anterioridad.

A partir de los argumentos vertidos, los abogados son del criterio que el fallo dictado por el Superintendente (en el punto recurrido) viola reiteradamente principios esenciales del Derecho Administrativo Sancionador, los cuales se encuentran recogidos en disposiciones constitucionales y que han sido desarrollados jurisprudencialmente tanto por la Sala de lo Constitucional como por la Sala de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitan se revoque la multa impuesta y se absuelva a su poderdante de la supuesta infracción cometida.

II. Mediante auto de las 9 horas con 50 minutos del 11 de septiembre de 2018 se previno a los abogados Miguel Arturo Girón Flores y Martín Salvador Morales Somoza que actualizaran la personería con la que estaban actuando, ya que el poder otorgado por Banco Hipotecario de El Salvador, S.A., cuya copia se encuentra en el expediente PAS-76/2015, no estaba vigente. Por medio de escrito presentado el 18 de septiembre del año 2018, los referidos profesionales anexaron copias certificadas por notario de poderes generales judiciales otorgado por Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. a favor de cada uno de ellos.

III. En auto de las 10 horas con 30 minutos del 24 de septiembre de 2018, el Comité de Apelaciones tuvo por cumplida la prevención realizada a los abogados Girón Flores y Somoza Morales y se les dio intervención en calidad de apoderados de Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.; se admitió el recurso de apelación interpuesto, se suspendió provisionalmente los efectos de la resolución impugnada, en el sentido que, mientras se tramitara el presente recurso, no sería exigible el pago de la multa impuesta en el numeral 3) de la parte resolutive; se abrió a prueba el presente recurso de apelación; y se solicitó información a la sociedad recurrente.

Los apoderados del banco apelante, mediante escrito del 5 de octubre del 2018 presentaron la información (fls. 34-45) solicitada por el Comité con excepción de la copia frente y vuelto del cheque proveniente del Banco HSBC Salvadoreño, S.A. ahora Banco Davivienda Salvadoreño, S.A. serie "CHN" No. 0023438, girado por Regional de Inversiones, S.A., el 29 de diciembre de 2012 por un monto de US\$345,000.00, debido a que no contaban con el mismo y tampoco podían obtenerlo de parte de Banco Davivienda Salvadoreño, S.A., por razones de secreto bancario. Por lo que solicitaron al Comité de Apelaciones que requiriera a Banco Davivienda Salvadoreño, S.A. que extendiera copia certificada del referido cheque.

Por medio de auto de las 10 horas con 40 minutos del 18 de octubre de 2018, el Comité tuvo por cumplido de forma parcial el requerimiento de información; declaró no ha lugar la solicitud de los mandatarios del banco apelante. Asimismo, en dicho auto se solicitó al Banco Hipotecario de El



Salvador, S.A. presentará documentación adicional y pertinente, la cual fue aportada, por medio de sus apoderados, con el escrito del 29 de octubre de 2018 (fls.52-56).

IV. En auto de las 15 horas del 5 de noviembre del año 2018, el Comité de Apelaciones tuvo por cumplido los requerimientos de los autos del 24 de septiembre y 18 de octubre de 2018. Además, confirió audiencia al señor Superintendente en los términos del inciso final del art. 67 de la LSRSF.

En atención a la audiencia conferida, el Director de Asuntos Jurídicos actuando por delegación del señor Superintendente presentó el 22 de noviembre de 2018 escrito en el que sustancialmente manifestó lo siguiente:

A. Sobre la supuesta vulneración al principio de reserva de ley

El director de asuntos jurídicos explicó que al ser la facultad del Estado una sola y ser el origen de ésta el *Ius Puniendi*, la jurisprudencia ha sostenido que debe de aplicarse los principios constitutivos del derecho penal al derecho sancionador “con los matices que exige la materia”, los cuales resultan de ponderar los fundamentos de cada principio penal con los fines de la actividad administrativa; con ello, no es posible ni se debe entender que se haga una aplicación automática o irreflexiva de los principios que rigen la potestad jurisdiccional a la potestad sancionadora que ejerce la Administración Pública.

Continúa exponiendo que existe reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional que admite que la Reserva de Ley puede consistir en una reserva absoluta o relativa, refiriéndose a la primera como aquella materia en que la técnica legislativa le corresponda únicamente a la Asamblea Legislativa a través de una norma con rango de ley, y la reserva relativa como aquella en la que la norma con rango de ley no regula exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial, y para el resto se remite a reglamentos, acuerdos o tratados, a los que invita, ordena o habilita a colaborar en la normación.

A partir de lo anterior, el referido director dice desvirtuar que en el Derecho Administrativo Sancionador opere una reserva de ley absoluta como si ocurre en la jurisdicción penal, y que en todo momento el Instructivo UIF, aplicado al caso en comento, goza de una cobertura legal tanto de la LSRSF como de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (en adelante LCLDA), puesto que el referido instructivo en ninguna manera realiza una regulación independiente de aquellas.

B. Sobre la supuesta vulneración al principio de tipicidad

Sobre este argumento el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF manifiesta que en el Derecho Administrativo la tipificación de infracciones y la atribución de sanción son mucho más complejas, ya que en algunos casos la tipificación puede ser no directa, sino por remisión. Precisa que en esta caso la descripción de la conducta infractora se verifica en dos normas, la primera de ellas en sentido estricto (ley) carece de contenido material, sino únicamente de contenido genérico de manera que se limita a calificar de infracción el incumplimiento de los mandatos, deberes legales o prohibiciones que aparecen en otra norma a la que se remite (reglamentos, normativas, etc.), lo que en derecho administrativo se conoce como tipificación indirecta, para lo cual cita doctrina y el voto disidente de la magistrada presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso 251-2015. A partir de lo anterior, argumenta que existen suficientes enlaces, conexiones o referencias entre la norma que describe el deber legal, mandato u obligación –Instructivo UIF aplicable al caso–, con la norma que lo describe como una infracción administrativa –letra b) del art. 44 LSRSF–.

Sobre este mismo punto señala que la actividad que ejerce el banco apelante no se encuentra en marcada en un ámbito general de actuación, sino que se desarrolla en el marco de una actividad regulada por tanto se está ante una situación de especificidad técnica de conocimiento, y además de sujeción, ya que la misma se desarrolla dentro del marco de una autorización o licencia de funcionamiento, por lo que con mayor razón se encuentra supeditada al respeto de las obligaciones establecidas por las leyes, y por ende no puede pretender evadir la obligación (impuesta por el Instructivo UIF) de determinar el origen o procedencia de los fondos con que se realicen operaciones financieras, con el argumento de suponer que otro ente obligado ha realizado las investigaciones pertinentes sobre el origen de los fondos.

Sobre la aplicación de la letra b) del art. 44 de la LSRSF, explica que el ejercicio de la facultad sancionatoria de la SSF debe regirse por lo que establece el principio de legalidad, en virtud del cual la Administración Pública tiene por obligación la aplicación de la legislación secundaria, siempre y cuando concurren 2 situaciones: 1. Que la ley secundaria haya pasado por el proceso de formación, promulgación y vigencia de la ley; y, 2. Que la norma no haya sido declarada contraria al ordenamiento Constitucional con efectos *erga omnes*.

De la primera de las dos situaciones, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF explica que el art. 140 Cn. establece que ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación, siendo que una ley es de obligatorio cumplimiento cuando ha ingresado al ordenamiento jurídico positivo observando el proceso constitucional pertinente, y para tal efecto relaciona el art. 6 Código Civil. En cuanto a la segunda, explica que conforme al art. 183 Cn. el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, con efectos generales y obligatorios es la



Sala de lo Constitucional; asimismo, que la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPrCn) deja fuera de toda duda razonable que la resolución de inaplicación dictada conforme al art. 185 Cn. por parte de un tribunal ordinario solo tiene efectos en el proceso en concreto en la que se produce (art. 77-D LPrCn), siendo que tal inaplicación da paso a que se remita certificación de dicha sentencia a la Sala de lo Constitucional para que sea esta entidad la que se pronuncie en definitiva sobre la constitucionalidad de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios.

Explica que con base al principio de legalidad de los actos de la Administración Pública (art. 86 Cn.), la SSF tiene por mandato legal el ejercicio de la facultad sancionatoria (art. 14 Cn.), consagrado en los arts. 4 letra i), 19 letras f) y g), 43, 44 y siguientes de la LSRSF; y, en tanto las normas que establecen tal potestad se encuentren vigentes, ésta se debe ejercer, de lo contrario se incurriría en el incumplimiento de obligaciones y traería como consecuencia responsabilidad para sus funcionarios. En ese sentido, enfatiza que la SSF ha actuado dentro de los límites y sobre el fundamento de la Constitución y la ley, ya que se puede entender que toda ley se presume constitucional hasta que la Sala de lo Constitucional determine lo contrario (art. 183 Cn.).

Agrega, que el ejercicio de la facultad sancionatoria de la SSF se convierte en una herramienta para asegurar la certeza del Derecho, y que no debe dejar de ejercerse ya que la SSF fue creada con el propósito de darle cumplimiento al art. 101 de la Cn. que determina que el Estado deberá promover el desarrollo económico del país, y para ello, es condición necesaria el funcionamiento transparente, eficiente y ordenando de los mercados financieros. Explica que para que tales mercados funcionen eficientemente es indispensable que las instituciones y entidades que lo integran, cumplan las regulaciones prudenciales y de buenas prácticas de gestión del riesgo y gobierno corporativo, siendo por tanto necesario contar con sistemas efectivos de supervisión y regulación financiera. Sin embargo, tal sistema no puede ser efectivo si la regulación no cuenta con elementos coercitivos, dejando a opción de los supervisados el cumplir o no con lo establecido en el marco regulatorio; de suceder esto último, conllevaría una disminución y debilitamiento de la capacidad fiscalizadora y sancionadora del supervisor, volviéndolo un ente sin capacidad de corregir conductas que pueden afectar directamente en la estabilidad de las entidades del sistema financiero y protección a los usuarios, ni de incidir en el ánimo de los integrantes del sistema financiero para un estricto cumplimiento de las normas reguladoras.

Para concluir este punto indica que el cumplimiento del mandato constitucional antes enunciado es de interés del Estado, en vista que, para la consecución del bienestar social es necesario mantener un sistema financiero sólido y estable, debiendo contar con la autoridad administrativa que se encuentra a cargo de la supervisión financiera con los instrumentos y mecanismos que le permitan dictar

oportunamente las medidas correctivas necesarias que minimicen los costos sociales asociados a dificultades financieras, prevaleciendo en estos casos el interés social, dentro de las cuales se encuentran las sanciones que se impongan por infracciones cometidas por los supervisados. En tal sentido, manifiesta que no es posible concebir una violación al principio de tipicidad como lo manifestaron los abogados del apelante, siendo que la SSF debe continuar en el ejercicio de sus potestades legalmente establecidas.

C. Sobre la supuesta vulneración a la prohibición de la analogía

El Director de Asuntos Jurídicos expone que al revisar el tenor literal de la letra a) Alcances, Procedimiento en Apertura de Cuenta o Contratos, del Capítulo III Identificación del Cliente del Instructivo UIF, se identifica que éste determina el alcance de las normas de dicha sección; siendo los procedimientos ahí definidos aplicables a las aperturas que se realicen en 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; de esta forma, explica que realizando una interpretación integral –y no restrictiva– de dicha disposición se determina que se aplican dichos procedimientos a cualquier clase de operaciones, sin que se condicione exclusivamente con dinero en efectivo como ha argumentado el banco apelante.

Sobre lo manifestado por el recurrente en cuanto a que otra institución bancaria verificó la procedencia u origen de fondos con anterioridad, el delegado del Superintendente argumenta que tal aseveración no es válida ni susceptible de ponderación, ya que es una mera declaración sin ningún sustento incluso de manera indiciaria; agrega que el cumplimiento de obligaciones por otro ente supervisado no exonera del cumplimiento que Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. deba efectuar al Instructivo UIF, siendo que de esto último no se ha logrado evidenciar.

De esta forma, explica que las sanciones fueron impuestas de acuerdo al ordenamiento jurídico positivo vigente que para el presente caso rige, ya que es la misma LSRSF la que ordena que en los casos en que la conducta que ha originado el incumplimiento o infracción se encuentra tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero aplicable al supuesto infractor, se impongan las sanciones preestablecidas.

Tomando en consideración lo manifestado en la referida audiencia, así como la normativa aplicable, el Director de Asuntos Jurídicos manifiesta que la SSF emitió el acto objeto de impugnación atendiendo los preceptos y competencias que la facultan. Asimismo, que en el acto impugnado se



adecuó el tipo de la conducta realizada por el banco apelante, sin desatender los derechos y garantías constitucionales que al mismo lo asisten, todo ello con la finalidad de mantener el buen funcionamiento del sistema de supervisión y regulación financiero, el cual requiere por parte de sus integrantes el cumplimiento de las regulaciones vigentes y la adopción de los más altos estándares de conducta en el desarrollo de sus funciones, de conformidad a lo descrito en el art. 2 LSRSF.

Por último, reitera los argumentos y motivación expuestos en la resolución recurrida y solicita que la misma sea confirmada y se desestimen las pretensiones del banco apelante.

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

En vista que el banco apelante es claro al señalar que únicamente impugna la multa por US\$10,433.95 por el incumplimiento a la letra b) Entrevista, Procedimientos en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III Identificación de Clientes del Instructivo UIF este comité conocerá sobre ésta sanción, procediendo primeramente a realizar un análisis de la potestad sancionadora del Superintendente y posteriormente a conocer los alegatos planteados por el recurrente.

1. Consideraciones previas

1.1. Sobre la vigencia de la facultad sancionadora del Superintendente.

Previo a pronunciarse sobre los motivos expuestos por la entidad apelante, este comité estima oportuno hacer algunas acotaciones sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública, a efecto de determinar si en el caso objeto de estudio, dicha potestad se ha ejercido dentro de los parámetros que la Constitución y la ley disponen.

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que, si bien la Administración Pública tiene la facultad constitucional para ejercer el *ius puniendi* del Estado, esta capacidad está limitada por la sujeción a la ley (inciso final del art. 86 Cn.); es decir, para que el despliegue de tal control coercitivo sea jurídicamente eficaz, es necesario que los hechos ventilados se encuentren tipificados como un ilícito y *que el accionar de la Administración se realice en el momento oportuno* (sentencia de las 8 horas 59 minutos del 19 de junio de 2014, en el proceso con referencia 251-2010, el resaltado en cursivas es propio), criterio que es compartido por este comité.

Sin embargo, la inactividad o laxitud de la autoridad competente durante el tiempo legal máximo para ejercer la facultad punitiva del Estado, provoca la extinción de la posibilidad de que la

responsabilidad del infractor se declare o se reprima por los poderes públicos. A esta consecuencia se le denomina prescripción.

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador, la prescripción tiene un doble fundamento. Por un lado, impone a la autoridad el deber de eficacia y celeridad administrativa; y, por el otro, garantiza la seguridad jurídica del administrado al saber hasta qué momento dejará de ser perseguido o sancionado, por las infracciones atribuidas.

Respecto a la obligación del funcionario de pronunciarse sobre la prescripción, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en materia sancionadora, ha declarado que: “(...) la existencia de la prescripción es apreciable de oficio, de ahí que corresponde a la Administración: (...) Si habiendo prescrito la acción disciplinaria es dictada una resolución definitiva y de fondo, en la futura fase de impugnación dicha deficiencia será la que deba analizarse inicialmente. Lo anterior encuentra su fundamento en razones de orden público, interés general y seguridad jurídica.” –el subrayado es propio– (resolución de las 15 horas 7 minutos del 3 de mayo de 2013, en el proceso con referencia 326-2008).

También, en la ya mencionada sentencia referencia 251-2010 (apartado B, número 3.3), la referida Sala dispuso que “(...) la misma autoridad debe de oficio cerciorarse que la aplicación de su actividad punitiva está siendo ejercida dentro de los límites que el derecho prevé, ya que imponer una pena fuera de los límites jurídicos, se concreta en la imposibilidad de exigir responsabilidades al presunto infractor” (el subrayado es propio). Previamente, ese mismo Tribunal manifestó: “(...) en esta línea la doctrina ha aseverado que «la Administración tiene la obligación de aplicar la prescripción a lo largo de todas las fases del expediente administrativo, sin necesidad de que el interesado la invoque»” (el subrayado es propio).

Los principios y lineamientos jurisprudenciales señalados, sientan las bases para que este comité afirme que, ante el supuesto de prescripción del ejercicio de la potestad sancionatoria, su eventual declaratoria por el ente revisor no rompe en forma alguna el principio de congruencia regulado en el art. 68 inciso 2º de la LSRSF. Así, cuando una sanción es impugnada vía recurso de apelación, este comité está facultado y obligado a conocer que ésta haya sido impuesta dentro del límite temporal que dispone la norma, a petición del apelante o de oficio.

En la resolución impugnada se le reprocha al banco recurrente el incumplimiento a la letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III Identificación del Clientes,



del Instructivo UIF, para tres casos en particular y por las razones que a continuación se detallan (fls. 172 vuelto y siguientes del PAS-76/2015).

Para efectos de la presente resolución, a fin de identificar cada uno de los casos por los cuales el Superintendente sancionó al banco apelante se procederá a identificar cada uno de ellos haciendo referencia al nombre del deudor.

i) Deuda a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V.

La declaración jurada firmada por el señor Miguel Ángel Cabrera Gutiérrez para abrir la cuenta en la que se depositaron US\$72,500.00 (y con los que se pagó la referida deuda), no determinó el verdadero origen o procedencia de los fondos, pues se limita a manifestar que los fondos provienen de un “cheque ajeno del banco Scotiabank”, no pudiendo determinar de qué forma fueron obtenidos los fondos por el señor Cabrera Gutiérrez. Asimismo, en dicha declaración no se determinó de manera fehaciente la actividad económica que genera los ingresos del cliente, ya que se relaciona que es “propietario de impresión y distribución de documentos” sin aclarar si es propietario de una empresa o local comercial, ni tampoco el detalle de esa actividad económica.

ii) Deuda a nombre de Celmo Plásticos, S.A. de C.V.

El 24 de mayo de 2011 se elaboró documento de compraventa de derechos litigiosos por parte del banco apelante al FOSSAFI por un monto de US\$243,000.00; reprochándose que se realizó el referido pago sin que se haya proporcionado copia del cheque ajeno con el cual se pagó y sin que se haya firmado la declaración jurada correspondiente que contenga el origen de los fondos.

iii) Deuda a nombre de la sociedad Inversiones Agroindustriales La Reforma, S. A.

La sociedad Regional de Inversiones, S.A. emitió cheque por US\$345,000.00 con el propósito de pagar 2 créditos cedidos por FOSSAFI al Banco Hipotecario de El Salvador, S. A., los cuales estaban a cargo de Inversiones Agroindustriales La Reforma, S. A.; sin embargo, no consta en el expediente el formulario de entrevista en el que reflejara la actividad económica ni la declaración jurada en el que se determinara el perfil del cliente o el origen de los fondos con que se realizó el pago.

De los 3 casos señalados se identifica que el Superintendente reprocha la omisión del banco en cuanto al conocimiento del cliente y su actividad económica (falta de la entrevista) así como la procedencia de los fondos (para el primer caso por el contenido de la declaración jurada, y para los restantes por la omisión de ésta última) que ingresaron al banco a fin de pagar las deudas antes mencionadas. Como ha sido criterio de este comité en precedentes administrativos², la obligación en comentario³ tiene un ámbito temporal de observancia siendo éste *el momento de perfeccionarse la operación o contrato*.

En ese sentido, la norma es clara al establecer cuándo nace y se agota la obligación de realizar una entrevista y requerir la suscripción de una declaración jurada, ya que éstas lo que pretenden es establecer controles y conocimiento del cliente que coadyuven a evitar que las operaciones detalladas en "*procedimiento en apertura de cuentas o contratos*" sean utilizados para el lavado de dinero; siendo un mecanismo idóneo para la prevención de tal situación que el sujeto obligado controle, a través de la entrevista y declaración jurada del cliente que los fondos a transferir o a abonar tienen origen lícito. Una vez los fondos hayan ingresado al banco obligado, el fin preventivo previsto en la norma citada del Instructivo UIF ya no tiene sentido; por ende, el deber jurídico de actuar en esa norma desaparece. Será en ulteriores operaciones que surgirá nuevamente el deber de realizar la entrevista al cliente o solicitar y obtener la declaración jurada sobre el origen y procedencia de los fondos a transferir al momento de perfeccionarse cada una de ellas.

Durante el presente recurso de apelación, a requerimiento de este comité, el apelante presentó documentación que permite identificar el momento en el que se materializaría la obligación de realizar la entrevista del cliente, así como requerir a éste último la respectiva declaración jurada.

i) Deuda a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V.

El apelante presentó: (i) copia del contrato de depósito en cuenta de ahorro de persona natural No. 01210322040 en Banco Hipotecario de El Salvador, S.A., el cual fue suscrito por el señor Miguel Ángel Cabrera Gutiérrez el 17 de mayo de 2010 y por representantes del banco apelante; (ii) estado de la cuenta 01210322040 a nombre del señor Miguel Ángel Cabrera Gutiérrez, el cual refleja que el 17 de mayo de 2010 depositó en la cuenta de ahorro antes mencionada US\$72,500.00; y, (iii) copia del

² V.g.: i) Resolución de las 11 horas 30 minutos del 17 de noviembre de 2017 en el expediente de apelación CA-07-2017; ii) Resolución de las 10 horas del 17 de agosto 2018 en el expediente de apelación CA-11-2018.

³ Letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III) Identificación de Clientes del Instructivo de la UIF.



cheque de gerencia serie "B" No. 0021493 por un monto de US\$72,500.00, cuyo reverso refleja que fue depositado en el Banco Hipotecario El Salvador, S.A. el 17 de mayo de 2010 (fls. 36-41).

ii) Deuda a nombre de Celmo Plásticos, S.A. de C.V.

El apelante presentó: (i) copia del cheque de gerencia serie "G" No. 276965 por un monto de US\$243,000.00, cuyo reverso refleja que fue depositado en el Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. el 6 de abril de 2011; (ii) copia del auxiliar contable **DEPÓSITOS RESTRINGIDOS FOSSAFI** (22209991010219) en el que consta un abono de US\$243,000.00 el 6 de abril de 2011 (fls. 42-44).

iii) Deuda a nombre de la sociedad Inversiones Agroindustriales La Reforma, S.A.

El apelante presentó: (i) copia de auxiliar contable **DEPÓSITO RESTRINGIDOS FOSSAFI** (22209991010219) el cual refleja un abono de US\$345,000.00 el 10 de enero de 2013; (ii) copia del comprobante de cheque de la cuenta a nombre "Regional de Inversiones, S.A.", serie "CHN" No. 0023438 por un monto US\$345,000.00 (fls. 45, 55 y 56).

Respecto a la deuda a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V. y Celmo Plásticos, S.A. de C.V. se ha identificado que las operaciones bancarias se realizaron durante el período que se encontraba vigente la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (LOSSF, publicada en el Diario Oficial No. 278 Tomo No. 309 del 10 de diciembre de 1990), en la que no aparece regulación sobre la figura de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo, en consonancia con los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, y con la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, esa situación no impide en absoluto la valoración y eventual aplicación de la prescripción; sino, únicamente, impone a la Administración Pública la obligación de analizar el resto del ordenamiento jurídico vigente y determinar en él las reglas de la prescripción que podrían operar en el caso concreto, bajo ciertos parámetros.

Sobre esa labor de identificación e integración normativa, en la sentencia de las 15 horas 5 minutos del 29 de junio de 2016, en el proceso contencioso administrativo con referencia 238-2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo, ante la inexistencia de reglas sobre la prescripción en la LOSSF, señaló: *"Ahora bien, además de poder aplicar supletoriamente la LPIAMA para el procedimiento a seguir, también es posible aplicar dicha normativa para regular la institución de la prescripción, ello, siempre y cuando la ley de la materia que aplica la Administración no regule dicha institución, ninguna otra ley de igual naturaleza tampoco establezca regulación, y que la actividad administrativa que ha de ser sometida a los límites de la prescripción pretenda la imposición de*

multas administrativas (...)” –el subrayado es propio-. Este comité, por tanto, identifica que ante la ausencia en la ley de la materia aplicable de las reglas de prescripción, éstas deben preferentemente extraerse de una ley de similar naturaleza a aquella y, solo en caso de no existir, aplicar supletoriamente la LPIAMA.

Con ese parámetro, es criterio de este comité⁴ que las reglas de prescripción aplicables al presente caso deben estar contenidas en una norma que tutele un bien jurídico similar al que regulaba la LOSSF; es decir, un bien jurídico de orden económico (delimitado en los arts. 101 y siguientes de la Constitución) y, particularmente, referido al sistema financiero. De esa forma, determinó que el cuerpo normativo afín a la LOSSF y de aplicación preferente a la LPIAMA, es la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores (LOSV, publicada en el Diario Oficial No.186, Tomo 333 del 04 de octubre de 1996), normativa que se encontraba vigente al momento del cometimiento de la conducta atribuida a Banco Hipotecario El Salvador, S.A.–calificada como incumplimiento a la letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III Identificación de Clientes, del Instructivo UIF–, y que regulaba la figura de la prescripción en el art. 62; cuyas reglas, por tanto, son las aplicables al presente caso.

El art. 62 de la LOSV establecía:

“La acción para promover el procedimiento a que esta Ley se refiere, prescribe en tres años contados a partir de la fecha en que se haya terminado de cometer el hecho o de ocurrir la omisión, sujeto a sanción.

El plazo de prescripción mencionado se considerará interrumpido:

a) Cuando por cualquier medio y personero de la entidad supervisada sea reconocida la comisión del hecho o de la omisión, sujetos a sanción;

b) Por cualquier actuación de la Superintendencia, que tenga por finalidad la investigación de los hechos y omisiones antes relacionados, siempre que preceda comunicación escrita a la entidad supervisada”.

Para verificar la ocurrencia de la prescripción, debe precisarse cuándo se perfecciona el cometimiento del hecho infractor o cuando cesa su omisión, ya que a partir de ese momento comienza

⁴ V.g.: i) Resolución de las 11 horas 25 minutos del 12 de julio de 2017 en el procedimiento de apelación con referencia CA-03-2017; ii) resolución de las 11 horas 30 minutos del 17 de noviembre de 2017 en el procedimiento de apelación con referencia CA-07-2017; iii) resolución de las 10 horas del 17 de agosto de 2018 en el procedimiento de apelación con referencia CA-11-2018.



el cómputo del plazo respectivo. Como se indicó anteriormente, este comité ha sido del criterio que cuando se esté ante una infracción por omisión, la situación antijurídica persistirá a medida que persista el deber de actuar delimitado en la norma.

Así, se estará ante una infracción permanente si la obligación de cumplir con la actividad omitida se mantiene en el tiempo; mientras que será una infracción instantánea si solo se debía realizar la conducta requerida en un momento determinado⁵.

A criterio del señor Superintendente con la conducta del banco apelante se incumplió la letra b) "Entrevista", del "Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos", del Capítulo III "Identificación de Clientes", del Instructivo UIF, norma que brinda información expresa sobre el deber jurídico de actuar, en los siguientes términos: "*Los Clientes, a efecto de establecer su perfil, al perfeccionar la operación o contrato informará a la Institución mediante declaración jurada el 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*" (el resaltado es propio).

Consecuente con lo anterior, el Superintendente señala en el acto impugnado que: "(...) *la transacción realizada obligaba al Banco a efectuar el procedimiento de declaración jurada (...)*" (fl. 174 vuelto del PAS).

En ese sentido, al analizar cada uno de los casos de forma preliminar se identifica que respecto a la deuda a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.,A. de C.V. la obligación del banco en dar cumplimiento a la disposición aludida del instructivo UIF se habría concretado el 17 de mayo de 2010 (por ser esa la fecha en que se suscribió el contrato de apertura de cuenta de ahorro, así como la fecha en que se depositó el cheque por US\$72,500.00), mientras que para la deuda a nombre de Celmo Plásticos, S.A. de C.V. la obligación sería exigible el 6 de abril de 2011 (por ser esta la fecha en que se abonó el cheque por US\$243,000.00).

Así las cosas, las omisiones atribuidas al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. por el señor Superintendente, se habrían consumado el día en que se realizaron las operaciones antes indicadas, sin que ello haya creado una situación antijurídica que se prolongase después de ese momento. Dichas omisiones, por tanto, constituyen infracciones instantáneas.

⁵ Criterio adoptado por el Comité de Apelaciones en las resoluciones: i) de las 11 horas 30 minutos del 17 de noviembre 2017 en el expediente de apelación CA-07-2017 y ii) de las 10 horas del 17 de agosto de 2018 en el expediente de apelación CA-11-2018.

De esta manera, las fechas apuntadas *ut supra* constituyen el *dies aquo* o día inicial a partir del cual se computan los 3 años previstos en el art. 62 de la LOSV para establecer la fecha en la que opera la prescripción; resultando que el **17 de mayo de 2013** (para el primer caso) y el **6 de abril del 2014** (para el segundo), finalizaron los períodos dentro del cual el Superintendente se encontraba habilitado para promover el respectivo procedimiento sancionador, o que operase las causales de interrupción del plazo de prescripción.

Cabe mencionar que al revisar el contenido del PAS-76/2015 se identifica el Informe DR-RL-0043/2015 de fecha 30 de junio de 2015 (fls. 5-14), el cual recoge los hallazgos que posteriormente dio inicio al procedimiento administrativo sancionador en cuestión; en los antecedentes del referido informe se relaciona: que “ (...) se efectuó revisión de las ventas de cartera identificadas como de contado efectuadas por el Fondo de Saneamiento y Fortalecimiento Financiero (...) al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.(...)” y que “para lo cual se remitió nombramiento dirigido a la Presidenta de dicha Institución, Licenciada Nora Mercedes Miranda de López, en fecha 13 de abril de 2015”. Todo ello, evidentemente, fuera del plazo de 3 años durante el cual el Superintendente se encontraba habilitado para promover el respectivo procedimiento sancionador, o que operase las causales de interrupción del plazo de prescripción, de conformidad con el art. 62 LOSV, particularmente la letra b) del inciso 2° que señalaba: “El plazo de prescripción mencionado se considerará interrumpido: [...] b) Por cualquier actuación de la Superintendencia, que tenga por finalidad la investigación de los hechos y omisiones antes relacionados, siempre que preceda comunicación escrita a la entidad supervisada”.

Lógicamente, el posterior inicio del procedimiento sancionador, específicamente para las deudas a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V. y Celmo Plásticos, S.A. de C.V. por el incumplimiento a la letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III del Instructivo UIF, comunicado al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. el 4 de enero de 2016 (folio 25 del PAS-76/2015) es el resultado del ejercicio extemporáneo de la potestad sancionadora del Superintendente exclusivamente respecto de los casos antes descritos, por haberlo realizado con posterioridad al plazo legal.

Respecto a la deuda a nombre de la Sociedad Inversiones Agroindustriales La Reforma, S.A. ha quedado acreditado que la operación (que generó la obligación que se reputa incumplida) se realizó el 10 de enero de 2013, cuando ya estaba en vigencia la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, cuyo régimen de prescripción regula:

“Prescripción



Art. 69.- El plazo de prescripción para promover el procedimiento sancionatorio establecido en este Capítulo será de diez años contados a partir de la fecha en la que se haya terminado de cometer el hecho o de ocurrir la omisión, sujeta a sanción.

El plazo de prescripción mencionado se considerará interrumpido:

- a) Cuando cualquier director, funcionario, gerente o administrador del integrante del sistema financiero reconozca, por cualquier medio, la comisión del hecho o de la omisión, sujetos a sanción; y*
- b) Por cualquier actuación de la Superintendencia que tenga por finalidad la investigación de los hechos y omisiones antes relacionados o su ampliación, siempre que preceda comunicación escrita al supuesto infractor."*

Habiendo identificado que para el tercer caso la conducta reprochable se habría cometido el 10 de enero de 2013 y que el 13 de abril de 2015 se realizaron actos de investigación de la omisión, opera la letra b) del art. 69 de LSRSF, por lo que solo habían transcurrido 2 años y 3 meses del cómputo de plazo de prescripción; por tanto, para este caso en particular, está vigente el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Corolario de lo anterior, resulta procedente declarar prescrito el ejercicio de la potestad sancionatoria del Superintendente para los incumplimientos con las deudas a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V. y Celmo Plásticos, S.A. de C.V., y por tanto, se procederá a revocar la sanción que correspondía por estos hechos. Por su parte, se continuará conociendo los argumentos de apelación únicamente respecto al incumplimiento con la deuda a nombre de la Sociedad Inversiones Agroindustriales La Reforma, S. A., en el siguiente orden: 2.1. Vulneración al principio de tipicidad; 2.2. Vulneración al principio de legalidad; 2.3. Prohibición del uso de analogía.

2. Argumentos de apelación

2.1. Vulneración al principio de tipicidad

Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. explica que se le ha vulnerado el principio de tipicidad, en virtud de habersele impuesto una multa por la supuesta comisión de una infracción que no está descrita en el Instructivo UIF. Explica que este principio exige que la conducta debe estar

suficientemente detallada y descrita en la norma para que se tenga por ilícita y sea merecedora de una sanción; y que es imposible determinarle responsabilidad tomando como parámetros análisis alcanzativos del Instructivo UIF, a fin que la conducta, catalogada como infracción, encuadre en algún supuesto de hecho.

Asimismo, hace referencia a las sentencias: i) Inconstitucionalidad 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013 del 24 de agosto de 2015 pronunciada por la Sala de lo Constitucional, y ii) 329-2015 del 24 de enero de 2018 pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, y manifiesta que la SSF fundamentó su fallo en disposiciones en las que los tribunales competentes han concluido que éstas son inadecuadas.

Por su parte, el delegado del Superintendente manifestó que en Derecho Administrativo la tipificación de infracciones y la atribución de sanción son mucho más complejas, siendo que en algunos casos la tipificación puede ser por remisión; asimismo que las actividades que ejercen el banco se encuentran enmarcadas en un ámbito regulado, y por tanto no puede pretender evadir la obligación impuesta en el Instructivo UIF, por suponer que otro ente obligado “ha realizado las investigaciones pertinentes sobre el origen de los fondos”. Respecto a la aplicación de la letra b) del art. 44 LRSRF, explicó que la SSF ha actuado dentro de los límites y sobre el fundamento de la Constitución y la ley.

A partir de los argumentos anteriores, este comité considera que resulta necesario el realizar un análisis y exposición sobre el principio de legalidad en sentido positivo (inciso 3° del art. 86 Cn.), que se expresa en que todo ejercicio del poder público, particularmente el ejercicio *del ius puniendi*, debe estar sometido a la ley y no a la voluntad de los funcionarios públicos, asegurando a los destinatarios del acto administrativo que sus conductas no podrán ser sancionadas si no es en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción, de conformidad con los arts. 8 y 15 de la Constitución.

Por lo anterior, el principio de legalidad es un pilar fundamental para la actividad estatal y en especial para aquellas funciones públicas que impliquen la afectación de derechos de los administrados, como ocurre en materia sancionatoria. De esta forma, al referirnos al principio de legalidad, tanto la jurisprudencia⁶ como la doctrina⁷ reconocen que de él emanan dos vertientes, una formal, entendida como la reserva de ley, y, una material, conocida como la tipicidad, concretada en la

⁶ V.g. Resolución de las 11 horas con 31 minutos del 19 de noviembre de 2014 por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 249-2012.

⁷ V.g.: i) Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid (2012). Pg. 178; ii) Lozano Cutanda, B. *“Diccionario de Sanciones Administrativas”*, Iustel. Madrid (2010). Pg. 733 y 757.



exigencia de certidumbre y taxatividad de las conductas que son consideradas ilícitas, así como su adecuación a la situación imputada al supuesto infractor.

Respecto al principio de tipicidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado que éste “(...) *no solo implica la predeterminación del hecho enunciado y regulado por la norma, sino además su adecuación a la situación imputada al supuesto infractor.*”⁸ De esta forma, dicho principio impone dos mandatos: a) al legislador, de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de su consecuencia; b) al aplicador, el ejercicio racional de adecuación del presunto acto antijurídico, por acción u omisión, al tipo descrito en la norma o supuesto de hecho, que es constitutivo de infracción con la imposición de su respectiva consecuencia⁹.

De la lectura de los argumentos del apelante se identifica que éste cuestiona el ejercicio de adecuación de su conducta con la norma atribuida como infringida; asimismo, indica que el referido principio exige que la conducta que se tenga por ilícita deba estar suficientemente detallada y descrita. De esta forma, corresponde verificar si la norma aplicada es lo suficientemente clara y precisa, y posteriormente proceder a realizar el análisis de adecuación.

El Superintendente atribuyó al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. el incumplimiento de la letra b) Entrevista, del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, del Capítulo III Identificación de Clientes del Instructivo UIF. Sin embargo, al revisar la respectiva norma, este comité evidencia que ésta se encuentra dentro de la sección que regula las normas de “Procedimiento en apertura de cuentas o contratos” (resaltado propio); la letra “a) Alcances” de dicha sección procede a identificar las circunstancias en las cuales nacerá para las instituciones obligadas el mandato de realizar la entrevista, así como la suscripción de una declaración jurada. De esta forma, se debe de analizar de forma integral las referidas letras a) y b), cuyo tenor literal dice:

“ a).- *Alcance.*

Los procedimientos que a continuación se describen, son aplicables a 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, fideicomisos, mandatos, comisiones, cajas de seguridad y otorgamiento de crédito bajo cualquier modalidad.

⁸ Sentencia de las 14 horas 34 minutos del 24 de septiembre de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 269-2006.

⁹ Ídem.

b).- Entrevista.

Tiene por objeto conocer a los Clientes, respecto a su calidad moral, forma de operar e importancia económica, de acuerdo con los usos, costumbres de la plaza y giro del negocio.

Los Clientes, a efecto de establecer su perfil, al perfeccionar la operación o contrato informará a la Institución mediante declaración jurada el 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.

(...)"

A partir de la lectura de las anteriores disposiciones, resulta claro que el instructivo establece como obligación a las instituciones destinatarias de la norma (para el caso en autos el banco apelante) la realización de una entrevista y la suscripción de una declaración jurada cuando: i) se trate de las operaciones descritas en la letra "a) Alcances", y ii) las operaciones las realice un cliente del banco. De esta forma, se tiene identificada una obligación clara y precisa, cuyo incumplimiento es tipificado como una infracción administrativa por la letra b) del art. 44 LSRSF, la cual dice:

Art. 44.- Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior que, si se tratare de multas, estas podrán ser de hasta el dos por ciento del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio en caso de personas naturales, cuando incurran en infracciones a lo siguiente: (...)

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

En precedentes¹⁰, este comité ha identificado que el Instructivo UIF se ha encargado de desarrollar obligaciones específicas previstas en la LCLDA; por lo que, los mandatos que dicho instructivo tenga serán preceptivos siempre y cuando no exceda lo estipulado por el legislador en la Ley. De igual forma, en sus precedentes¹¹ este Comité de Apelaciones ha identificado que los romanos

¹⁰ V.g.: i) Resolución de las 11 horas del 14 de marzo de 2018 en el expediente de apelación CA-09-2017; ii) Resolución de las 11 horas con 15 minutos del 13 de julio de 2018 en el expediente de apelación CA-07-2018; iii) Resolución de las 10 horas del 17 de agosto de 2018 en el expediente de apelación CA-11-2018.

¹¹ V.g.: i) Resolución pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero a las 11 horas del 14 de marzo de 2018 en el expediente de apelación CA-09-2017.



I) y II) de la letra e) del art. 10 LCLDA¹² brinda la cobertura legal de la letra b) Entrevista del Instructivo UIF.

A partir de lo anterior, este comité identifica que se cumple con el mandato de tipicidad con la fórmula: “*art. 44 letra b) LSRSF en remisión a la letra b) Entrevista del Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos del Capítulo III del Instructivo UIF (normativa que desarrolla la obligación contenida en el artículo 10 letra e) romanos I) y II) de la LCLDA)*”, en la medida que, así como el art. 44 LSRSF, la norma remitida que describe la conducta punible también es del conocimiento de los destinatarios y posee suficiente precisión al fijar un mandato.

Habiendo identificado que se cumple el primer presupuesto del principio de tipicidad [predeterminación en una norma del hecho considerado como infracción], resulta procedente realizar el examen de la adecuación de la conducta atribuida al apelante.

Al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. se le sanciona debido a que la sociedad Regional de Inversiones, S.A. emitió un cheque por US\$345,000.00 con el propósito de pagar 2 créditos cedidos por FOSAFFI a éste, los cuales estaban a cargo de Inversiones Agroindustriales La Reforma, S.A., sin embargo no se presentó el formulario de entrevista en el que constaba la actividad económica ni la declaración jurada en el que se determinara el perfil del cliente o el origen de los fondos con que se realizó el pago (página 20 de la resolución sancionadora).

Como se mencionó anteriormente, de la lectura de la letra “a) Alcances” y letra “b) Entrevista” se identifica la obligación que tienen las instituciones destinatarias de la norma a realizar una entrevista y requerir la suscripción de una declaración jurada cuando: i) se trate de las operaciones descritas en la letra “a) Alcances”, y ii) las operaciones las realice un cliente de ésta.

Sobre el primer punto, se identifica que las disposiciones antes mencionadas se encuentran dentro de la sección denominada “*Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos*”; de esta forma resulta claro que lo que pretende regular el instructivo en este apartado son las aperturas de cuentas o contratos y las operaciones que en virtud de las mismas se den posteriormente, recayendo las mismas en recepción, entrega o transferencia de fondos de cualquier tipo de depósito, ahorro, inversión, fideicomisos, mandatos, comisiones, cajas de seguridad y otorgamiento de crédito bajo cualquier modalidad (resaltado propio).

Lo anterior, era coherente con lo regulado por el legislador en el romano i) letra e) del art. 10 LCLDA (vigente al 10 de enero de 2013), el cual establecía:

¹² Vigente al 10 de enero de 2013.

"Art. 10.- Las Instituciones, además de las obligaciones señaladas en el Artículo anterior, tendrán las siguientes:

(...)

e) Bajo los términos previstos en el Artículo 4 inciso cuarto de la presente Ley, los Bancos e Instituciones Financieras, Casas de Cambio y Bursátiles, adoptarán políticas, reglas y mecanismos, de conducta que observarán sus administradores, funcionarios y empleados, consistentes en:

- I) Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente y, en particular la de quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a plazos, cuenta de ahorros, entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario; o los que depositen en cajas de seguridad;*
- II) Establecer el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guarden relación con la actividad económica de los mismos.*

(...)”Resultado propio.

Como se indicó anteriormente, la “letra b) Entrevista” del Instructivo UIF pretende desarrollar la anterior disposición legal; siendo que dicha normativa infralegal establece la obligación de realizar la entrevista y suscripción de declaración jurada como una forma práctica para dar cumplimiento al romano I) letra e) del art. 10 LCLDA. Sin embargo, el mismo instructivo (por cuyo incumplimiento se sanciona al banco) exigió la aplicación de estos instrumentos (entrevista y declaración jurada) específicamente para las aperturas de cuentas o contratos y para todas las operaciones que impliquen recepción, entrega o transferencia de fondos de cualquier tipo de depósito, ahorro, inversión, fideicomisos, mandatos, comisiones, cajas de seguridad y otorgamiento de crédito bajo cualquier modalidad.

De la revisión del expediente PAS-76/2015 se evidencia que el FOSSAFI vendió a favor del Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. créditos a cargo de la sociedad Inversiones Agroindustriales, S.A. de C.V.; asimismo, que la sociedad Regional de Inversiones, S.A. emitió un cheque por US\$345,000.00 a nombre del banco apelante a fin de pagar dichos créditos (Informe DR-RL-0043/2015); siendo que los fondos no fueron abonados en alguna cuenta de depósito bancario a nombre de Regional de Inversiones, S.A., sino, a la cuenta **“DEPÓSITOS RESTRINGIDOS FOSAFFI”** [número 22209991010219] (fls. 52-54 del CA-14-2018). A raíz de dichos hechos, resulta



claro que la operación efectuada consistió en la cancelación total del saldo de un crédito¹³, y no en ninguno de los supuestos señalados por la “letra a) Alcances”.

De esta forma, trayendo a consideración lo expuesto por el delegado del Superintendente en la audiencia conferida, aunque si bien la letra “b) Entrevista” no hace distinción a que, si las operaciones fueron realizadas en efectivo o cualquier otra forma de instrumento monetario, el mismo instructivo es claro en precisar a qué tipo de operaciones y circunstancias se aplicará. A partir del anterior análisis, este comité identifica que la conducta atribuida no se adecúa a la norma aplicada¹⁴, en razón que ésta última no exige la obligación de realizar una entrevista o de requerir la suscripción de una declaración jurada cuando la operación bancaria se trató de la cancelación total del saldo de un crédito.

Sobre el segundo punto, este comité identifica que la letra b) de la sección de Procedimientos en Apertura de Cuentas o Contratos indica que la obligación va dirigida a “clientes” del banco. El mismo Instructivo UIF, define a los “clientes” como *“toda persona natural o jurídica que ha mantenido una relación contractual, ocasional o habitual, con las Instituciones”* (resaltado propio).

Al revisar el PAS-076/2015 se evidencia que respecto a la deuda a nombre de Inversiones Agroindustriales La Reforma, S.A., el Superintendente indicó que la sociedad Regional de Inversiones, S.A. emitió un cheque por US\$345,000.00 con el propósito de pagar la referida deuda, sin embargo, no se presentó el formulario de entrevista en el que constara la actividad económica ni la declaración jurada en el que se determinaran el perfil del cliente o el origen de los fondos con que se realizó el pago (página 4 y 20 de la resolución final). En los informes DR-038/2015, DR-RL-049/2015, DR-RL-0043/2015 se relacionan: *“El crédito fue cancelado al Banco por la empresa Regional de Inversiones, S.A., empresa relacionada con la deudora por tener como Representante Legal a la misma persona, no encontrando en expediente documentación de dicha sociedad como: (...) Declaración jurada del origen de los fondos, así también no se encontró el formulario “Entrevista o perfil del cliente” a efecto de conocer la actividad económica del negocio”* (fl. 2, 4 y 9 del PAS-76/2015); de igual forma, el informe DR-RL-0043/2015 concluye: *“b) El Banco no efectuó una adecuada debida diligencia y conocimiento del cliente en las 6 operaciones de venta de cartera revisadas, observando que no se obtiene suficiente información de la persona que cancela el crédito; c) En algunos expedientes no se encontró la declaración jurada del origen de fondos y el documento hoja entrevista o perfil del cliente tal como lo requiere el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera.”* (fl. 14 del PAS-76/2015).

¹³ Esta operación no consistió en “otorgamiento de crédito”; sea en calidad de deudor o co-deudor.

¹⁴ Letra b) Entrevista, de la sección de Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, del Capítulo III Identificación de Clientes del Instructivo UIF.

En ese sentido, se identifica que el reproche va dirigido a que Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. no cuenta con la entrevista y declaración jurada de Regional de Inversiones, S.A. Sin embargo, la única información que consta en el expediente PAS-76/2015, respecto a este caso, es una nota suscrita por el representante legal de Regional de Inversiones, S.A., dirigida al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. en el cual informa las negociaciones y propuesta que hizo con FOSSAFI para el pago de la deuda a nombre de Inversiones Agroindustriales La Reforma, S.A. (fl. 20) y copia del cheque serie "CHN" No. 0023438 por US\$345,000.00 proveniente de una cuenta de Regional de Inversiones, S.A. en el Banco HSBC Salvadoreño S.A.; documentación que no es suficiente para acreditar que, para la operación en concreto, esa sociedad goce de la calidad de "cliente" respecto al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.

Resulta claro que los Procedimientos en Apertura de Cuentas o Contratos del instructivo UIF - en sintonía con los romanos I) y II) letra e) del art. 10 de la LCLDA¹⁵- va dirigido a ser aplicados a los *clientes* de las instituciones destinatarias de la norma. Las obligaciones reguladas en dichos procedimientos, como la realización de la entrevista o declaración jurada que establece el instructivo, resultan ser herramientas definidas por el aplicador para que las instituciones destinatarias de la norma puedan conocer¹⁶ a personas que les prestarán servicios -al presuponer una relación al menos habitual u ocasional- y , así, facilitar la documentación de su perfil económico, a fin que dichas instituciones puedan verificar que la información que hayan recopilado sea coherente con las operaciones que realicen en un futuro. Lo anterior, es más notorio al analizar el contenido de la letra b) de la referida sección, que manda a los clientes informar "*el movimiento de los fondos proyectados mensualmente*".

En ese sentido, el hecho que Regional de Inversiones, S.A. haya pagado la deuda de Agroindustrias la Reforma, S.A. de C.V., no convierte al primero en cliente¹⁷ de Banco Hipotecario El Salvador, S.A.; por lo tanto, no le era exigible a dicha institución financiera el cumplimiento de la obligación detallada en la letra "b) Entrevista" para con Regional de Inversiones, S.A.

Asimismo, resulta oportuno traer a mención que el Instructivo UIF tiene el cuidado de distinguir la figura de clientes y de usuarios, definiendo a éstos últimos como "*cualquier persona natural o jurídica que opere con las instituciones o haga uso de los servicios que éstas prestan al público en general, así como los vendedores, compradores y transferencias de divisas*". De esta forma, puede evidenciarse que habrá otros mandatos para aquellas personas que no encajen en la

¹⁵ Vigente al 10 de enero de 2013.

¹⁶ Conocer a los clientes es una obligación prevista por el legislador en el romano I) y II) de la letra e) del art. 10 de la LCLDA, en los términos que ella indica; sin embargo, el legislador no desarrolló las formas o el procedimiento para dar cumplimiento a la referida obligación, encargándose de dicha labor el Instructivo UIF.

¹⁷ Ni ocasional ni habitual, como define este concepto el Instructivo UIF.



descripción de “clientes”, y que las instituciones obligadas deberán dar cumplimiento como parte del régimen de prevención de lavado de dinero y activos.

Los anteriores hechos -derivados del examen de adecuación- llevan a concluir a este comité que en el acto pronunciado por el Superintendente existe un eminente vicio del principio de tipicidad, ya que para el caso en estudio no concurren los presupuestos fácticos para que nazca la obligación a Banco Hipotecario de El Salvador, S.A. de realizar una entrevista y solicitar la respectiva declaración jurada. Esta situación no puede pasar inadvertida por este comité, debiendo por tanto revocar la infracción atribuida y su sanción; ya que como bien ha identificado la Sala de lo Contencioso Administrativo, “(...) *debe entenderse que el principio de tipicidad (...) presupuesto para el ejercicio del derecho punitivo del Estado, y, en consecuencia, de la actividad sancionadora que ejerce la Administración, requiere no sólo que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico, sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputación*”¹⁸.

En consecuencia, de lo expuesto en el *ratio decidendi* de esta resolución y en vista que se identificó que de los 3 casos por los cuales el Superintendente impuso la sanción pecuniaria, dos de ellos su facultad para promover el respectivo procedimiento sancionador estaba prescrito; y en el último analizado, se vulneró el principio de tipicidad; este comité procederá a revocar la multa impuesta, resultando por tanto inoficioso pronunciarse sobre los demás argumentos de apelación.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los artículos 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, 14 y 86 inciso final de la Constitución, este Comité **RESUELVE:**

I. MODIFÍQUESE la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las 8 horas 30 minutos del 23 de agosto 2018, *únicamente* en el siguiente sentido: **A) DECLÁRESE PRESCRITO** el ejercicio de la potestad sancionatoria del Superintendente del Sistema Financiero con relación a la infracción administrativa tipificada en la letra b) del art. 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero y letra b) Entrevista, Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos, Capítulo III Identificación de Clientes, del Instructivo UIF (derogado), respecto a los incumplimientos relacionados a las deudas a nombre de Aire Standard de El Salvador, S.A. de C.V. y Celmo Plásticos, S.A. de C.V. atribuida al Banco Hipotecario de El Salvador, S.A.; y, **B) REVÓQUESE** la multa impuesta que asciende a **DIEZ MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y**

¹⁸ Resolución pronunciada a las 9 horas del 21 de octubre de 2009 pronunciado por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el expediente 281-C-2002.

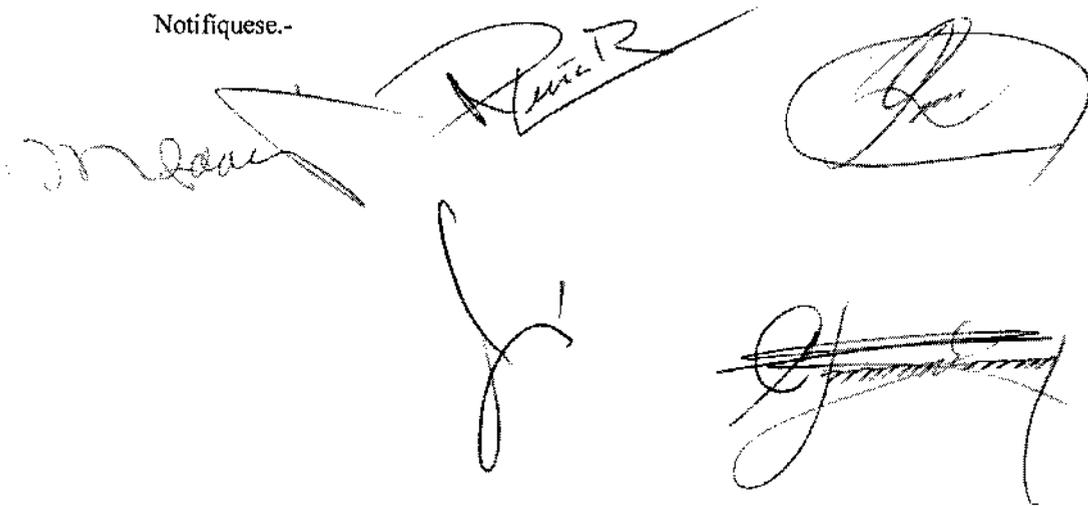
TRES PUNTO NOVENTA Y CINCO DÓLARES a BANCO HIPOTECARIO DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA.

II. Devuélvase oportunamente el expediente con referencia PAS-76/2015 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

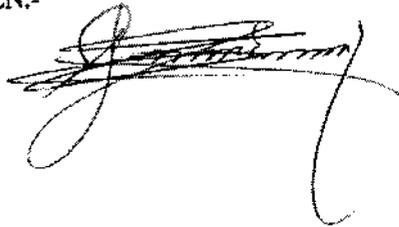
III. Archívese el presente expediente de apelación.

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

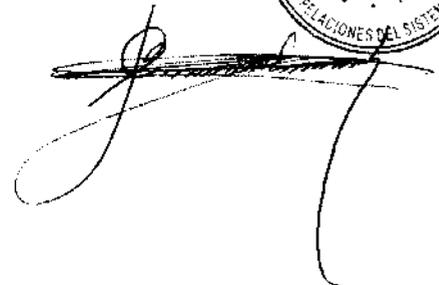
Notifíquese.-



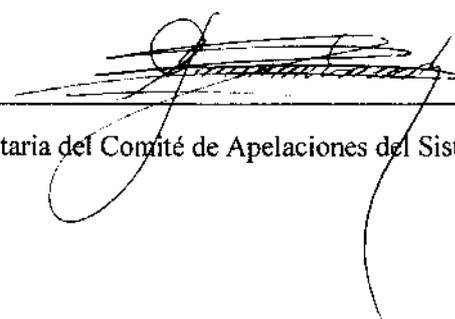
PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN.-



Es



conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de catorce folios, para ser entregada al señor Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las once horas diez minutos del siete de enero de dos mil diecinueve.


Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero



