



La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: La resolución de las dieciséis horas con quince minutos del día treinta de septiembre de dos mil quince, en el recurso de apelación promovido por la sociedad Banco Davivienda Salvadoreño, Sociedad Anónima, en el expediente Ref. CA-11-2015, y que literalmente dice:

“CA-11-2015

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las dieciséis horas con quince minutos del día treinta de septiembre de dos mil quince.

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el señor Superintendente del Sistema Financiero, a las catorce horas con treinta y un minutos del quince de abril del año en curso, en el procedimiento sancionador promovido contra BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, SOCIEDAD ANÓNIMA que puede abreviarse BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, S.A., en adelante “el Banco o DAVIVIENDA”, mediante la cual, de manera sucinta, resolvió: a) agregar memorando e informe del Departamento de Supervisión de Conglomerados que se relacionan en la resolución; b) determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la Disposición Décima del Capítulo VII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, en adelante “el Instructivo”, sancionándolo con una multa de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio; c) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la Disposición Décima Primera del Capítulo VII del Instructivo, sancionándolo con una multa de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio; d) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción al art. 3 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, sancionándolo con una multa de diez mil dólares (US\$10,000.00) que equivale al 0.004% de su patrimonio; e) Determinar que DAVIVIENDA no cometió infracción al art. 10 letras a) y e) de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos; f) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra b) del apartado “Entrevista” de los Procedimientos de Apertura de Cuentas del Capítulo III del Instructivo, sancionándolo con una multa de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio; g) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra c) del Capítulo III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del Instructivo, sancionándolo con una multa de setenta y cinco mil dólares (US\$75,000.00)

que equivale al 0.03% de su patrimonio; h) Determinar que DAVIVIENDA no cometió infracción al art. 4 letra d) del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos; y, en la letra i) Conceder a BANCO DAVIVIENDA el plazo de quince días para modificar su "Normativa de Archivo de Expedientes de Cuentas Pasivas en Sucursales" y adecuarlas a las disposiciones del Instructivo en cuanto a la presentación del Número de Identificación Tributaria y remitirlo a la Superintendencia.

Y CONSIDERANDO:

I. Que el licenciado Henry Salvador Orcllana Sánchez, en calidad de apoderado general judicial de la sociedad BANCO DAVIVIENDA, S.A., antes BANCO HSBC SALVADOREÑO, S.A., impugnó la resolución antes relacionada, en lo concerniente a las letras b), c), d), f), g) y letra i), fundamentando su recurso de la siguiente manera:

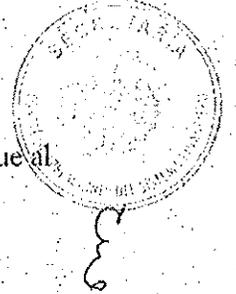
a. ELEMENTO DE HECHO.

a.1) Momento de comisión de los hechos investigados

Que el procedimiento administrativo sancionador fue instruido con fundamento en el informe GR-RR 26/2011, que indica que las imputaciones atribuidas a la apelante tuvieron como base la inspección realizada el 14 de enero de 2011, por lo que se puede afirmar que todas las presuntas infracciones ocurrieron en fechas anteriores a la señalada.

Según memorando N° IRG-021/2012, elaborado por la Intendente de Riesgos de la Superintendencia del Sistema Financiero, de fecha 26 de septiembre de 2012, se solicita el inicio de procedimiento sancionador sobre algunos incumplimientos, entre ellos:

- Primer incumplimiento: 10,980 operaciones sospechosas ocurridas en el año 2010;
- Tercer incumplimiento: 3 transacciones objeto de investigación que corresponden al 29 de octubre de 2010, 29 de junio de 2008 y 23 de junio de 2010.
- Sexto incumplimiento: acta de entrega del 3 de diciembre de 2010, que si bien no constituye el momento de la comisión, indica que ésta fue anterior a dicha fecha.



- Octavo incumplimiento, hace alusión a un informe de septiembre de 2009, que al igual que el anterior, indica que los hechos fueron anteriores a la fecha señalada.

Lo expuesto denota que los hechos investigados ocurrieron antes de 2011.

a.2) Vigencia de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, LRSRF.

Transcurrida la vacatio legis, la LRSRF entró en vigencia en el mes de agosto de 2011.

a.3) Sobre la estructura de la infracción y de la sanción administrativa aplicada por la SSF.

El auto de inicio del procedimiento es de fecha 28 de mayo de 2013, bajo la referencia PAS-22/2013, en el cual el Superintendente del Sistema Financiero, en adelante "el Superintendente", al hacer relación sobre la posible infracción, cita en todos los casos la siguiente frase "*(...) en los arts. 43 y 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (...)*"

Que la sanción que controvierte, a juicio de la apelante, ha sido impuesta con base "*(...) a la interpretación de un entramado de normas repartidas entre el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera (Instructivo UFI), de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos y su Reglamento y finalmente, la Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero (sic). Pero es el art. 44 de esta última la que contiene la estructura típica de la infracción consistente en el incumplimiento de obligaciones de los otros cuerpos normativos referidos. Y cuando así se compruebe, la sanción prevista en el caso de personas jurídicas será de hasta el 2% de su patrimonio (...)*"

Que en la resolución objeto del recurso de apelación, el señor Superintendente sancionó a BANCO DAVIVIENDA tomando en consideración los arts. 43, 44 y 50 LRSRF.

a.4) Conclusiones de la apelante

- Los hechos investigados ocurrieron entre los años 2008 y 2010;
- La LSRSF entró en vigencia en agosto de 2011; y,
- El Superintendente juzgó y sancionó hechos de 2008 a 2010 conforme el art. 44 LSRSF que data de agosto de 2011.

b. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

b.1) Violación al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley in malam partem.

El principio de irretroactividad de la ley se encuentra en los arts. 15 y 21 Cn.

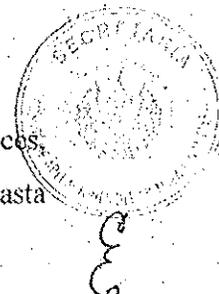
En el caso debatido se advierte una aplicación retroactiva desfavorable del art. 44 LSRSF.

Que "(...) la vulneración de las normas del Instructivo UIF, de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos y su Reglamento, constituyen infracciones administrativas porque tal conducta ha sido tipificada por el art. 44 LSRSF. Esta es una norma penal en blanco que se llena de contenido a partir de las disposiciones de los cuerpos normativos citados. Consecuentemente, estos últimos no conllevan infracciones administrativas autónomas. Así lo ha reconocido a lo largo del proceso el SSF cuando hace alusión a unos y otros, para construir la estructura típica de la infracción que investigó y sancionó."

Que "(...) el SSF ha utilizado el art. 44 LSRSF para castigar hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la norma. Por tal motivo, el acto administrativo apelado es ilegal y en consecuencia (...)” deberá ser revocado y dejar sin efecto la sanción impuesta.

b.2) Violación al principio de legalidad de la pena.

Que el citado principio exige que la sanción a imponer sea la prevista en la norma administrativa al momento de la comisión de los hechos. Para tal efecto, la apelante cita y transcribe el art. 1 del Código Penal, en el cual resalta que nadie podrá ser sometido a penas



o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad. Insiste, entonces, que la estructura de la infracción y su sanción está contenida en el art. 44 LSRSF, de hasta el 2% del patrimonio para el caso de las personas jurídicas.

Que el concepto patrimonio hace alusión al conjunto de bienes de una persona. Respecto de personas jurídicas con alto flujo económico, este concepto varía día con día; por ello, su medición se hace una vez al año, específicamente el treinta y uno de diciembre. A esa fecha se constituye una fotografía del patrimonio en ese día concreto, pero no implica que haya sido el mismo durante los trescientos sesenta y cinco días del respectivo año.

A juicio de la apelante, el patrimonio a que alude la norma, deberá ser aquél que el administrado conozca con certeza al momento de la comisión de la infracción; en consecuencia, el patrimonio al 31 de diciembre de 2010 serviría para ilustrar la posible sanción de los hechos ilícitos ocurridos durante 2011, en razón que desde el 1 de enero al 30 de diciembre de 2010, el administrado no conocía ese dato de la pena.

En razón de lo antes expresado, la apelante considera que este Comité deberá tener en cuenta dos aspectos fundamentales: (1) La comisión de los hechos investigados acaeció entre los años 2008 a 2010; y, (2) El Superintendente determinó la multa tomando como referencia el patrimonio de la recurrente al 31 de diciembre de 2010.

No obstante lo anterior, al 31 de diciembre de 2010, el patrimonio sólo pudo ser conocido por DAVIVIENDA a partir del 1 de enero de 2011, siendo un dato incierto para los años 2008, 2009 y para el 2010 hasta el 30 de diciembre.

Concluye que la utilización del patrimonio del año 2010, constituye una vulneración al principio de legalidad debido a que está calculado sobre parámetros inexistentes al momento de la comisión de los hechos castigados, por tal motivo el acto impugnado es ilegal.

b.3) Violación al principio de seguridad jurídica en su concreción de la prescripción de la potestad de la Administración para sancionar.

El auto de inicio del procedimiento fue comunicado a la apelante el día 11 de junio de 2013, es decir dos años y cinco meses después de ocurridos los hechos que

presuntamente constituyen infracción; por lo tanto, la potestad del Superintendente para sancionarlos había prescrito.

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora de la Administración.

El art. 2231 C.C. define la prescripción como un modo de adquirir las cosas o extinguir las acciones. Tal institución civil tiene su equivalente en el Derecho Administrativo sobre todo en su vertiente sancionadora como una derivación de la seguridad jurídica.

En el país se carece de una ley de procedimientos administrativos; asimismo, la prescripción administrativa para sancionar infracciones no tiene un marco legal que la regule de manera general; por lo que debe atenderse la jurisprudencia y los expositores de Derecho para determinar sus características particulares: (1ª) En cuanto a sus efectos, incide de lleno en el procedimiento administrativo, enervándolo, truncándolo, extinguiéndolo; y, (2ª) La prescripción administrativa debe ser apreciada de oficio por la Administración, por tratarse de materia de orden público, como lo ha señalado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, la prescripción administrativa no puede entenderse supeditada al requisito formal de estar expresamente contenida en una disposición del cuerpo normativo de que se trate, pues cuando no concurra, el aplicador del derecho estará en la obligación de llenar el vacío mediante la aplicación directa de la Constitución. Al respecto, agrega fragmento de autor ibérico manifestando que la imprescriptibilidad de la acción en España está descartada y a falta de previsión legal deberá acudir a lo dispuesto en ese sentido en el Código Penal en lo relativo a delitos y faltas.

El reconocimiento de la prescripción como manifestación de la seguridad jurídica en los precedentes del Superintendente del Sistema Financiero y su rechazo y cambio de criterio no motivado en la resolución apelada.

La apelante cita resolución del Superintendente de las ocho horas con treinta minutos del 6 de marzo de 2015, con referencia 20/2011, en la que reconoció la inexistencia de la figura de la prescripción en la derogada Ley Orgánica de la



Superintendencia del Sistema Financiero, (en adelante LOSSF). A criterio de la apelante, el Superintendente "(...) intentó suplir el vacío de la LOSSF aplicando el artículo 74 de la Ley de Bancos. Dicha solución aunque errónea, porque dicho artículo ha sido declarado inconstitucional, denotó la intención de ese Superintendente de cumplir con el artículo 235 de la Constitución (...). Por ello, resulta paradójico que en la resolución que ahora apelo el SSF diga lo contrario: que la prescripción debe estar regulada en la Ley para poder declararla..."

Régimen de prescripción aplicable a los hechos sancionados.

A criterio de la recurrente, no son aplicables los arts. 69 y 112 LSRSF respecto a los plazos de la prescripción, pues no estaban vigentes al momento de la comisión de las presuntas infracciones.

Según la apelante, en vista que la LOSSF no regulaba la prescripción, correspondía realizar un ejercicio de integración normativa que permitiera suplir el vacío, por lo que debió aplicar los arts. 1 y 21 letra c) de la Ley de Procedimientos para la Imposición de Arresto o Multa Administrativos (en adelante, LPIAMA), este último que regula que la acción para promover el procedimiento sancionador prescribe en dos años cuando se trate de infracciones sancionadas con multa superior a cinco mil colones.

Y agrega que el art. 23 de la mencionada ley, dispone que los plazos relativos al capítulo en la que se encuentra la prescripción "(...) se aplicarán siempre que la ley de la materia correspondiente no los regule de otra forma."

En atención a su exposición, la apelante manifiesta que la acción de la Administración para perseguir las posibles infracciones había prescrito al momento de iniciar el procedimiento sancionador, pues éstas ocurrieron antes del 14 de enero de 2011.

c. SOBRE LA NO COMISION DE LAS INFRACCIONES IMPUTADAS.

Sumado a lo anterior, la recurrente afirma que durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador se presentaron pruebas suficientes para desvirtuar los señalamientos; sin embargo, el Superintendente decidió sancionar.

c.1) Sobre la presunta violación a las disposiciones “Décima” y “Décima Primera” del Capítulo VII del Instructivo de la UIF.

Dichas disposiciones en lo pertinente establecen:

“Décima.- Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento, la cual estará presidida por un Oficial de Cumplimiento, aprobado por Junta Directiva cuya persona debe ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones. Además debe poseer entre otras habilidades, conocimiento sobre operaciones, aspectos jurídicos, área de negocios y controles (...)”

“Décima Primera.- 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 (...) [enumeradas del 1 al 10]”.

El señalamiento de la apelante se dirige a la semántica con la cual se designa a dicho funcionario –Oficial de Cumplimiento– cuando tiene una posición idónea en la estructura administrativa conforme las exigencias de la norma. Sostiene, en este sentido, que el Oficial de Cumplimiento de DAVIVIENDA ha gozado de las características jerárquicas y facultades necesarias que exigen las normas transcritas y como prueba presentó: (1) Formato global de descripción del puesto; y, (2) Descripción del puesto.

c.2) Sobre la presunta violación al art. 3 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y Activos.

Que a la recurrente se le atribuye haber reportado fuera de plazo operaciones en efectivo mayores a cincuenta y siete mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y seis centavos (US\$57,142.86), correspondiente a los clientes Universidad Francisco Gavidia, Universidad Pedagógica de El Salvador y Caja de Crédito de San Juan Opico.

Respecto de envío de la Universidad Pedagógica de El Salvador.

Mediante el reporte del 23 de junio de 2010, la apelante reportó al licenciado José Rolando Monroy Sintigo, Jefe de la División Financiera de la FGR, la ocurrencia, no de



una, sino de múltiples transacciones por un total de ciento treinta y cinco mil cuatrocientos sesenta dólares (US\$135,460.00). Por tratarse de una transacción múltiple, se encuentra dentro de la excepción del art. 3 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, que dispone el plazo de tres días hábiles para proporcionar la información pertinente.

Que para comprobar su afirmación, señala que presentó prueba documental del formulario F-UIF01, de fecha 17 de junio de 2010, correspondiente a las transacciones relacionadas, así como comprobante de depósito de cuenta corriente, con los correlativos que detalla en su escrito de apelación.

Finalmente, en el petitorio del recurso, la apelante solicita entre otros, que en resolución definitiva se revoque el acto impugnado.

II. Mediante el auto de las nueve horas con cuarenta minutos del uno de junio del presente año, se tuvo por parte al abogado Henry Salvador Orellana Sánchez, en carácter de apoderado general judicial de BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, SOCIEDAD ANÓNIMA que puede abreviarse BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, S.A., se admitió el recurso interpuesto; se suspendieron los efectos del acto impugnado y se mandó a oír al señor Superintendente del Sistema Financiero sobre los alegatos expuestos en el recurso de apelación.

Mediante el escrito de fecha cinco de junio del presente año, el señor Superintendente contestó la audiencia conferida en los siguientes términos:

Sobre la aplicación de la ley procesal.

Advierte el Superintendente que el banco sostiene que ha existido violación al principio de irretroactividad de las leyes, ya que a su parecer se sancionó con base en el art. 44 LSRSF, de forma que al haberse cometido las infracciones en los años del 2008 al 2010, se ha aplicado la LSRSF de manera retroactiva, ya que entró en vigencia en agosto del año 2011. Agrega que la apelante también considera que la vulneración a la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y su reglamento, Instructivo UIF, constituyen infracciones administrativas, porque así se tipifican en el citado art. 44, pues constituye una norma penal

en blanco que se llena de contenido con los cuerpos normativos citados, pues cada uno de ellos no conlleva infracciones administrativas autónomas.

Sobre el anterior planteamiento, el señor Superintendente afirma que es erróneo, ya que el art. 15 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, en adelante la "Ley Contra el Lavado" (previo a la reforma del 7 de agosto de 2014) y la disposición Décima Quinta del Instructivo UIF, que entró en vigencia el 1 de junio de 2013, disponían que las infracciones a dichos cuerpos legales, eran sancionables conforme a lo establecido en las leyes de los respectivos organismos de fiscalización y supervisión.

En razón de lo anterior, y siendo que la ley procedimental vigente al momento de iniciar el procedimiento sancionador administrativo es la LSRSF, las sanciones a dichas infracciones deber ser conforme los arts. 43 y 44 de dicha norma, siguiendo el procedimiento que la misma establece.

En cuanto a la aplicación de la ley procesal en el tiempo, el Superintendente señaló que la Sala de lo Constitucional, al conocer sobre la demanda contra los arts. 2 y 15 de la Ley Transitoria de Emergencia contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, en el apartado XXI expresó: *"La aplicación de la anterior noción de las normas procesales no presenta dificultad alguna, pero si exige distinguir entre –utilizando terminología carneluttiana– hecho jurídico material y hecho jurídico procesal: ya que la norma procesal regulará el último –hecho jurídico procesal– y no el hecho jurídico material. Dicho con otras palabras, la aplicación de la nueva norma procesal no queda excluida por la circunstancia de que los hechos sobre cuya eficacia jurídica versa el proceso hayan ocurrido mientras regía una norma procesal distinta; y esto es así porque la nueva norma procesal regirá los hechos procesales pero no los hechos de fondo que se analizarán en el proceso; o para decirlo siempre en términos carneluttianos, la norma procesal rige el proceso no el litigio"*.

Que en el presente procedimiento, la ley procesal es la LSRSF, vigente a la fecha en que se inició el procedimiento sancionador. Por tanto, es la ley procesal aplicable independientemente que los hechos por los cuales se sanciona hayan sucedido cuando estaba en vigencia la LOSSF.



33

Por otra parte, señala que, según la apelante, en atención al principio de legalidad, la sanción a imponer debe ser la prevista en la norma administrativa sancionadora al momento de la comisión de los hechos; por lo que, a criterio del Banco, la posible sanción (hasta el 2% del patrimonio) deberá ser el patrimonio que el infractor conozca con certeza al momento de la comisión de la infracción (de manera que la apelante alega que en los años 2008, 2009 y 2010 no se conocía el patrimonio al 31 de diciembre de 2010, el cual se utilizó de base para la imposición de la sanción).

El Superintendente considera que el anterior argumento, no es atendible, porque la LSRSF no establece que deben tomarse en cuenta dichos extremos para la imposición de la sanción. Además, los bancos diariamente conocen cuál es el monto del patrimonio, por lo que no es posible alegar que se desconoce.

De la prescripción.

Cita el Superintendente que el banco considera que se ha configurado la prescripción de la potestad sancionadora de la Administración, ya que el auto de inicio del procedimiento fue comunicado el 11 de junio de 2013; es decir dos años y cinco meses después de ocurridos los hechos sancionados; por lo que, la potestad sancionadora del Superintendente había prescrito. Que en atención a la seguridad jurídica, no puede entenderse que la figura de la prescripción esté supeditada al requisito formal de estar expresamente contenida en una disposición normativa y cuando esto no ocurra el aplicador del Derecho está obligado a llenar el vacío mediante la aplicación de la Constitución y el ordenamiento jurídico, para lo cual hace referencia a resolución dictada por el Superintendente el 6 de marzo de 2015, en el procedimiento con referencia 20/2011, en el cual se reconoce la posición adoptada por la apelante. Al respecto, el Superintendente aclara que la resolución en el procedimiento aludido es inexistente.

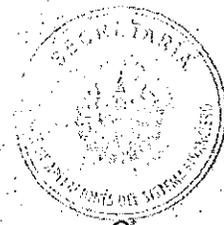
Advierte el Superintendente, que la recurrente acepta que la LSRSF es aplicable al caso debatido en el procedimiento, pero no en cuanto a la prescripción prevista en los arts. 69 y 112 de la citada ley, pues no estaba vigente al momento de la comisión de las presuntas infracciones. Que el art. 112 relacionado no reguló el plazo de prescripción a hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la citada ley, pues vulneraría el art. 21

Cn., por lo que se debe estar al anterior régimen de la LOSSF. Y agrega que, según la apelante, en vista que la LOSSF no regulaba plazo para la prescripción, corresponde aplicar de manera supletoria los arts. 1 y 21 letra c) de la LPIAMA; además, el art. 23 de esa norma establece la aplicación supletoria de la misma cuando no exista regulación en la ley de la materia.

Según el Superintendente, los puntos expuestos por la apelante fueron alegados y descartados en el procedimiento, por lo que reitera los argumentos contenidos en la resolución apelada, referentes al art. 108 LSRSF, que hace una exclusión expresa de la aplicación supletoria de la LPIAMA.

El Superintendente es del criterio que la prescripción es una figura legal de estricto derecho, que persigue que se declare que un derecho u obligación ha perdido su eficacia jurídica por el mero transcurso del tiempo, siendo un elemento constitutivo de la referida figura la existencia de un plazo legal para el ejercicio de las acciones. En suma, señala que no son aplicables las disposiciones contenidas en la LPIAMA, ya que el inciso 2º del art. 1 regula que *"El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor"*. En vista que la LOSSF como la LSRSF contienen garantías de ejercicio de tales derechos, no requiere ser complementadas con la LPIAMA. Por lo tanto, la exclusión expresa de dicha norma en el art. 108 LSRSF y la inclusión de la prescripción en la misma, no implica la aceptación que la LPIAMA era supletoria, sino más bien la exclusión de una norma que nunca se consideró aplicable de esa forma supletoria a la LOSSF.

Para concluir sobre este punto, el Superintendente señaló que los arts. 112 y 69 LSRSF establecen que el plazo para la prescripción inicia a partir del momento en que se haya finalizado de cometer el hecho o la omisión de una obligación, habiéndose establecido el plazo previsto en el art. 112 para todos aquellos procedimientos durante el primer año de vigencia de la ley, lo cual se cumplió el 2 de agosto de 2012. En vista de haberse iniciado el presente procedimiento el 28 de mayo de 2013, bajo la LSRSF, resulta aplicable el plazo de prescripción que prevé el art. 69 de esa ley.



Sobre las infracciones sancionadas.

El Superintendente señala que en la resolución final se expresó sobre la disposición Décima inciso 1° del Instructivo UIF, que según el organigrama presentado, el Oficial de Cumplimiento depende de un Gerente de Cumplimiento, por lo cual no existe una total independencia para la toma de decisiones a la cual se refiere dicha disposición.

En cuanto a la disposición Décima Primera del Instructivo UIF, manifestó que al revisar el "Formato Global Descripción de puesto para el Oficial de Cumplimiento AML Banco e IFB", se verificó que al Oficial de Cumplimiento no le han sido asignadas todas las competencias a que se refiere tal disposición, quedando por fuera el de la descripción del puesto, las facultades contenidas en los numerales 8, 9 y 10 como se evidenció en la resolución apelada.

En lo relativo a la infracción del art. 3 del Reglamento de la Ley Contra Lavado de Dinero y de Activos, el Superintendente señala que el argumento de la apelante se refiere al reporte de operación de la Universidad Pedagógica de El Salvador, y que ésta concluye que por ser una operación múltiple se encuentra dentro de la excepción que establece dicha disposición legal.

Al respecto, el Superintendente manifiesta que al revisar el formulario F-UIF01 agregado a fs. 111 del expediente de la transacción de la Universidad Pedagógica y los comprobantes de depósito en cuenta corriente de las transacciones múltiples remitidos por el Banco, se puede determinar que la operación múltiple se comprobó el 17 de junio de 2010, comenzando a contar el plazo de tres días hábiles para comunicar dicha operación el 18 de junio de 2010, venciendo el plazo el 22 de junio de 2010. Sin embargo, la operación fue notificada a la Unidad de Investigación Financiera hasta el 23 de junio de 2010; es decir un día hábil después, por lo que en efecto se incumplió con el plazo establecido en el art. 3 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

III. Por auto emitido a las once horas con quince minutos del doce de junio del presente año, este Comité solicitó al señor Superintendente remitiera los Estados Financieros auditados y anexos del área patrimonial en los que se identifiquen las reservas de capital al 31 de diciembre de los años 2007, 2008 y 2009 de la sociedad apelante, los

cuales envió mediante escrito de fecha 26 de junio del presente año y que corren agregados de fs. 78 a 189.

Con la agregación de dichos documentos se tiene por concluido el trámite del presente recurso de apelación, por lo que se procede a emitir la resolución final que corresponde.

IV. La resolución objeto del recurso es la pronunciada por el señor Superintendente del Sistema Financiero inicialmente relacionada.

El licenciado Henry Salvador Orellana Sánchez, apoderado general judicial de la sociedad BANCO DAVIVIENDA, S.A., antes BANCO HSBC SALVADOREÑO, S.A., impugnó dicha resolución únicamente en lo concerniente a las letras b), c), d), f), g) y letra i) de la misma. Es decir:

b) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la Disposición Décima del Capítulo VII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, en adelante "el Instructivo", sancionándolo con multa de cincuenta mil dólares (US\$ 50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio;

c) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la Disposición Décima Primera del Capítulo VII del Instructivo, sancionándolo con multa de cincuenta mil dólares (US\$ 50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio;

d) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción al art. 3 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, sancionándolo con multa de diez mil dólares (US\$ 10,000.00) que equivale al 0.004% de su patrimonio;

f) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra b) del apartado "Entrevista" de los Procedimientos de Apertura de Cuentas del Capítulo III del Instructivo, sancionándolo con multa de cincuenta mil dólares (US\$ 50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio;

g) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra c) del Capítulo III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del Instructivo, sancionándolo con multa de setenta y cinco mil dólares (US\$ 75,000.00) que equivale al 0.03% de su patrimonio;

i) Conceder a DAVIVIENDA el plazo de 15 días para modificar su "Normativa de Archivo de Expedientes de Cuentas Pasivas en Sucursales y adecuarlas a las disposiciones del Instructivo en cuanto a la presentación del Número de Identificación Tributaria y remitirlo a la superintendencia".

En atención a los límites en la impugnación establecidos por la apelante, el conocimiento se circunscribirá a los puntos expresamente controvertidos.

La apelante hace una descripción de los hechos que se resumen de la siguiente manera:

- Que el procedimiento administrativo sancionador fue instruido sobre la base del informe GR-RR 26/2011, que indica que las imputaciones atribuidas a la apelante fueron con base a inspección realizada el 14 de enero de 2011;

- Que en memorando N° IRG-021/2012 elaborado por la Intendente de Riesgos de la Superintendencia del Sistema Financiero, de fecha 26 de septiembre de 2012, se solicita el inicio de procedimiento sancionador sobre algunos incumplimientos, entre ellos:

- Primer incumplimiento: 10,980 operaciones sospechosas ocurridas en el año 2010;
- Tercer incumplimiento: 3 transacciones objeto de investigación que corresponden al 19 de octubre de 2010, 29 de septiembre de 2010 y 23 de junio de 2010.
- Sexto incumplimiento: acta de entrega del 3 de diciembre de 2010, que si bien no constituye el momento de la comisión, indica que ésta fue anterior a dicha fecha.

- Octavo incumplimiento, hace alusión a un informe de septiembre de 2009, que al igual que el anterior, indica que los hechos fueron anteriores a la fecha señalada.

El auto de inicio del procedimiento es de fecha 28 de mayo de 2013, bajo la referencia PAS-22/2013, en el cual el Superintendente del Sistema Financiero, al hacer relación sobre la posible infracción, cita en todos los casos la siguiente frase "(...) en los arts. 43 y 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (...)"

- Que mediante resolución final del 15 de abril de 2015, el señor Superintendente sancionó a Banco DAVIVIENDA tomando en consideración los arts. 43; 44 y 50 LSRSF.

Conclusión de la apelante:

- a) Los hechos investigados ocurrieron entre los años 2008 y 2010;
- b) La LSRSF entró en vigencia en agosto de 2011; y,
- c) El Superintendente juzgó y sancionó hechos de 2008 a 2010, con base en el art. 44 LSRSF que data de agosto de 2011.

En vista que la apelante ha estructurado y basado su recurso en dos pilares: siendo el primero relativo a la aplicación de la ley en el tiempo, pues sostiene que debido a que los hechos acaecieron antes de agosto de 2011, a su criterio, es aplicable la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero -ya derogada- por estar vigente en esos momentos y no la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, por ser posterior; y, el segundo, relativo a la no culpabilidad respecto de ciertas conductas atribuidas, pues estima que no ha infringido la normativa aplicada y en consecuencia, no es merecedora de las multas impuestas.

En atención a lo expuesto y en aplicación del principio de eventualidad, este Comité valorará y resolverá el primero de los puntos y los argumentos que lo fundamentan y sólo si este fuese desestimado, entrará a conocer el segundo.

A. APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO. LA PRESCRIPCIÓN



Respecto a la aplicación de la ley en el tiempo, la apelante expresa su inconformidad en los siguientes términos:

- Que al momento de la comisión de los hechos no estaba vigente la LSRSF, sino la LOSSF;
- Que esta última ley no regulaba la prescripción;
- En consecuencia, debió aplicarse supletoriamente la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (en adelante, LPIAMA), que establece en el art. 21 letra c) el plazo de prescripción de dos años para multas superiores a cinco mil colones (C\$5,000.ºº);
- Debido a que el procedimiento sancionador inició dos años y cinco meses después del último hecho atribuido, la facultad sancionadora de la Administración Pública había prescrito;
- Que las leyes son irretroactivas conforme los arts. 15 y 21 de la Constitución, por lo cual ~~insiste~~ la LSRSF no es aplicable respecto a hechos anteriores como los sancionados;
- Que la aplicación del art. 44 LSRSF le resulta desfavorable, pues toma como parámetro hasta el 2% sobre el patrimonio de su representada y no hasta del 2% por ciento sobre el capital y reservas de capital como lo regulaba la LOSSF en el art. 37;
- Que se tomó como base el patrimonio al 31 de diciembre de 2010 que era inexistente al momento de la comisión de los hechos atribuidos y por los que fue sancionada la apelante;
- Que el art. 44 LSRSF es una norma penal en blanco que se llena de contenido a partir de las disposiciones de los cuerpos normativos citados; consecuentemente, estos últimos conllevan infracciones administrativas autónomas;
- Que el Superintendente violó la seguridad jurídica al irrespetar la prescripción de la potestad sancionadora de la Administración Pública; y,

- Que el Superintendente reconoció con anterioridad la prescripción como manifestación de la seguridad jurídica; sin embargo, rechazó y cambió de criterio no motivado en la resolución apelada.

Detallados y resumidos los argumentos enunciados, se abordarán, no necesariamente en el orden en que se han expuesto, para concluir lo que el Comité considere ajustado a Derecho.

Sobre la prescripción en el presente caso.

En primer lugar, resulta inobjetable que al momento de la comisión de los hechos por los que fue sancionada la apelante, se encontraba vigente la LOSSF, la cual como ésta lo manifiesta no regulaba la figura de la prescripción, por lo que a su criterio debía operar supletoriamente la LPIAMA, norma que sí la contiene de una manera general, para el caso el art. 21 letra c).

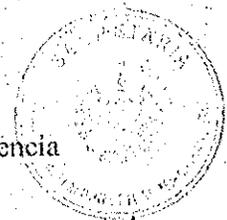
En cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, tenemos, por una parte, a la LOSSF, vigente al momento de la comisión de los hechos por los que se ha sancionado a la apelante; y, por otra parte, la LRSF, vigente al momento del inicio del procedimiento sancionador. Para pronunciarse sobre este punto trascendental, este Comité estima a bien considerar la jurisprudencia sobre todo de índole constitucional y la relativa al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado.

La Sala de lo Constitucional, al conocer en proceso de habeas corpus con referencia 118-2008, dictó sentencia definitiva a las trece horas con cuarenta minutos del 15 de julio de 2010.

En el referido proceso se cuestionaba la constitucionalidad de actuaciones judiciales en materia penal, pues la solicitante argumentó hechos tales como:

- Que el hecho delictivo por el cual fue condenado el imputado se planeó, ejecutó y consumó en la Semana Santa de 1998;

- Que en esa época se encontraba vigente el Código Procesal Penal que regulaba la prescripción en el art. 125;



- El Código Procesal Penal conforme el cual fue procesado entró en vigencia el 20 de marzo de 1998;

- La orden de captura se dictó el 11 de diciembre de 1998 y se hizo efectiva el 24 de marzo de 2007; y,

- El imputado fue condenado a pena de prisión el 8 junio de 2007 conforme el nuevo Código Procesal Penal.

Así, respecto a las diversas resoluciones judiciales la solicitante sostiene que son ilegales porque *"...dicho juicio (...) se efectuó bajo las reglas del código procesal penal que entró en vigencia en mil novecientos noventa y ocho (...) cuando este debió haber sido juzgado por el código procesal penal anterior (...)"* (vigente al momento de cometerse el hecho punible).

Y agrega que *"(...) ha prescrito la acción penal a favor del beneficiado". Circunstancia que la peticionaria argumenta de la forma siguiente: "(...) bajo el principio de retroactividad de la ley penal y procesal penal, no haberse juzgado a mi esposo conforme a derecho [por haber sido procesado y capturado en aplicación del Código Procesal Penal vigente y por el Tribunal de Sentencia de Usulután] hace prescribir las acciones en contra de éste [por haber transcurrido más de diez años desde que el hecho delictivo fue cometido, de conformidad con el artículo 125 inciso 2º del Código Procesal Penal derogado]"*.

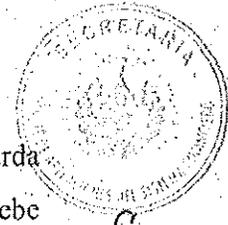
A partir de lo anterior, en la citada sentencia se establece: *"En esos términos, esta Sala advierte que la prescripción para el delito de secuestro de acuerdo con el artículo 125 inciso 2º del Código Penal (sic) derogado –cuya aplicación requiere la solicitante– era de diez años, al señalar: "[...] La acción penal prescribirá, salvo que la ley disponga otra cosa: [...] 2º A los diez años, en los delitos sancionados con pena de prisión cuyo máximo sea superior a quince años [...]". Sin embargo, tal disposición fue derogada mediante el Decreto Legislativo No. 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo 335, de fecha 10 de junio de 1997, que entró en vigencia el día veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho"*.

Se concluye en la citada sentencia, que en el caso concreto, *“el inicio del proceso penal y el supuesto de hecho previsto por la ley (el cumplimiento de un plazo sin ejercer la acción penal) no acontecen durante la vigencia de la disposición cuya aplicación se disputa (artículo 125 inciso 2º del Código Penal derogado), ni estuvo próximo su acaecimiento; porque, por un lado, el señor José Carlos Turcios durante la vigencia del Código Penal derogado poseía únicamente la remota y mera expectativa de ocurrencia del supuesto de hecho –cumplimiento del plazo legal– para que prescribiera a su favor la acción penal respectiva (...)”*

Asimismo, en la referida sentencia también se sostiene que *“(...) por otro [lado], el proceso penal contra el beneficiado inició aproximadamente siete meses después de la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal, en cuyo cuerpo normativo se regula la figura de la prescripción de la acción penal, la cual a la luz del principio de legalidad constituye desde su entrada en vigencia la ley adjetiva previa al supuesto de hecho de la prescripción aludida”*.

La Sala de lo Constitucional aclara que, por lo acotado, es impropio sostener que retroactivamente deba aplicarse una disposición o precepto normativo que ha sido derogado antes de verificarse o esté próximo a acontecer el supuesto de hecho contemplado por la ley –cumplimiento del plazo legalmente estipulado– para tener por prescrita la acción penal, solo por suponer que es más favorable al imputado; pues ello significaría que tal disposición o precepto extienda su vigencia hacia el futuro y no al pasado.

En el caso citado, la Sala de lo Constitucional concluye que *“no ha existido violación constitucional al derecho de libertad personal del señor José Carlos Turcios, porque el artículo 125 N° 2 del Código Penal (sic) derogado, por un lado, no es aplicable como ley más favorable al referido señor, pues el beneficiado no se encuentra en una situación jurídica protegible constitucionalmente respecto de dicho artículo, ya que durante su vigencia no se ubicó en el supuesto de hecho contemplado por la norma, ni estuvo próximo a ello; y, por otro, porque dicha disposición al momento de alegar la prescripción de la acción penal respectiva ya había sido derogada, de manera que no constituía la ley vigente susceptible de ser empleada para declarar la misma.”*



Como puede observarse, el caso conocido por la Sala de lo Constitucional guarda muchas similitudes con el que conoce este Comité, pues la apelante considera que debe aplicarse la LOSSF por ser la norma vigente al momento de la comisión de los hechos sancionados y de allí aplicar supletoriamente la LPIAMA para declarar la prescripción; sin embargo, es de destacar que el procedimiento sancionador iniciado por la SSF se realizó más de dos años después de la comisión de las faltas atribuidas a la recurrente y bajo las reglas de la LSRSF.

En atención a lo resuelto por la Sala de lo Constitucional, en el presente caso la petición de Banco Davivienda, S.A. resulta más compleja, en razón a que la LOSSF no regulaba la prescripción, y esa deficiencia o vacío no implica la aplicación indefectible de la LPIAMA como se ha insistido en el presente recurso.

Tal como consta, el procedimiento sancionador inició el 28 de mayo de 2013 y fue notificado el 11 de junio de ese mismo año, período en el cual se encontraba vigente la LSRSF, que en lo pertinente establece:

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 que se haya terminado de cometer el hecho o de ocurrir la omisión, sujeta a sanción.

Exclusión Expresa

Art. 108.- Por su carácter supletorio, no serán aplicables a los procedimientos establecidos en la presente Ley las disposiciones de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos contenida en el Decreto Legislativo N° 457 del 1 de marzo de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 70, Tomo 30, del 21 de marzo de 1990”.

“Vigencia de Procedimientos y Recursos

Art. 118.- Los procedimientos y recursos administrativos que estuvieren pendientes a la entrada en vigencia de la presente Ley se continuarán tramitando de conformidad a la

ley con que fueron iniciados y por las autoridades reguladas por ésta con las competencias que la misma les atribuye (...)"

"Art. 121.- Deróganse las siguientes disposiciones:

a) La Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, contenida en el Decreto Legislativo N° 628 del 22 de noviembre de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 278 Tomo 309, del 10 de diciembre de 1990 y sus reformas (...)"

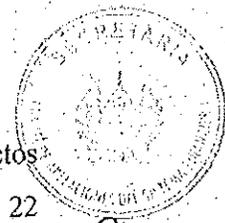
Como se reitera, el procedimiento sancionador contra la apelante se inició en agosto de 2013, es decir aproximadamente dos años después de haber entrado en vigencia la LRSF; la cual, en los arts. 69 y 112 regula la figura de la prescripción; y, que a la luz del principio de legalidad, constituye la ley procesal aplicable desde su entrada en vigencia.

Dentro de ese marco, resulta infundado el argumento de aplicar una norma expresamente derogada, para el caso la LOSSF, la cual entre otros, no regulaba la prescripción, ni disponía que se supliera con la LPIAMA como ha reiterado la apelante, para tener por prescrita la facultad sancionadora por parte del señor Superintendente, solamente por suponer que es más favorable a Banco Davivienda, S.A., pues ello implicaría una aplicación ultractiva de la ley derogada no prevista por la ley vigente.

En consecuencia, resulta carente de fundamento constitucional y legal la tesis propuesta por la apelante de aplicar la LOSSF y LPIAMA para declarar la prescripción, en razón a que dichas normas no son aplicables como ley más favorable, ya que la primera normativa al momento de alegar la prescripción de la facultad sancionadora había sido derogada, de modo que no constituye ley vigente susceptible de ser empleada menos aún para invocar la LPIAMA para declarar la prescripción.

Si bien con lo expuesto podría resultar inoficioso, por redundante, pronunciarse respecto la no aplicabilidad de la LPIAMA al caso debatido, este Comité, para efecto de robustecer aún más la presente resolución final a través de la motivación, pasa a enunciar las siguientes consideraciones:

1. La LPIAMA está contenida en el D.L. N° 457 del 1 de marzo de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 70, Tomo 306 del 21 de marzo de 1990, la cual establece la



supletoriedad de la misma cuando una norma no haya contemplado algunos aspectos procedimentales. Mientras que la extinta LOSSF estaba contenida en el D.L. N° 628 del 22 de noviembre de 1990, publicado en el Diario Oficial N° 278, Tomo 309 del 10 de diciembre de 1990, es decir, fue promulgada, sancionada y publicada con posterioridad a la LPIAMA y la LOSSF no previó la aplicación supletoria de aquella.

2. Un aspecto importante a resaltar en el presente examen –en apelación– de la sanción impuesta a una institución de intermediación financiera, en este caso un Banco, es que se le atribuyen infracciones cometidas a normativas que regulan una correcta actuación de tales entes a fin de prevenir y corregir actividades que puedan derivar en lavado de dinero y activos.

3. Otro punto esencial a considerar es que la Constitución, en el Título V bajo el apartado ORDEN ECONÓMICO, consagra en el art. 111 parte final del inciso 1° que *“El régimen monetario, bancario y crediticio será regulado por la ley.”*

Es así que encontramos al régimen bancario enunciado en la norma suprema, por considerar el constituyente que la actividad comprendida dentro de éste es de suma sensibilidad e importancia para la población, por dedicarse, entre otros, a la captación de dinero del público, el cual debe estar suficientemente garantizado para la libre e inmediata disponibilidad de los usuarios de dicho servicio; por tales motivos se justifica la intervención del Estado a través de sus facultades regulatorias.

Además, por dedicarse los bancos a realizar labores de intermediación financiera, deben tomarse las medidas de seguridad necesarias para evitar que éstos manejen activos provenientes de hechos delictivos o de dudosa procedencia. Dentro de ese marco, las instituciones de intermediación financiera que incumplan con la normativa que regule el combate al lavado de dinero y activos serán sancionadas, como es el caso que se conoce en apelación.

Del mismo tenor contenido en dicha normativa, se denota que el bien protegido en la misma requiere del cumplimiento estricto de una serie de obligaciones de parte de los bancos en particular y así velar por la sanidad en el sistema bancario por formar parte del orden económico, evitando la incidencia perniciosa a través de influjos de recursos

generados al margen del sistema regular; ya que las redes de lavado y las organizaciones que las operan pueden afectar negativamente los mercados, las estructuras financieras, económicas, etc. En consecuencia, el régimen sancionador no puede suplirse con la aplicación de cualquier normativa; por el contrario, tiene que ser con una norma que guarde similar trascendencia, la cual, lógicamente, no se identifica con la LPIAMA.

En ese orden de ideas, el hecho que el Superintendente no haya aplicado la LPIAMA al caso debatido, no implica per se, una violación a la seguridad jurídica al no reconocer la prescripción de la potestad sancionadora de la Administración Pública contenida en la referida norma, específicamente en cuanto al art. 21 letra c) de la LPIAMA.

De ahí que, con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, este Comité rechaza ese argumento y, por tanto, estima improcedente la aplicación de la LOSSF y supletoriamente la LPIAMA para efectos de considerar la prescripción.

En cuanto al planteamiento de la recurrente que el Superintendente reconoció con anterioridad la prescripción como manifestación de la seguridad jurídica, no obstante rechazó y cambió de criterio sin motivar la resolución apelada; debe destacarse que, como cita la apelante, el mencionado funcionario reconoció la inexistencia de la figura de la prescripción en la derogada Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, y que a criterio de la misma recurrente, el Superintendente *"...intentó suplir el vacío de la LOSSF aplicando el artículo 74 de la Ley de Bancos. Dicha solución aunque errónea, porque dicho artículo ha sido declarado inconstitucional, denotó la intención de ese Superintendente de cumplir con el artículo 235 de la Constitución (...). Por ello, resulta paradójico que en la resolución que ahora apelo el SSF diga lo contrario: que la prescripción debe estar regulada en la Ley para poder declararla (...)"*.

Sobre este punto, este Comité aclara que si bien la apelante se ha referido al precedente intentado por el Superintendente de llenar el vacío con la aplicación del art. 74 de la Ley de Bancos, tal afirmación no consta en el presente expediente, y sobre la misma, el Superintendente ha señalado que es inexistente.

No obstante lo anterior, las mismas circunstancias que expresa la apelante, como es el principio *stare decisis*, legitiman al Superintendente al cambio de criterio o precedente,



cuando existe una motivación válida como la que expresa la recurrente: que dicho art. 74 de la Ley de Bancos fue declarado inconstitucional.

Sumado a lo anterior y como antes se ha expuesto, la eventual aplicación de la LOSSF, no necesariamente traería consigo la consideración ineluctable de la prescripción conforme lo dispuesto en la LPIAMA.

Sobre el artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

En cuanto a la afirmación que el art. 44 LSRSF es una norma penal en blanco que se llena de contenido con otros cuerpos normativos, este Comité no comparte dicho argumento, pues se trata de una técnica normativa que se auxilia de la integración y remisión a leyes claramente individualizadas debido a la naturaleza abigarrada y profusión de normas, cuya vigilancia y cumplimiento corresponde al Superintendente.

A guisa demostrativa, se transcribe parte del mencionado art. 44 LSRSF, el cual en el inciso primero establece el rango máximo de multa para los infractores de las leyes que a continuación se detallan en la letra a); posteriormente en la letra b) se establece como sancionable la inobservancia de normas infralegales que desarrollen obligaciones contenidas en las leyes relacionadas en la letra a) del mismo artículo.

“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:

a) Obligaciones contenidas en esta Ley y en las siguientes que les sean aplicables:(...) Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (...) o a otras leyes [a parte de las que se mencionan en la letra a)] que por contener obligaciones de carácter financiero, resulten aplicables a los sujetos supervisados;

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

En el caso de autos, las conductas sancionadas por la Superintendencia fueron cometidas cuando se encontraba vigente la LOSSF; dicha normativa contiene lo que el autor Alejandro Nieto denomina como tipificación remisiva expresa, que opera en aquellos casos en que *"El tipo, en consecuencia, no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción."* (Nieto. A., Derecho Administrativo Sancionador, Quinta Edición, P. 277).

Como podrá observarse de las disposiciones transcritas, la LSRSF considerará sancionables las contravenciones a las obligaciones de las leyes detalladas en la letra a) del art. 44, así también las que infrinjan disposiciones contenidas en normas infralegales que desarrollen obligaciones contenidas en las leyes citadas.

El primero de los casos no presenta ningún inconveniente, ni resulta relevante para el caso debatido, ya que estamos en el ámbito de leyes secundarias. En cambio el segundo de los supuestos, en la letra b) del precitado art. 44, se evidencia una remisión a normas de rango inferior a la ley.

Es preciso enfatizar que el legislador ha establecido límites a considerar al momento de imponer sanciones; en el presente caso la violación de disposiciones contenidas en instructivos que desarrollen obligaciones establecidas en alguna de las leyes señaladas en la letra a) del mencionado artículo.

De esta manera no puede estimarse una remisión en blanco, sino, la contravención a una obligación contenida en una ley y que ha sido desarrollada por un instructivo. En ese sentido, no basta entonces, una simple transgresión al instructivo para considerarla sancionable, sino que la disposición violentada de éste contenga el desarrollo de una obligación de rango legal.

Sobre este tema, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha declarado que: *"Aunque la doctrina de común acuerdo advierte la dificultad de caracterizar de manera unitaria el principio en mención --por su diversidad y heterogeneidad--, es posible determinar que la principal característica de éste es la prohibición de regular por medio distinto a la ley formal materias relativas a la afectación y limitación de derechos de los*

administrados. De ahí que, por regla general, la potestad sancionadora de la Administración no puede realizarse por medio de un reglamento (...)"



No obstante lo expuesto, la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las disposiciones legales contengan remisiones a normas reglamentarias, siempre que tales remisiones posibiliten una regulación independiente y claramente subordinada a la ley (...). Lo último significa que la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora resulta válida cuando, en la ley que sirve de cobertura a un reglamento, quedan suficientemente definidos los límites del ejercicio de la facultad sancionadora (supuestos de la infracción administrativa, sujetos a quienes se dirige el régimen sancionador, clases de sanciones, criterios para su imposición, autoridades encargadas de imponer la sanción, procedimientos sancionadores)" (sentencia de las once horas veintisiete minutos del doce de julio de dos mil trece, ref. 286-2007).

Como puede apreciarse, en materia sancionadora administrativa tiene aplicación preferente el principio de reserva de ley; sin embargo, no se descarta la posibilidad de colaboración de una norma de rango inferior que facilite la aplicación de aquella en la que se hayan establecido principios rectores como los detallados a guisa de ejemplo en la parte final del párrafo precedente .

Sobre la ley aplicable a las infracciones sancionadas.

Por otra parte, la recurrente adversa la aplicación de la LSRSF por manifestar que dicha norma era inexistente al momento de la comisión de los hechos atribuidos y por los cuales se le sanciona; que los mismos se debieron conocer conforme la LOSSF, ya que se vulnera el art. 21Cn. pues las leyes son de carácter irretroactivo en consecuencia rigen hacia el futuro.

Dicho en otros términos, a juicio de la apelante, el art. 44 LSRSF resulta inaplicable al caso de estudio.

Sobre el anterior planteamiento, en anteriores acápites se ha expuesto que el precitado art. 44 LSRSF, establece como sancionables las omisiones o incumplimientos a las leyes descritas en la letra a) así como disposiciones infralegales que desarrollen tales

normas. Por su parte, la LOSSF en el apartado "INFRACCIONES Y SANCIONES" establecía en el art. 37. *"Las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia que incurran en infracciones a las Leyes, Reglamentos, Estatutos y demás normas que las rijan o les sean aplicables o en el incumplimiento de las instrucciones u órdenes que les imparta aquella dentro de sus facultades legales, estarán sujetas a la imposición de multas hasta del dos por ciento sobre el capital y reservas de capital sin perjuicio de las sanciones establecidas específicamente en otros cuerpos legales o reglamentarios."*

Como se aprecia, la aplicación de la LSRSF, -que es una norma procesal para efecto de tramitación de imposición de sanciones-, no resulta perniciosa en la esfera jurídica de la apelante, ya que dicha ley como la LOSSF, utilizan la misma técnica normativa -a la que se ha hecho mención- de integración y remisión a otros cuerpos legales de naturaleza sustantiva; en consecuencia, la única diferencia estriba en el enunciado de la ley; pero que, el tratamiento con cualquiera de las normas es idéntico. Por tanto se desestima el argumento de la apelante con el cual sustenta la violación al art. 21 Cn.

Estados Financieros y la aplicación de la ley más favorable para efectos de aplicar la sanción.

En los planteamientos expuestos por la apelante, considera que existe transgresión a los arts. 15 y 21 de la Constitución, los cuales establecen:

"Art. 15.- Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley."

"Art. 21.- Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente..."

La primera disposición regula la irretroactividad de las leyes, las cuales tienen efecto ex nunc, es decir que operan hacia el futuro apenas concluida la vacatio legis. En relación a tal afirmación encontramos el art. 140 Cn., que dispone:

"Art. 140.- Ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación. Para que una ley de carácter permanente sea obligatoria deberán transcurrir, por lo



menos, ocho días después de su publicación. Este plazo podrá ampliarse, pero no restringirse”.

La segunda disposición, en cambio, regula una excepción a la anterior, pues permite que en determinados casos la ley opere hacia el pasado, es decir antes de formar parte del ordenamiento jurídico teniendo efecto *ex tunc*, solamente cuando la nueva ley sea más favorable –en materia sancionadora- al administrado infractor o cuando se trate de normas calificadas como de orden público.

El principio de legalidad “tiene un alcance material y absoluto, que se refiere a la imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes”. En este sentido, el referido principio obliga al Órgano Legislativo a que dote de rango legal las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones, y la obligación a la Administración Pública de abstenerse de sancionar aquellas conductas que carezcan de las exigencias necesarias para considerarse como ilícitos administrativos.

En esa línea, solo pueden ser sancionadas aquellas conductas que al momento de su comisión sean consideradas como infracciones administrativas y cuenten con una sanción determinada legalmente, es decir aspectos sustantivos que determinen la conducta típica y la consecuencia a infligir al infractor.

En este caso, el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera establece las obligaciones correspondientes a los entes supervisados y el art. 37 de la LOSSF es la norma que advierte que el incumplimiento de la primera es constitutivo de infracción administrativa y determina el rango de la sanción.

De esta manera, una correcta tipificación de la infracción conllevaría a fundamentar la sanción en las normativas citadas; por lo tanto, el parámetro que la SSF tenía que valorar para imponer la sanción era el 2% del capital más reserva según lo dispuesto en la LOSSF y no con base en la LSRSF que dispone hasta el 2% del patrimonio, por ser la sanción un aspecto sustantivo y ser esta norma más gravosa que la anterior.

Este Comité ha tenido a la vista los estados financieros auditados que presentó el Banco, de donde se establece que el Capital y Reservas de Capital que dicho banco poseía al 31 de diciembre de 2009, sumaban US\$205,357,800.00, mientras que, según los estados financieros consolidados al 31 de diciembre de 2010, el patrimonio del ahora Banco DAVIVIENDA SALVADOREÑO, S.A. ascendió a US\$240, 880,957.07.

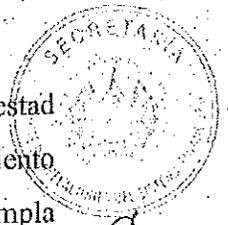
En razón de lo anterior y con base en el art. 37 de la LOSSF, la cual se encontraba vigente al momento de la comisión de las infracciones, procede en esta instancia modificar el monto de las multas impuestas en aquellas sanciones que sean ratificadas en la resolución definitiva, tomando como fundamento los parámetros regulados en el precitado art. 37 LOSSF.

En cuanto al hecho que el Superintendente utilizó el estado financiero al 31 de diciembre de 2010 como parámetro para establecer los montos de las multas impuestas por hechos acaecidos que van de 2008 a 2010, cuando tal dato era inexistente al momento de la comisión de las infracciones atribuidas, este Comité comparte la inconformidad expresada por la apelante, ya que para la cuantificación de la multa se debe partir de datos ciertos y de conocimiento, en este caso de los presuntos infractores. Es así que, dependiendo de la fecha de comisión de la falta atribuida, se deberán tomar en cuenta los estados financieros debidamente auditados del año próximo anterior para considerarlo como medida-base de cálculo para la cuantificación de la multa, es decir a guisa de ejemplo, para las faltas a sancionar verificadas en 2010 se deberá utilizar el estado financiero de 2009 y así sucesivamente.

En razón de lo anterior, las multas que eventualmente sean confirmadas se calcularán atendiendo las anteriores consideraciones.

Conclusión preliminar

A partir de las acotaciones que anteceden, es posible concluir, en primer lugar, que la norma aplicable para determinar la prescripción del procedimiento sancionador PAS-22/2013, iniciado el 28 de mayo de 2013, es la LSRSF (que entró en vigencia en agosto de 2011) y no la derogada LOSSF, en armonía y con respaldo en lo resuelto por la Sala de lo Constitucional en la sentencia del proceso de hábeas corpus 118-2008.



Y es que, en el presente caso, la supuesta prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora de la SSF ha sido planteada para dejar sin efecto el procedimiento administrativo sancionador iniciado durante la vigencia de la LSRSF, misma que contempla un plazo de diez años para la procedencia de tal figura. Asimismo, se ha sustentado que esta decisión no afecta la seguridad jurídica de la recurrente (como ocurriría en el caso de haberse consumado materialmente el supuesto de la prescripción contemplado por la norma derogada, o bien si se hubiera estado muy próximo a su acaecimiento al entrar en vigencia la nueva), pues se ha explicado prolijamente que aún bajo la cobertura de la LOSSF no era viable alegar la prescripción a partir de la regulación contenida en la LPIAMA.

En otras palabras, para efectos de la prescripción, resulta impropio pretender la aplicación de un cuerpo legal -LOSSF- que ha sido derogado antes del inicio del procedimiento sancionador en examen y, más aún, que se sostenga que con base en dicha ley derogada deba realizarse una aplicación supletoria de una normativa de naturaleza distinta al caso (LPIAMA) para tener por prescrita la acción.

En segundo lugar, este Comité concluye que tanto la derogada LOSSF como la LSRSF utilizan la misma técnica normativa para tipificar las infracciones, al considerar como tales el incumplimiento de las obligaciones contenidas en leyes formales desarrolladas en los distintos cuerpos normativos infra-legales; dando, en ambos casos, el mismo tratamiento a las conductas ilícitas. Por esta razón, aun cuando las conductas y omisiones sancionadas por la SSF ocurrieron estando en vigencia la derogada LOSSF, la aplicación de la LSRSF para la tipificación de los mismos no ha significado un desmedro de los derechos de la apelante ni de los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración.

Finalmente, para la cuantificación de la multa, debe aplicarse la ley vigente al momento de la comisión de los hechos que, para el caso, es el art. 37 LOSSF, y no el art. 44 LSRSF. Además del criterio de temporalidad, en este aspecto sustantivo no es posible invocar la retroactividad de la norma vigente (LSRSF), pues la cuantificación de la multa a partir de ésta no es más favorable que al aplicar la LOSSF. Específicamente, la última establece, para el cálculo de la multa máxima, el parámetro del capital más reservas de capital, lo cual, para el caso en examen, da como resultado un monto considerablemente

menor respecto de lo regulado por la LSRSF, que establece el patrimonio. Por lo tanto, las sanciones que resulten confirmadas en el presente recurso, deberán ser cuantificadas teniendo a la base el referente contenido en la primera norma y no en la segunda.

B. EXAMEN DE RESPONSABILIDAD. INFRACCIONES ATRIBUIDAS.

B.1) Sobre el incumplimiento a la Disposición Décima del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera (en adelante, Instructivo UIF).

Partiendo de los lineamientos contenidos en la Disposición Décima, el Superintendente afirma que se ha verificado que el Oficial de Cumplimiento del Banco no es el responsable de adoptar todas las resoluciones sobre las materias que regula el Instructivo UIF y que carece de una total independencia para la toma de las decisiones contenidas en la Disposición en cuestión, por considerar que, según el Formato Global Descripción de puesto para el Oficial de Cumplimiento y el Organigrama incluido en el Formato Global Descripción de puesto, el Oficial de cumplimiento depende de un Gerente de Cumplimiento.

Sobre dicho señalamiento, la apelante expresa que *"Banco DAVIVIENDA no ha violado las disposiciones aludidas porque el Oficial de Cumplimiento siempre ha contado con las facultades exigidas por las mismas para el correcto ejercicio de sus funciones (...)"*; agrega, además, que el señalamiento se orienta específicamente a la semántica con la que se denomina a dicho funcionario, *"(...) cuando éste efectivamente tiene una posición idónea en la estructura administrativa conforme lo exigen los requisitos establecidos por la norma."*

Para sustentar sus planteamientos, la apelante presentó como prueba los documentos que constan del folio 98 al 103 en el expediente del procedimiento sancionatorio respectivo, los cuales se detallan así:

1. Formato Global Descripción de puesto para el Oficial de Cumplimiento AML Banco e IFB, elaborado el veintiocho de octubre de dos mil nueve (fs. 98 y 99)

2. Organigrama incluido en el Formato Global Descripción de puesto (fs. 100)

3. Descripción de Puesto para el Gerente de Cumplimiento/Oficial de Cumplimiento, elaborado el primero de febrero de dos mil trece (fs. 101, 102 y 103)

4. Organigrama incluido en la Descripción de Puesto para el Gerente de Cumplimiento/Oficial de Cumplimiento (fs. 103, vuelto).

A efecto de dar un pronunciamiento sobre este punto, se procede a analizar el contenido de la normativa para luego contrastarla con la prueba relacionada al caso.

El Instructivo UIF, en el Capítulo VIII, bajo el acápite "OFICIAL DE CUMPLIMIENTO", en la Disposición Decima inciso 1º literalmente establece:

"Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento, la cual estará presidida por un Oficial de Cumplimiento, aprobado por Junta Directiva cuya persona debe ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones. Además debe poseer entre otras habilidades, conocimiento sobre operaciones, aspectos jurídicos área de negocios y controles".

Al realizar una segregación de los elementos constitutivos de la disposición transcrita, a simple vista se identifican los siguientes aspectos aplicables a nivel institucional:

1. Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento
2. Presidida por un Oficial de Cumplimiento
3. Puesto aprobado por Junta Directiva
4. La persona designada deberá ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones.



5. La persona debe poseer, entre otras habilidades, conocimientos sobre: (a) Operaciones; (b) Aspectos jurídicos área de negocios; (c) Controles.

Al profundizar sobre el contenido de este lineamiento normativo e inferir sobre el espíritu de la norma en cada uno de los puntos extraídos resulta necesario identificar los aspectos de mayor relevancia de aplicación práctica para el presente análisis.

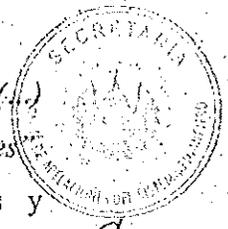
Como punto de partida, se advierte que el primer aspecto se encuentra orientado a la unidad en sí, es decir, a la creación de la Oficina de Cumplimiento como entidad organizativa dentro de la institución bancaria, independiente de otras unidades y con funciones específicas dirigidas a la prevención y detección del lavado de dinero. Dado que el presente análisis se circunscribe al desempeño y funcionamiento del Oficial de Cumplimiento, como persona natural, se omite hacer evaluación sobre la creación de la oficina como unidad organizativa.

A partir del segundo hasta el quinto requisito, dicha disposición legal se enfoca a definir de forma general las cualidades y aptitudes profesionales de la persona que ocupará el cargo; lo cual ha sido utilizado como base para establecer de manera pormenorizada las exigencias y especificaciones del perfil laboral en la descripción de puestos del Manual preparado por el banco para ese fin.

Luego de regularse la creación de la Oficina de Cumplimiento, en la disposición se especifica que esa oficina estará presidida por un Oficial de Cumplimiento; es decir, se refiere a la persona que ejercerá la función directriz en la oficina, asumiendo la responsabilidad de dirigir, administrar y controlar la ejecución de las funciones, internas y externas, formalmente asignadas.

En el tercer supuesto previsto en la norma en cuestión, se define el nivel jerárquico a través del cual se autorizará la creación del cargo de Oficial de Cumplimiento, y de manera puntual establece que será aprobado por Junta Directiva; situación que ofrece el suficiente rango de dependencia en el orden administrativo para garantizar el soporte técnico, apoyo administrativo y delegación de autoridad proveniente directamente de la administración superior de la Institución.

En el cuarto elemento en la disposición transcrita se especifica lo siguiente: "(...) *cuya persona debe ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones*". Precisamente en este punto, se observan dos elementos claramente definidos y estrechamente relacionados, sin que exista división entre ambos requisitos, sino una secuencia lógica y complementaria en su integración, como fundamento clave para su aplicación práctica, como a continuación se detalla:



En primer lugar se fija un punto de referencia para aludir al nivel organizacional en el cual se ubicará el perfil ejecutivo de la persona que ocupará el puesto de Oficial de Cumplimiento, al disponer como elemento introductorio ostentar cargo gerencial, para luego proceder a calificar la cualidad básica para el desarrollo del proceso operativo del cargo, al señalar que esa persona debe contar con la facultad para toma de decisiones.

Sobre este aspecto es importante identificar el objetivo específico previsto en la disposición que se analiza, concretamente la finalidad de requerir una persona que fungirá como Oficial de Cumplimiento. La facultad para la toma de decisiones es un requisito sine qua non que debe contener el perfil profesional para la ejecución de las funciones asignadas al puesto, con base en los requisitos establecidos legalmente, ya que se valora como una habilidad o aptitud inherente a un cargo de tipo gerencial como éste, más que a la definición de un nombre específico para el puesto en sí; tomándose en consideración que, como finalidad básica de esta normativa, debe prevalecer ante todo la capacidad de la persona para asumir las responsabilidades inherentes al cargo y, en particular, como queda plenamente establecido, la habilidad o facultad para la toma de decisiones.

Finalmente, en lo relativo a las habilidades y conocimientos profesionales, se exige que la persona "(...) *debe poseer entre otras habilidades, conocimiento sobre operaciones, aspectos jurídicos área de negocios y controles.*"

Lo anterior denota que dicha exigencia tiende a garantizar que la persona que ostente ese cargo, cuente con la experiencia suficiente en el ramo de operaciones financieras y afines, complementado lógicamente con una formación académica aplicable a las exigencias del puesto de Oficial de Cumplimiento; enfatizándose, a la vez, en el manejo

y el conocimiento operativo, así como la aplicación de elementos y reglas jurídicas en el sector de negocios y el uso práctico de controles.

Al trasladar las anteriores valoraciones al caso en estudio, se procede con base en las mismas a analizar la prueba aportada por la apelante.

Como se ha expuesto, el Banco ha presentado como prueba el formato global descripción de puesto, para justificar la aplicación de los lineamientos previstos en la Sección Décima del Instructivo UIF, el cual se ha tenido a la vista.

Al revisar dicho documento, resulta pertinente hacer una relación de las secciones y aspectos de mayor importancia que contiene, con el objeto de evaluar si su contenido incorpora los elementos esenciales y la finalidad de los requerimientos establecidos en la Disposición Decima del Instructivo UIF, tomando como base los cinco aspectos segregados del inciso 1º, y verificar si, en efecto, cada uno de ellos ha sido considerados en la descripción del puesto elaborado por el Banco.

1. Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento

El Banco ha constituido dicha oficina. Para su funcionamiento ha elaborado el formato global descripción de puesto para el Oficial de Cumplimiento.

Con base en lo anterior se considera que existe cumplimiento formal en este aspecto por parte del Banco.

2. Presidida por un Oficial de Cumplimiento

De acuerdo con el formato global descripción de puesto elaborado el 28 de octubre de 2009 por HSBC, el título del puesto es OFICIAL DE CUMPLIMIENTO AML BANCO E IFB, estableciéndose como propósito principal del mismo: *"Dar cumplimiento a la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, su Reglamento e Instructivo de la UIF, Ley Contra Actos Terroristas y políticas del grupo HSBC."*

De manera complementaria, en las Competencias de Liderazgo del formato global descripción de puesto (folio 99 vuelto) se describen las siguientes: Planificación, capacidad

para implementar controles de monitoreo, dirigir capacitaciones para empleados del Banco, implementar nuevas herramientas para prevenir el lavado de dinero en el Banco, etc.



Lo anterior denota el cumplimiento del segundo requerimiento de la disposición en comento, ya que, en primera instancia, se le ha denominado al cargo tal como la normativa exige: "Oficial de Cumplimiento"; observándose además, que la exigencia de "presidir", entendido como un término orientado a la acción de dirigir, administrar y disponer de los recursos asignados, se encuentra inmerso en las atribuciones y exigencias al puesto creado para ese fin.

3. Puesto aprobado por Junta Directiva

Según se aprecia en el organigrama de ubicación del Oficial de Cumplimiento (adjunto al formato global descripción de puesto), ha sido la Junta Directiva de la Institución la encargada de su aprobación; situación evidenciada en la conexión de línea punteada proveniente directamente de la Dirección Superior; en este caso, representada por la Junta Directiva y dirigida hacia la casilla del organigrama identificada con el nombre de Oficial de Cumplimiento. Por consiguiente, se cumple con este requisito que establece la norma.

4. La persona designada deberá ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones.

Del análisis detallado que contiene el formato global descripción de puesto, se identifican en el Propósito del Puesto, las facultades ejecutivas con que cuenta la persona encargada de esta labor, al describirse como punto de partida el hecho de dar cumplimiento a la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, su Reglamento e Instructivo de la UIF, Ley Contra Actos Terroristas, políticas del grupo HSBC, etc.

En este punto se observa que el propósito del puesto implica la adquisición de responsabilidades de alto riesgo institucional, equiparadas con facultades y atribuciones de un rango equivalente (tal como se detalla en apartados siguientes), para facilitar la toma de decisiones y la resolución oportuna de la problemática cotidiana inherente al puesto.

En cuanto a las Principales responsabilidades, actividades clave y áreas de toma de decisiones para el puesto, el Formato de Descripción determina, entre otras, las siguientes atribuciones:

- Preparar y ejecutar planes operativos anuales en el Banco y elaboración de informes sobre seguimiento de metas, velando por el cumplimiento de las mismas.
- Responder en el plazo previsto por la Ley, los requerimientos de la Unidad de Investigación Financiera (UIF) de la Fiscalía General de la República y la Superintendencia del Sistema Financiero.
- Evaluar y reportar casos de operaciones sospechosas a la Unidad de Investigación Financiera y Superintendencia del Sistema Financiero.
- Servir de enlace entre el Banco y las autoridades.

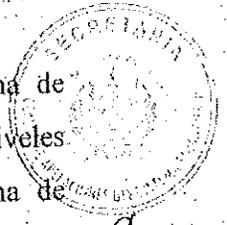
En lo relativo a las áreas de Liderazgo y trabajo en equipo, en la Descripción del puesto del Oficial de Cumplimiento se asignan las siguientes facultades:

- Elaborar y actualizar manuales, procedimientos y políticas para que sean aplicadas por empleados del Banco y prevenir el lavado de dinero y activos y financiamiento al terrorismo.
- Girar instrucciones a las Direcciones y Gerencias del Banco para que los empleados le den cumplimiento a los manuales, procedimientos y políticas para prevenir el lavado de dinero y activos y financiamiento al terrorismo.

Como elemento de suma importancia incluido en la Descripción del Puesto de Oficial de Cumplimiento, en el área de Competencias Fundamentales (folio 99 vuelto), es preciso mencionar que una de las atribuciones de mayor relevancia para el adecuado desarrollo y ejecución de las funciones asignadas en el formato global descripción de puesto, se define de la siguiente manera: "*Capacidad para tomar decisiones con independencia*".

Tal como se observa en la información detallada previamente, se puede concluir que se cumple con lo que exige la norma, es decir, el puesto de Oficial de Cumplimiento ha

rido ubicado a nivel de un cargo de tipo gerencial con facultades para la toma de decisiones, las cuales evidencian un amplio alcance, particularmente en los niveles siguientes: 1) En su rango de funcionamiento y dirección al presidir la Oficina de Cumplimiento; 2) Al girar instrucciones a las Direcciones y Gerencias del Banco para el cumplimiento normativo pertinente; y, 3) Como enlace con las autoridades y al momento de evaluar y remitir información de operaciones sospechosas a Instituciones externas tales como la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, Superintendencia del Sistema Financiero, etc.



5. La persona debe poseer, entre otras habilidades, conocimiento sobre: Operaciones, Aspectos jurídicos área de negocios, Controles.

Sobre este aspecto, en el formato global descripción de puesto aparece un apartado específico denominado Conocimientos y Experiencia/Calificaciones del puesto, en el que se puntualizan los requisitos mínimos para desarrollar el cargo; entre ellos los siguientes:

EDUCACION FORMAL REQUERIDA

- NIVEL DE ESTUDIO FORMAL: Universitario
- NÚMERO AÑOS DE ESTUDIO : Graduado
- ÁREAS DE CONOCIMIENTOS FORMALES: Contaduría, Administración, Derecho, Carrera afin.

CONOCIMIENTOS/DESTREZAS

- CONOCIMIENTOS INFORMATIVOS: Nivel estratégico, Procedimientos, Mercado/entorno, Productos y servicios, Personas y áreas, Leyes y regulaciones.

DIMENSIONES DE EXPERIENCIA

- TIEMPO DE EXPERIENCIA: Tres años, en áreas similares.
- ESPECIALIDAD DE LA EXPERIENCIA: Conocimientos teóricos y prácticos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, Reglamento e Instructivo de la UIF y la Ley Contra Actos de Terrorismo.

El desglose anterior permite comprobar que evidentemente el formato global descripción de puesto contiene los requerimientos básicos dispuestos en el Instructivo UIF, en lo relativo a las habilidades y conocimientos con los que debe contar la persona que se desempeña como Oficial de Cumplimiento.

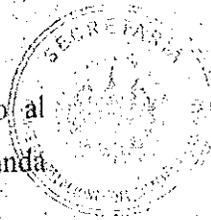
Conclusión sobre la presunta violación a la disposición "Décima" del Instructivo UIF.

Tal como se ha mostrado en los apartados anteriores, al profundizar en las responsabilidades del cargo, área de toma de decisiones y competencias fundamentales dispuestas en el formato global descripción de puesto elaborado por el Banco, el cargo de Oficial de Cumplimiento ha sido ubicado a nivel de tipo gerencial con facultades para la toma de decisiones, las cuales evidencian un amplio alcance en su rango decisivo, particularmente en los niveles siguientes:

- 1) Nivel Interno-Unidad Organizativa. En el rango de funcionamiento independiente de otras unidades operativas, al presidir el Oficial de Cumplimiento el desarrollo de las funciones de la Oficina de Cumplimiento en apego al propósito del Puesto;
- 2) Nivel Institucional. Gira instrucciones a las Direcciones y Gerencias del Banco para el cumplimiento normativo pertinente; y,
- 3) Nivel externo. Como enlace con las autoridades. Evalúa y remite información de operaciones sospechosas a Instituciones externas tales como la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, Superintendencia del Sistema Financiero, etc.

Del análisis realizado por este Comité a cada uno de los requisitos establecidos en el inciso 1° de la Disposición Decima del Instructivo UIF, en particular el aspecto identificado como "4) *La persona designada deberá ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones*", es posible concluir que la facultad para la toma de decisiones como requisito sine qua non que debe comprender el perfil profesional para la ejecución de las funciones asignadas al puesto, se valora como una habilidad o aptitud inherente a un cargo de tipo gerencial como éste, más que a la definición de un nombre específico para el puesto

en sí, es decir, el cargo se refiere a un nivel jerárquico determinado y el puesto al nombramiento en la escala organizativa, en el presente caso nombrado tal como lo demanda la normativa OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.



Tomándose en consideración que la finalidad básica de la normativa es, ante todo, que prevalezca la capacidad de la persona para asumir las responsabilidades inherentes al puesto y, en particular, la facultad para la toma de decisiones, la misma se encuentra inmersa en el área de Competencias Fundamentales de la Descripción del puesto; definiéndose como una de las características esenciales de la persona a cargo la "*capacidad para tomar decisiones con independencia*"; situación que resume en sí y de manera inequívoca, la aplicación específica de este importante requerimiento, en apego a lo dispuesto en el Instructivo UIF.

Habiendo establecido que los requisitos de carácter formal han sido cumplidos por la apclante, debe advertirse que en la resolución impugnada no se ha citado una actuación material derivada de la ubicación en el organigrama relativo al Oficial de Cumplimiento, en la que se evidencie que el mencionado funcionario no haya tenido una total independencia en alguna o varias decisiones adoptadas o que no tiene facultad para tomar "todas" las decisiones que le competen conforme al Instructivo, sin haberlas enunciado e individualizado debidamente. Es decir, toda la imputación se fundamenta en la mera ubicación del cargo en el organigrama sin aplicación práctica.

En razón de lo anterior, se concluye que el BANCO DAVIVIENDA, S.A. ha dado cumplimiento a los requerimientos comprendidos en el inciso 1º de la Disposición Décima del Instructivo UIF; por consiguiente, no procede la sanción impuesta por este motivo, debiéndose revocar la misma.

B.2) Incumplimiento a la Disposición Décima Primera del Instructivo UIF.

En la resolución impugnada se concluye que: "*(...) se verificó que no le han sido asignadas al Oficial de Cumplimiento todas las competencias a las que se refiere la disposición aludida como él lo afirma (Iic. Orellana), quedando por fuera de dicha descripción de puesto, las facultades contenidas en los numerales 8, 9 y 10 de la misma [Disposición Décima Primera]*".

La Disposición Décima Primera del Instructivo en mención, cuyo incumplimiento se atribuye a la apelante, en lo pertinente, establece:

"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: (...)

8.- Establecer comités o grupos de trabajo, que considere convenientes para el ejercicio de sus facultades, fijando su normativa en materia de integración, funcionamiento y facultades.

9.- Coordinar el ejercicio de las atribuciones que este Instructivo otorga a los funcionarios y empleados de la Institución, estableciendo prioridades y resolviendo las controversias que, en su caso, se lleguen a suscitar.

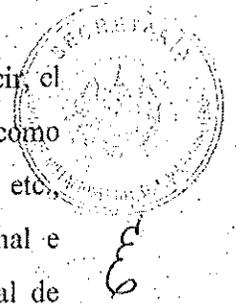
10.- En general, adoptar cualquier resolución en la materia objeto de este Instructivo y ser el enlace entre la Institución y la UIF (...)"

Sobre este punto, es importante enfatizar que el párrafo introductorio de la Disposición Décima Primera establece: *"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 (...)"*

De la lectura anterior se advierte que a, diferencia del inciso 1º de la Disposición Décima, en la cual predominan los atributos, capacidad personal y profesional del Oficial de Cumplimiento, en la disposición legal que se analiza sobresalen las características y peculiaridades requeridas para la integración de la Oficina de Cumplimiento, entendida como una unidad administrativa independiente de otras entidades operativas, con funcionalidad y desarrollo institucional apegado a las facultades establecidas en el Instructivo UIF.

Es importante resaltar que para la verificación del caso específico de la Disposición Décima (apartado anterior), por tratarse del establecimiento de requisitos orientados al cumplimiento de una persona natural en un puesto laboral determinado, existió la necesidad

de recurrir a la documentación que internamente maneja el Banco para este fin, es decir, el Formato Global de la Descripción del Puesto, como base para precisar aspectos tales como el Propósito del puesto, Liderazgo y trabajo en equipo, Competencias fundamentales, etc., características de tipo personal y profesional, que a nivel de control organizacional e institucional, se encuentran integradas en un documento global denominado Manual de Descripción de Puestos.



Este manual de descripción de puestos es una herramienta de utilidad en el área de Recursos Humanos, basado en la enumeración de las funciones y responsabilidades que conforman cada uno de los puestos laborales de la empresa, conteniendo un recuento de las habilidades, actitudes, aptitudes y experiencia que deberían tener las personas que lo ocupen; definido esto último como el perfil requerido del puesto.

Sin embargo, debe advertirse que entre el propósito contenido en la Disposición Décima inciso 1º y la finalidad de la Disposición Décima Primera del Instructivo UIF existe una marcada diferencia; en particular, al momento de precisar el sujeto sobre el cual se aplicarán las exigencias y formalidades que normativamente se establecen para cada uno de ellos, catalogados como dos entidades completamente diferentes, y para el caso, clasificadas de la manera siguiente:

1. Sujeto primario: Oficial de Cumplimiento – Disposición Décima, orientada a la Persona Natural que preside la Oficina de Cumplimiento.
2. Sujeto primario: Oficina de Cumplimiento – Disposición Décima Primera, orientada a la Unidad Organizativa como parte de la estructura orgánica y funcional dentro de la Institución.

En este orden de ideas, para el estudio evaluativo de las facultades asignadas institucionalmente para el funcionamiento de la Oficina de Cumplimiento, sería necesario el uso de los recursos e instrumentos administrativos que se encuentren acordes al nivel jerárquico de esta unidad operativa dentro de la organización formal del banco. Es decir, las funciones de la Oficina de Cumplimiento, en tanto entidad con funcionalidad y desarrollo independiente del resto de unidades integrantes de la Institución, están contenidas en un documento que registra y vincula las atribuciones con las funciones de las diferentes

unidades administrativas integrantes de la organización institucional, conocido para efectos metodológicos como Manual de Organización.

Este aspecto es de suma importancia, ya que permite diferenciar las pautas evaluativas y documentos aplicables a cada caso: para el Oficial de Cumplimiento, el Manual de Descripción de Puestos; y para la Oficina de Cumplimiento, el Manual de Organización; posibilitando además la utilización de las herramientas técnicas idóneas, de conformidad a los objetivos y funcionalidad estipulada para ambos, tanto a nivel normativo como institucional.

No obstante lo anterior, en la resolución objeto del recurso de apelación se señala que para establecer el incumplimiento a la Disposición Décima Primera del Instructivo UIF, se procedió a revisar el "Formato Global Descripción de Puesto para el Oficial de Cumplimiento AML Banco e IFB", remitido por el apoderado general judicial del Banco Davivienda, afirmándose en esa oportunidad que de acuerdo al documento consultado, no han sido asignadas al puesto del Oficial de Cumplimiento todas las competencias a las que se refiere la Disposición Décima Primera del Instructivo de la UIF.

Del análisis de la SSF, se observan dos aspectos relevantes:

1. Durante el proceso de análisis evaluativo, la Superintendencia ha tomado de base el documento administrativo "Formato Global Descripción de Puesto para el Oficial de Cumplimiento"; el cual ha sido elaborado por el banco para definir, de manera exclusiva, las características individuales y el perfil profesional de la persona que ocupa el puesto de Oficial de Cumplimiento.

2. Asimismo, en este procedimiento evaluativo, la Superintendencia ha comparado las atribuciones contenidas en la Descripción de Puesto para el Oficial de Cumplimiento, con la normativa contenida en la Disposición Décima Primera del Instructivo UIF; no obstante aclararse en el contenido de ésta que las diez facultades ahí detalladas deberán ser consideradas para la integración de la Oficina de Cumplimiento.

Al exponer los aspectos precedentes, este Comité de Apelaciones es de la opinión que para realizar un análisis congruente y con base a los requerimientos establecidos en la

Disposición Décima Primera del Instructivo UIF, debió tomarse en consideración los documentos administrativos que contuviesen las pautas y directrices idóneas; advirtiéndose, en el presente caso, que se ha realizado de manera indebida una relación comparativa entre las facultades asignadas a una unidad administrativa específica (Oficina de Cumplimiento), con las características y perfil profesional de una persona natural, contenidos en una Descripción del Puesto.

En definitiva, este Comité considera que no existe afinidad ni congruencia entre las atribuciones y facultades establecidas para una persona natural (Oficial de Cumplimiento) y una unidad administrativa determinada (Oficina de Cumplimiento), por lo que no es posible realizar un proceso comparativo para efectos de evaluación del cumplimiento de las obligaciones y facultades asignadas a través de la normativa pertinente y que deben encontrarse contenidas en la documentación de manejo y control interno de las instituciones evaluadas, para el caso, Banco Davivienda.

Así las cosas, no es posible sostener el incumplimiento de la disposición en estudio ni, por tanto, la ocurrencia de la infracción atribuida, situación que contraría los principios de tipicidad y responsabilidad. Por consiguiente, procede revocar la sanción impuesta.

B.3) Sobre el presunto incumplimiento al art. 3 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (RLCLDA).

Este comité ha constatado que, en efecto, el art. 3 del RLCLDA establece: *“El plazo de tres días hábiles estipulado en el Art. 9 de la Ley, para proporcionar la información ahí relacionada, se computará a partir del día siguiente en que compruebe que la operación o la transacción múltiple ha excedido el monto de quinientos mil colones o su equivalente en moneda extranjera.”*

Asimismo, el art. 3 inciso 2º del RLCLDA establece:

“Para los efectos de aplicación del inciso 1º del Art. 9 de la Ley, el plazo de un mes que en el mismo se señala, habrá de computarse como los anteriores treinta días continuos, es decir, contados a partir del momento en que se realizó la última transacción, entendiéndose que si en dos o más operaciones el monto de éstas exceden a los quinientos

mil colones o su equivalente en moneda extranjera; no obstante no haya transcurrido el plazo, las Instituciones estarán en la obligación de informar a la Unidad de Investigación Financiera, en adelante, UIF, al existir suficientes elementos de juicio para considerar que tales operaciones o transacciones son irregulares o sospechosas; o bien, cuando lo requiera la UIF."

También se ha constatado a través del expediente administrativo que las operaciones objeto de infracción fueron realizadas por montos en efectivo superiores al límite establecido por el RLCLDA, en su equivalente moneda extranjera, para el caso en dólares. Para lo cual se expone un cuadro que a continuación se ilustra:

No.	Nombre de Cliente	No. Envío	Monto de Operación (US\$)	Fecha de Operación	Fecha límite legal	Fecha de Reporte	Días Desfase
1	Caja de Ahorro y Ahorro de San Juan Opico (1)	BCO70E19102010I	70,000.00	13/10/2010	18/10/2010	19/10/2010	1
2	Universidad Francisco Gavidia (2)	BCO70E290920086I	100,000.00	12/09/2009	18/09/2008	29/09/2008	11
3	Universidad Pedagógica de El Salvador (3)	BCO70E23062010II	135,460.00	17/06/2010	22/06/2010	23/06/2010	1

(1) Retiro en efectivo, (2): Pago de Cheque en Efectivo y (3): Remesa en Efectivo.

Sobre el Número de envío BCO70E290920086I que realizó la Universidad Francisco Gavidia, a través de emisión de cheque por cien mil dólares (\$100,000.00), la SSF ha considerado: *"que son atendibles los argumentos del Banco, pues el incumplimiento del plazo se debió a la acción de un tercero, no pudiendo imputarse al Banco responsabilidad administrativa por las actuaciones del cliente en cuanto al error cometido en el formulario"*.

En cuanto a las otras dos operaciones registradas por el Banco e informadas a la FGR, con un día de desfase conforme las fechas límites legales que ordena el RLCLDA,

este Comité ha constatado que las pruebas presentadas por la apelante no son suficientes para desvirtuar las infracciones cometidas, por lo que se considera al Banco responsable de los incumplimientos imputados, razón suficiente para confirmar la multa impuesta, sin perjuicio de ser modificado el monto de la misma en atención a las argumentaciones expuestas en el apartado A supra relativas a la aplicación del art. 37 LOSSF, tomando como base los estados financieros del año 2009.



En ese sentido, respecto a la multa impuesta de diez mil dólares (\$10,000.00) que equivale al 0.004% del patrimonio de la apelante al 31 de diciembre de 2010, se tomará ese mismo porcentaje, teniendo a la base: a) Los estados financieros del año próximo anterior, o sea de 2009; y, b) el Capital más reservas de capital de ese mismo ejercicio fiscal.

Como derivado de las operaciones aritméticas realizadas, el monto de la multa es menor en aplicación del art. 37 LOSSF, resultando éste de ocho mil doscientos catorce dólares con treinta y un centavos (US\$ 8,214.31).

B.3) Sobre el resto de decisiones impugnadas.

Es preciso señalar que si bien Banco DAVIVIENDA, S.A. apeló de las letras b), c), d), f), g) y la letra i) de la resolución impugnada, resulta claro que en la letra c) del recurso que nomina "*Sobre la no comisión de las infracciones imputadas*", únicamente controvierte o llena de contenido su inconformidad respecto de las primeras tres multas; es decir, las relacionadas en las letras b), c) y d).

Sobre las restantes letras, la f) y g) que contienen sanciones económicas, no ejerció su derecho de contradicción o de réplica, omitiendo exponer la razón o motivos en que hiciera descansar su inconformidad, elemento imprescindible para que este Comité pudiera contrastar lo resuelto por el Superintendente y poder concluir si la actuación de éste último se encuentra o no bajo el amparo de la ley.

Cabe destacar que este Comité se encuentra impedido de suplir cuestiones de hecho. De hacerlo, estaría sustituyendo al administrado apelante, lo que resulta incompatible con la imparcialidad que esta autoridad está llamada a cumplir en el ejercicio de su facultad decisora.

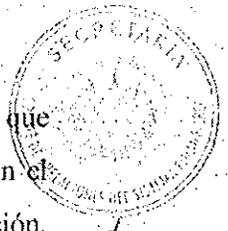
Ante la ausencia de argumentación por parte de la apelante, deberá desestimarse su petición de revocar las multas recurridas y descritas en las letras f) y g), relativas a: "f) *determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra b) del apartado "Entrevista" de los Procedimientos de Apertura de Cuentas del Capítulo III del Instructivo, sancionándolo con multa de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% de su patrimonio; y, g) Determinar que DAVIVIENDA cometió infracción a la letra c) del Capítulo III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del Instructivo, sancionándolo con multa de setenta y cinco mil dólares (US\$75,000.00) que equivale al 0.03% de su patrimonio...*", debiéndose, en consecuencia, confirmar las sanciones, sin perjuicio de ser modificados los montos de la mismas en atención a los argumentos relativos a la aplicación del art. 37 LOSSF para la cuantificación de las multas, tomando como base los estados financieros del año 2009.

En ese sentido, respecto de la multa impuesta de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02%, y la multa impuesta de setenta y cinco mil dólares (US\$75,000.00) que equivale al 0.03% del patrimonio de la apelante al 31 de diciembre de 2010, se tomarán esos mismos porcentajes, pero teniendo a la base: a) Los estados financieros del año próximo anterior, o sea de 2009; y, b) el Capital más reservas de capital de ese mismo ejercicio fiscal.

A partir de las operaciones aritméticas realizadas, los montos de las multas son menores, siendo éstos, en su respectivo orden, de cuarenta y un mil setenta y un dólares con cincuenta y seis centavos (US\$41,071.56) y de sesenta y un mil quinientos seis dólares con veinticuatro centavos (US\$ 61,506.24).

C) EXAMEN DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

Finalmente, en cuanto a la letra i) de la resolución impugnada, consistente en: "*i) CONCEDER el plazo de 15 días hábiles al Banco para modificar su "Normativa de Archivo de Expedientes de Cuentas Pasivas en Sucursales" y adecuarlas a las disposiciones del Instructivo UIF (...) en cuanto a la presentación del Número de Identificación Tributaria y remitirlo a la Superintendencia.*", este Comité hace la siguiente valoración conforme lo establecido en el art. 65 inciso 1º LSRSF.



La facultad conferida a este Comité se limita a conocer de resoluciones finales que el Superintendente o su delegado impongan sanciones, las cuales, de conformidad con el inciso 1° del art. 44 de la misma Ley, serán: amonestación escrita, multa, inhabilitación, suspensión, cancelación en el registro respectivo o revocatoria de la autorización que les haya otorgado.

La admisión de un recurso no causa estado; es decir, en cualquier momento del procedimiento la resolución correspondiente puede ser revisada y revocada por considerar y justificar que fue indebidamente admitido.

Al examinar nuevamente la admisión del recurso respecto a la letra i) de la resolución adversada, se considera que ésta fue admitida indebidamente, pues la orden contenida en esa letra no constituye ningún tipo de sanción de las enunciadas en el art. 44 inciso 1° LRSF. En consecuencia, de conformidad con el inciso 1° del art. 65 de la mencionada ley, procede declarar inadmisibile el recurso en cuanto a lo resuelto en la letra i) en la resolución impugnada.

Recapitulando el examen del presente caso: (i) se desestima la aplicación de la LOSSF, para efectos de declarar la prescripción en los términos de la LPIAMA, y se concluye que el procedimiento y la prescripción aplicable al presente caso es el contenido en la LRSF; (ii) se desestima que la aplicación del art. 44 LRSF, en relación a la tipificación de las infracciones, viole los arts. 15 y 21 de la Cn; en cambio, para efectos de establecer el monto de las multas que en esta resolución se confirman, se considera aplicable el art. 37 LOSSF, en base al criterio temporal y por resultar más favorable a la apelante; (iii) se concluye que no existe violación a la Disposición Décima inciso 1° ni a la Disposición Décima Primera, ambas del Instructivo UIF, por lo cual procede la revocación de las sanciones impuestas en las letras b) y c); (iv) se confirman las sanciones descritas en las letras d) f) y g) de la resolución impugnada, respecto a las cuales se modifica el monto de las multas impuestas; y, (v) se declara inadmisibile el recurso interpuesto contra la letra i) de la resolución impugnada.

POR TANTO: Con base en los razonamientos expuestos y en los arts. 44 inciso 1°, 65 inciso 1°, 66 y 67 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, 37 de

la extinta Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, 15, 21 y 86 inciso final de la Constitución de la República, este Comité **RESUELVE**:

1) Declárase inadmisibile el recurso de apelación respecto de la letra i) de la resolución pronunciada por el señor Superintendente del Sistema Financiero, a las catorce horas con treinta y un minutos del quince de abril de dos mil quince;

2) Declárase sin lugar la prescripción del procedimiento sancionador alegada por la apelante.

3) Modificase la resolución pronunciada por el señor Superintendente del Sistema Financiero, de las catorce horas con y treinta y un minutos del quince de abril del presente año, en los siguientes términos:

a) Revócase la sanción de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) por la atribución de la infracción del inciso 1° de la Disposición Décima del Capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera;

b) Revócase la sanción de cincuenta mil dólares (US\$ 50,000.00) respecto al presunto incumplimiento a la Disposición Décima Primera del Capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera;

c) Modificase el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción al art. 3 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos, en la suma de ocho mil doscientos catorce dólares con treinta y un centavos (US\$ 8,214.31);

d) Modificase el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción a la letra b) del apartado "Entrevista" de los Procedimientos de Apertura de Cuentas del Capítulo III del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, en la suma de cuarenta y un mil setenta y un dólares con cincuenta y seis centavos (US\$ 41,071.56);

c) Modifícase el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción a la letra c) del Capítulo III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, en la suma de sesenta y un mil quinientos seis dólares con veinticuatro centavos (US\$ 61,506.24).

Devuélvase oportunamente el expediente del procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-022/2013 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

Como consecuencia de la modificación del monto de las multas descritas en las letras c), d) y e), el Superintendente y la infractora deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 52 LRSRF.

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

Publíquese la presente resolución por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero en su sitio de internet, en el plazo que señala el art. 68 inciso último de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

Archívese el presente expediente de apelación.

NOTIFÍQUESE.

--- MIarios --- RMarlón--- JZ PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ QUE LA SUSCRIBEN.

--CEL--

VO-

TO RAZONADO DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ, FRANCISCO ANTONIO PEÑA RODRÍGUEZ, EN LA RESOLUCIÓN DE LAS DIECISÉIS HORAS CON QUINCE MINUTOS DEL DÍA TREINTA DE SEPTIEMBRE DEL AÑO DOS MIL QUINCE, DEL EXPEDIENTE REF. CA-11-2015.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 6° del art. 65 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), con todo respeto debo expresar a continuación los razonamientos de mi oposición a los criterios en los cuales fundamentan la decisión mayoritaria los miembros del Comité sobre la prescripción y la modificación de los valores de las sanciones pecuniarias confirmadas, reflejados en la resolución que antecede, en la que se decidió sobre la apelación de la resolución emitida por el señor Superintendente del Sistema Financiero (SSF), a las catorce horas y treinta y un minutos del día quince de abril de dos mil quince, en el expediente sancionador referencia PAS-022/2013, instruido en contra de la sociedad BANCO DAVIVIENDA SALVADOREÑO, S.A.

PUNTOS SOBRE LOS CUALES SE TIENE DISCREPANCIA

El suscrito disiente de los argumentos expresados por la mayoría del Comité al justificar sus criterios para sostener el tratamiento a la prescripción y la modificación del valor de las sanciones pecuniarias, en los siguientes aspectos:

- 1- Afirmar que las infracciones se cometieron antes del 14 de enero de 2011, sin considerar que existen infracciones que aún se estaban cometiendo al entrar en vigencia la LSRSF.
- 2- Inapropiada lectura de la jurisprudencia utilizada, contenida en sentencia ref. 118-2008 pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de hábeas corpus a las trece horas con cuarenta minutos del 15 de julio de 2010.

- 
- 3- No considerar la jurisprudencia de sentencia ref. 174-2003 pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de hábeas corpus a las doce horas y quince minutos del 16 de junio de 2004.
 - 4- Confusión conceptual sobre la prescripción, derivada de lectura simple de art. 102 LSRSF; que dispone que al hacer referencia las leyes a procedimientos sancionadores derogados (v.g. LOSSF), se entenderá que se hace referencia al capítulo VII de la LSRSF.
 - 5- Reducir los valores de las sanciones pecuniarias impuestas por el Superintendente sin atender para la nueva determinación el art. 43 LOSSF.

A. ARGUMENTOS DEL APELANTE QUE A MI JUICIO DEBIERON SER TRATADOS DE OTRA MANERA POR PARTE DEL COMITÉ.

El auto de inicio del procedimiento fue notificado a la sociedad apelante el día 11 de junio 2013, y al decir del apelante, el emplazamiento se hizo dos años y cinco meses después de ocurridos los hechos que presuntamente constituyen infracción; por lo tanto, según su alegación, la potestad del Superintendente para sancionar había prescrito desde antes de emitir el auto de inicio el 28 de mayo de 2014. De manera específica el apelante sostiene:

a. Sobre la potestad sancionadora de la Administración

Argumentó que la prescripción administrativa para sancionar infracciones no tiene un marco legal que la regule de manera general, por lo que se deberá atender la jurisprudencia y los expositores del Derecho para determinar sus características particulares:

1º. "En cuanto a sus efectos, cuando opera la prescripción, ya no se puede dilucidar y depurar responsabilidades administrativas contra el autor o sujeto pasivo, de manera que la prescripción de la acción o la infracción en su caso, afecta de lleno al procedimiento administrativo, pues lo enerva, lo trunca, lo extingue"; y,

2º. "La prescripción administrativa debe ser apreciada de oficio por la Administración pues no[s] encontramos en una materia de orden público. En contraposición al art. 2231 C.C., en el ámbito del derecho administrativo

[sancionador], la administración tiene la obligación de aplicar la prescripción a lo largo de todas las fases del expediente administrativo, sin necesidad que el interesado la invoque".

Y sostiene que la prescripción administrativa no puede entenderse supeditada al requisito formal de estar expresamente contenida en una disposición del cuerpo normativo de que se trate, pues cuando no concurra, el aplicador del derecho estará en la obligación de llenar el vacío mediante la aplicación directa de la Constitución.

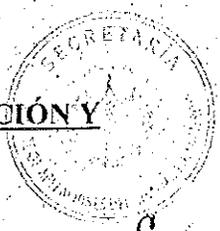
b. Régimen de prescripción aplicable a los hechos sancionados

A criterio del recurrente, no son aplicables los arts. 69 y 112 LSRSF respecto a los plazos de la prescripción de la potestad sancionadora del Superintendente, pues éstos no estaban vigentes al momento de la comisión de estas presuntas infracciones. Hacerlo es aplicar retroactivamente estas disposiciones.

En vista que la LOSSF no regulaba en su articulado la prescripción, al iniciar el procedimiento sancionador se debió realizar un ejercicio de integración normativa que permitiera suplir el vacío, por lo que, a propuesta del apelante, el Superintendente debió aplicar los arts. 1 y 21 Ictra c) de la Ley de Procedimientos para la Imposición de Arresto o Multa Administrativos (en adelante LPIAMA), regulando éste último artículo que la acción para promover el procedimiento sancionador prescribe en 2 años, cuando se trate de infracciones sancionadas con multa superior a cinco mil colones. Y agrega que "el art. 23 de la mencionada ley, dispone que los plazos relativos al capítulo en la que se encuentra la prescripción (...) se aplicarán siempre que la ley de la materia correspondiente no los regule de otra forma."

En atención a su exposición, el apelante concluye que la acción de la Administración, para perseguir las posibles infracciones ya había prescrito antes del momento de iniciar el procedimiento sancionador (notificado el 11 de junio de 2013), pues como está acreditado en el expediente, éstas ocurrieron antes del 14 de enero 2011; lo que atenta contra el principio de la seguridad jurídica.

[El subrayado es propio, para sobresaltar los aspectos que este suscrito comparte plenamente con el apelante, lo que se profundizará en este razonamiento del voto.]


E

B. CRITERIO MAYORITARIO DEL COMITÉ SOBRE LA PRESCRIPCIÓN Y LA DISMINUCIÓN DEL MONTO DE LA SANCIÓN

B.1 La mayoría del Comité resolvió rechazar las pretensiones del recurrente en cuanto a la prescripción, resumen *ut supra*, y por tanto, la aspiración de éste de revocar la resolución del señor Superintendente del Sistema Financiero y su petición al Comité que declarase que estaba prescrita la facultad para sancionar del Superintendente, antes de que se iniciara el procedimiento administrativo sancionador (PAS).

El análisis hecho por la mayoría del Comité del cual disiento, sobre estas pretensiones, se resume a continuación:

1. “...resulta inobjetable que al momento de la comisión de los hechos por los que fue sancionada la apelante, se encontraba vigente la LOSSF, la cual como está manifiesta no regulaba la figura de la prescripción”...
2. “...En cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, tenemos, por una parte, a la LOSSF, vigente al momento de la comisión de los hechos por los que se ha sancionado a la apelante; y, por otra parte, la LSRSF, vigente al momento del inicio del procedimiento sancionador. Para pronunciarse sobre este punto trascendental, este Comité estima a bien considerar la jurisprudencia sobre todo de índole constitucional (...) referencia 118-2008 (...) del 15 de julio de 2010.

Esta misma sentencia, como veremos más adelante, da luz a la aplicación del presupuesto de *lex previa* (art. 15 Cn., irretroactividad de la ley), de cómo sólo una ley sustantiva vigente aplica a hechos sustantivos o materiales; y, cómo sólo una ley adjetiva vigente aplica a hechos procesales. Y el tratamiento a la prescripción del ius puniendi estatal (su plazo, el cómputo de éste, el dies a quo, el dies ad quem, la interrupción del plazo), como hecho procesal o material.

En síntesis, esos fueron los criterios de la mayoría del Comité, con los cuales básicamente desestiman los argumentos relativos a la prescripción, respecto a la aplicación de la LOSSF y la aplicación supletoria del art. 21 letra c) y 23 LPIAMA, como marco regulatorio de la prescripción.

B.2 La mayoría del Comité resolvió modificar los valores de las sanciones pecuniarias por considerar que las infracciones sancionadas fueron cometidas antes que entrase en vigor la LRSRF, a consideración de la mayoría del Comité:

...“una correcta tipificación de la infracción conllevaría a fundamentar la sanción en las normativas citadas; por tanto, el parámetro que la SSF tenía que valorar para imponer la sanción era el 2% del capital más reserva según lo dispuesto en la LOSSF y no con base en la LRSRF que dispone hasta el 2% del patrimonio, por ser la sanción un aspecto sustantivo y ser esta norma más gravosa que la anterior.”

Por considerar que la ley vigente es “más gravosa” que la ley derogada, procedió la mayoría del Comité a reducir las multas, aplicando a cada infracción el siguiente cálculo: la misma relación porcentual que el Superintendente expuso que existía de la multa con respecto al patrimonio del año 2010, se la aplicó al valor del capital y reservas de capital, pero del año 2009, para establecer el monto de la multa que según la mayoría del Comité debería ser la sanción pecuniaria aplicable.

Sin embargo, a su vez, resuelven ejercer una modificación de la resolución reduciendo los montos en dólares de las sanciones pecuniarias impuestas por el señor Superintendente, bajo el argumento de aplicar el art. 34 LOSSF, al ser la ley que estaba vigente cuando supuestamente se cometieron los hechos infractores a sancionar.

C. PUNTOS SOBRE LOS CUALES SE TIENEN DISCREPANCIA CON EL CRITERIO MAYORITARIO DEL COMITÉ.

1. **Afirmar que las infracciones se cometieron antes del 14 de enero de 2011, sin considerar que existen infracciones que aún se estaban cometiendo al entrar en vigencia la LRSRF.**

A criterio del suscrito, el apelante usó un artilugio para establecer fehacientemente que los actos infractores, para fines de computar el plazo de prescripción, se cometieron antes de la fecha 14 de enero del 2011.

Con esa alegación, el apelante llevó la discusión a su terreno, al pasado, con la afirmación de que las cinco infracciones sancionadas pecuniariamente, al ser hechos sustantivos, se debieron conocer con *lex previa* sustantiva, en el marco sancionador, no procedimental, de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (LOSSF) y por lo tanto, eso le permitió al recurrente invocar como plazo de prescripción los dos años, por aplicación supletoria de la LPIAMA.

El artílicio: "*De conformidad con el informe GR-RR-26/2011, elaborado por Miguel Ángel Portillo Grande y Gerardo Ernesto González Rivas, personeros de la SSF, las imputaciones efectuadas a mi mandante fueron constatadas mediante la inspección efectuada el día 14 de enero del 2011; es decir, que todas las presuntas infracciones ocurrieron en fechas anteriores a la señalada lo cual incluso puede corroborarse de la lectura de dicho informe y del auto que dio inicio a dicho procedimiento*".

Ese planteamiento tiene una función que no se percibe fácilmente, y esa es el obviar que el establecimiento del plazo de prescripción obliga a analizar los actos antijurídicos imputados **también en el tiempo**, a fin de establecer la fecha cierta de cuando se consumaron, y hasta cuando inició y cesó su cometimiento (por acción u omisión), y por tanto, entre otras cosas que se precisarán *infra*, la fecha precisa a partir de la cual inicia el cómputo del plazo de prescripción (*Dies a quo*).¹

En opinión del suscrito, es inapropiado y simplista inferir que es a partir de la presentación de un informe, que se limitó a reportar los resultados de las inspecciones de la Superintendencia y el establecimiento de la existencia de presuntos ilícitos (*el Informe GR-RR-006/2011*); que éstos, se dejaron de cometer antes del 14 de enero del 2011. Que son ilícitos administrativos del pasado, del año 2010 o de antes de ese año.

Además, para el tratamiento de la prescripción, es menester considerar el cumplimiento de su plazo, plazo que de cumplirse será el supuesto de hecho previsto por la ley para la prescripción, el *Dies ad quem*, con fecha exacta, para fijar a partir de cuándo se extingue la facultad sancionadora.

Y finalmente, ante la pretensión del apelante sobre la seguridad jurídica y su petición al Comité, de declarar prescritos los hechos imputados, por los cuales se le ha sancionado, en

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de ocho horas con cincuenta y nueve minutos del 19 de junio del año 2014. Ref. 251-2010.

el seno del Comité se debió considerar (a mi juicio) que la interrupción del cómputo del plazo de la prescripción del ejercicio del *ius puniendi* estatal, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se la achaca al inicio del procedimiento sancionador. El auto de inicio de la autoridad competente fue de fecha 28 de mayo de 2013, emplazando al Banco el 11 de junio del 2013, cobrando con la notificación eficacia el acto de inicio y las consecuencias procesales para con el banco.

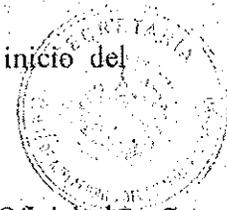
Así, con estos parámetros temporales del cómputo de la prescripción de la facultad de sancionar actos antijurídicos sustantivos, debió analizarse el elemento tiempo afectando su cometimiento, para establecer qué ley sustantiva estaba vigente al momento de su consumación (*lex previa*), y por lo tanto, que régimen sustantivo aplicaba al caso concreto.

Si consintiésemos, sin análisis crítico, el planteamiento del apelante al proponernos inferir que es a partir de la fecha del informe de la inspección (14 de enero del 2011) que se computa el *Dies a quo* del plazo de prescripción; y que además el inicio del PAS como interruptor del plazo de prescripción fue el día del emplazamiento (11 de junio del 2013); aparentemente, el inicio del procedimiento se llevó a cabo casi dos años y cinco meses después de haberse consumado los presuntos hechos infractores, como lo afirmó y sostuvo el apelante. Con el razonamiento del voto, pretendo demostrar que esta afirmación propuesta por el apclante y adoptada por la mayoría del Comité, es errónea.

En opinión del suscrito, en síntesis esto se comportó así:

1. Incumplimiento a la Disposición 10ª. Cap. VIII instructivo UIF.- / Oficial de Cumplimiento no ostenta cargo gerencial con facultad para la toma de decisiones. Se acredita en expediente del PAS Formato Global de Descripción de Puestos, instrumento administrativo del Banco de fecha 28/10/2009, que adolece del incumplimiento señalado por la SSF (fs. 98-100). Nuevo formato de fecha 01/02/2013 en el que supuestamente se había corregido el señalamiento de incumplimiento (fs. 101-103); aportados ambos formatos dentro del PAS como pruebas documentales por el Banco. En escrito de defensa el Banco explica que con fecha 1/02/2013 se agregó la nomenclatura de Gerente, al Oficial de Cumplimiento (f. 91). El Banco intentó corregir el incumplimiento a la normativa. La presunta infracción es permanente, y estaba siendo cometida aun cuando ya estaba en vigor la LSRSF, vigente desde el 2/08/2011, por lo tanto, el plazo prescripción aplicable

es el contenido en el art. 69 LRSF, el cual se interrumpió con el inicio del procedimiento el 28/05/2013.



2. Incumplimiento a la Disposición 11ª. Cap. VIII instructivo UIF.- / Oficial de Cumplimiento no cuenta con facultades establecidas en numerales 8, 9 y 10 de esta disposición. Se acredita en expediente del PAS Formato Global de Descripción de Puestos, instrumento administrativo del Banco de fecha 28/10/2009, que adolece del incumplimiento señalado por la SSF (fs. 98-100). Nuevo formato de fecha 01/02/2013 en el que supuestamente se había corregido el señalamiento de incumplimiento (fs. 101-103); aportados ambos formatos dentro del PAS como pruebas documentales por el Banco. En escrito de defensa el Banco explica que con fecha 1/02/2013 que recientemente se actualizó la descripción de puesto para el Oficial de Cumplimiento (f. 91). El Banco intentó corregir el incumplimiento a la normativa. La presunta infracción es permanente y estaba siendo cometida aun cuando ya estaba en vigor la LRSF, vigente desde el 2/08/2011, por lo tanto, el plazo prescripción aplicable es el contenido en el art. 69 LRSF, el cual se interrumpió con el inicio del procedimiento el 28/05/2013.
3. Incumplimiento al art. 3 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos. La obligación de reportar a la FGR dentro del plazo de 3 días, depósitos que acumularan más de 500,000 colones. Se reportaron tres presuntas infracciones: 1) Caja de Crédito y Ahorro de San Juan Opico (19/10/2010); 2) Universidad Pedagógica de El Salvador (23/06/2010); y 3) Universidad Francisco Gavidia (se le eximió de responsabilidad en este caso como resultado del procedimiento). El último cometimiento de este conjunto de infracciones instantáneas fue 19/10/2010, a partir de dicha fecha se computa el plazo de prescripción. No estaba en vigencia la LRSF (2/08/2011). Por lo tanto aplicaba el marco normativo imperante en esa fecha para establecer el plazo de prescripción. El art. 23 de la LPIAMA dicta: "Los plazos a los que se refiere este Capítulo (IV De la prescripción) se aplicarán siempre que la ley de la materia correspondiente no los regule en otra forma". Ordenando aplicación supletoria del art. 21 para leyes como la LOSSF que no regulaba de forma alguna la prescripción del ius puniendi y su plazo. En ningún momento se

aplica supletoriamente el procedimiento de la LPIAMA contenido en el Cap. II, dado que la LOSSF contenía su procedimiento estructurado para garantizar audiencia y defensa. La NO aplicación por parte de la SSF, sólo podría justificarse con la motivación de que dicha disposición de la LPIAMA (art. 21) era contraria a una disposición Constitucional. Motivación que se desarrolla muy bien en la resolución de la mayoría del Comité, sin ser concluyente.

4. Incumplimiento a la letra b) del apartado de "Entrevista" de los Procedimientos de Apertura de Cuentas, del Cap. III de instructivo UIF.- / Se tomó una muestra de depósitos a plazo aperturados en diciembre de 2010. Se agregó al expediente declaraciones juradas con las deficiencias señaladas por la SSF. Anexo 7 del Informe GR-RR-26/2011 que corre a folios 47v y 52. Para abrir la cuenta se adolecía de un formulario de entrevista para conocer al cliente depositante y el formato de la declaración jurada fue calificado como insuficiente para cumplir el requerimiento de la normativa. No existe en expediente PAS tan siquiera un intento de corrección, de la presunta infracción de la cual se tiene indicios por una muestra tomada en diciembre 2010. El apelante no aportó pruebas de corrección al Comité, ni alegó nada sobre esta imputación. Tampoco existe en expediente otros indicios que se haya aplicado la misma metodología, como la diciembre de 2010. No se tiene identificado en el expediente hasta cuando se dejó de cometer, por lo cual la última reportada es de diciembre de 2010. Su plazo de prescripción se computaría cuando se acredita su cometimiento, fecha en la cual estaba vigente la LOSSF.
5. Incumplimiento a la letra c del Cap. III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del instructivo UIF.- / Por medio de un instructivo administrativo del Banco, de obligatorio cumplimiento de los empleados de la institución, se instruye excepcionar a las amas de casa y otras personas dependientes a presentar NIT, cuando la norma no considera excepciones. A nexos 7 del Informe GR-RR-26/2011 que corre a folios 47v y 52. El instructivo administrativo del Banco se denomina Normativa de Archivo de Expediente de Cuentas Pasivas en Sucursales, en la cual se establecen las excepciones de a quienes se les requiere el NIT. Este instructivo

tiene fecha de diciembre de 2009, a partir de la cual aplicó como disposición de cumplimiento para los empleados del Banco. No existe en expediente prueba de que se haya suspendido esta instrucción, ni se alegó su no existencia en el PAS o ante el Comité por el Apelante. Esta disposición administrativa del Banco que fue calificada como infracción por la SSF estaba aplicada incluso al entrar en vigor la LSRSF 2/08/2011. Por lo cual, al momento de iniciar el procedimiento con el auto formal de inicio (28/05/2013), se interrumpe su plazo de prescripción.



Un análisis de esta naturaleza sobre la afectación del cometimiento de las infracciones por el tiempo, debió haberse realizado en el Comité. Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo dicta que *“Esta Sala ha señalado en reiteradas decisiones, entre otras (Sentencia Definitiva de las nueve horas del día veintiuno de marzo de dos mil tres, ref. 182-A-2001) que el origen común de la potestad sancionadora jurisdiccional y administrativa en el denominado ius puniendi del Estado, justifica el traslado de principios aplicables en materia penal al ámbito administrativo sancionador.”* *“Sobre todo la de aquellos casos que suponen una limitación del poder punitivo del Estado, a la sanción administrativa”* (Pérez Arroyo, citado por la sentencia de la Sala de lo Constitucional a resolución de Defensoría del Consumidor).

Del análisis de las infracciones expuesto se puede afirmar que las infracciones a las disposiciones décima y decima primera del Instructivo UFI, y la infracción a la letra c del Cap. III del Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos del instructivo UIF, se estaban cometiendo todavía bajo la entrada en vigencia de la LSRSF, por lo tanto, las normas sustantivas de la referida ley le eran totalmente aplicable por ser la ley previa al hecho material –infracción–, en este sentido si le es aplicable el plazo de la prescripción del art. 69 LSRSF.

Por otro lado, el incumplimiento al art. 3 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos y el incumplimiento a la letra b) del apartado de “Entrevista” de los Procedimientos de Apertura de Cuentas, del Cap. III del instructivo UIF, se cometieron durante la vigencia de la LOSSF, por lo tanto, le son aplicables las normas sustantivas de la referida ley y supletoriamente la LPIAMA para la prescripción.

2. **Inapropiada lectura de la jurisprudencia utilizada, contenida en sentencia ref. 118-2008 pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de hábeas corpus a las trece horas con cuarenta minutos del 15 de julio de 2010.**

Dicha sentencia (ref. 118-2008 de la Sala de lo Constitucional) RESUELVE "no ha lugar" hábeas corpus solicitado. Uno de las peticiones a las que se resolvió no ha lugar es la aplicación de la ley adjetiva (Código Procesal Penal) derogada, a un procedimiento que se había iniciado con el nuevo Código Procesal Penal (vigente desde el 20 de abril de 1998), y por lo tanto, aplicado como la *lex previa* adjetiva a los hechos procesales, iniciados con el proceso del 11 de diciembre de 1998. Y esta situación no es igual al caso sub júdice, en tanto que el apclante no pide en ningún momento que se le aplique el procedimiento contenido en la LOSSF (Capítulo VIII – PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS), ni tampoco pide se le aplique supletoriamente el procedimiento contenido en la LPIAMA (Capítulo II Del Procedimicnto). Afirmar que esa es la petición, es distorsionar la pretensión del apclante².

La otra pretensión infundada en el proceso de Habeas Corpus, fue que se le aplicase retroactivamente una ley derogada (el Código Penal), acogándose al art. 21 Cn. por considerar que el tratamiento a la prescripción (art. 125 inciso 2º le era más favorable al reo). La sentencia dice claramente:

"En este sentido, el examen de constitucionalidad que esta Sala llevará a cabo en esta oportunidad se limitará a la no aplicación de un precepto normativo que se encontraba vigente al momento de cometerse el hecho delictivo –artículo 125 inciso 2º del Código Penal derogado–, en atención a que la peticionaria alega que debió aplicarse dicha disposición legal en cumplimiento del principio de retroactividad de la ley penal y por haber transcurrido más de diez años desde que el delito fue cometido". [subrayado es para resaltar]

El alegato del recurrente no es el mismo que el de la demandante en el proceso constitucional. El apelante nunca expresó a este Comité, que su pretensión fuese que en cumplimiento del principio de retroactividad (art. 21 Cn.) se le aplicase el instituto de la

² "Dentro de ese marco, resulta infundado el argumento de aplicar una norma expresamente derogada, para el caso la LOSSF, la cual entre otros, no regulaba la prescripción, ni disponía que se supliera con la LPIAMA como ha reiterado la apelante, para tener por prescrita la facultad sancionadora por parte del señor Superintendente, solamente por suponer que es más favorable a Banco Davivienda, S.A., pues ello implicaría una aplicación ultractiva de la ley derogada no prevista por la ley vigente" (págs. 22 y 23 de la Resolución C.I-11-2015). - La ultraactividad sólo aplica para leyes procesales, y el apelante nunca pidió se le aplicase el procedimiento de la LOSSF, de manera ultractiva, que sólo hubiera sido factible si el procedimiento se hubiese iniciado con dicha ley derogada.

prescripción que existía antes del 14 de enero de 2011, que según su planteamiento era supletoriamente un plazo de 2 años, conforme al art. 21 y 23 LPIAMA. La pretensión fue clara, de aplicar ley sustantiva previa a hechos sustantivos (art. 15 Cn.).

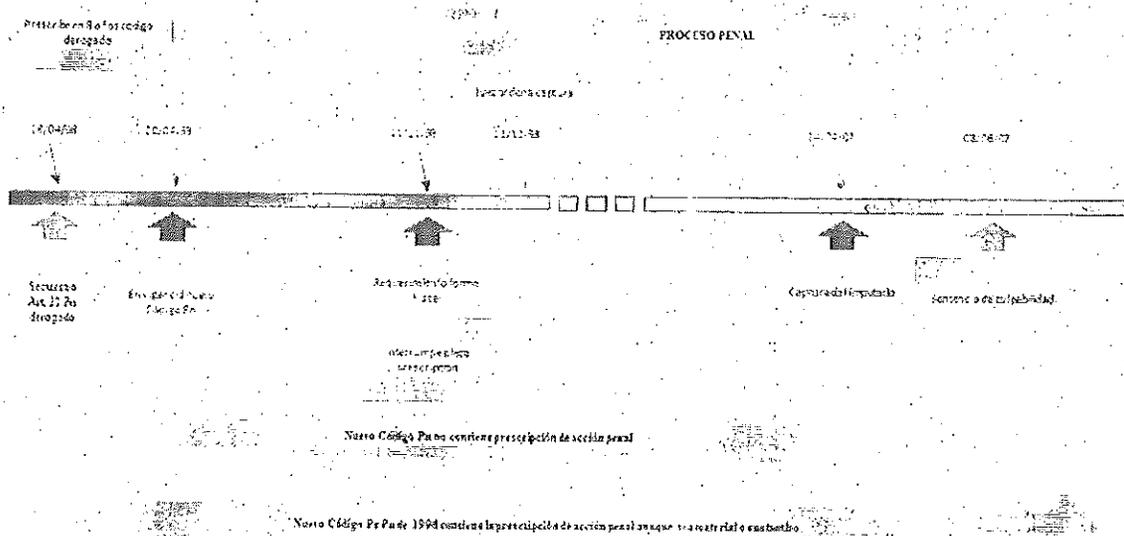
Y la Sala de lo Constitucional deja claro que “en esta oportunidad se limitará” sólo a un aspecto de la petición, dado que la demandante, estaba pretendiendo un absurdo: la aplicación retroactiva de una ley derogada, por suponerla más beneficiosa.

Y por lo anterior, en esta jurisprudencia citada, la Sala concluye que “...es impropio sostener que retroactivamente deba aplicarse una disposición o precepto normativo [art. 125 inciso 2º Pn.] que ha sido derogado antes de verificarse o esté próximo a acontecer el supuesto de hecho [el dies ad quem del plazo de 10 años de prescripción de la disposición derogada] contemplado por la ley –cumplimiento del plazo legalmente estipulado– para tener por prescrita la acción penal, sólo por suponer que es más favorable al imputado, por ello, significaría que tal disposición o precepto extienda su vigencia hacia el futuro y no hacia el pasado.

Y no entra a conocer más la Sala, ni a dar más explicaciones a la demandante, dado que como juristas, en la Sala estaban en conocimiento que el cómputo del plazo de prescripción estaba interrumpido, desde el 11 de noviembre de 1998. Con el requerimiento formal de la fiscalía. Ver esquema.



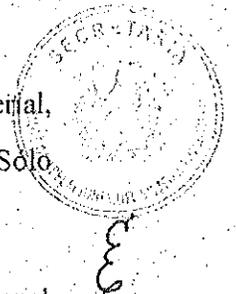
Esquema del Proceso Penal conocido por hábeas corpus sentencia 118-2008



El secuestro, según la sentencia 118-2008, se cometió el día 18 de abril de 1998. Días después, el 20 de ese mismo mes y año, se da un acontecimiento: entra en vigencia el Código Procesal Penal que contiene por primera vez en la historia, en el siglo XX, en su art. 34 la Prescripción: *"Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción penal prescribirá:"*...

El Código Procesal Penal hoy vigente (Decreto 733 del 22 de octubre del 2008), arrastra el mismo error conceptual del siglo pasado al consignar la prescripción de la acción penal en su art. 32.

Anteriormente, este instituto que es una manifestación de la seguridad jurídica, se contenía en el Código Penal, en la ley sustantiva. Desde el Código Penal de 1904 y el Código Penal de 1974.



Ya el Código Penal actualmente vigente, el de 1998, siendo la ley sustantiva o material, ya no contiene el instituto de la prescripción, como disposición sustantiva que es. Solo dispone sobre la prescripción de la pena (art. 99 Pn.)

La sentencia 118-2008, no entró a discutir si la prescripción de la acción penal (ejercicio del ius puniendi estatal) es sustantiva o adjetiva. La honorable Sala ha expresado tener claro estos conceptos desde varios años atrás.

En esta ocasión, la honorable Sala se limitó a resolver sobre la pretensión de aplicar de la ley adjetiva (Pr. Pn.) derogada, cuando el proceso se había iniciado meses después que imperaba la nueva ley adjetiva con la cual se estaba conociendo la sustancia, el fondo. El principio lex previa, estaba cumplido. Ley adjetiva previa para conocer hechos adjetivos de ese momento.

Igualmente, se limitó a resolver la pretensión infundada de aplicación retroactiva de una ley sustantiva derogada (Pn. 1973), que contenía en su art. 125 inciso 2° el instituto de la prescripción, bajo el entendido de la señora demandante, que le era más beneficiosa su esposo. La Sala dejó claro que la ley es irretroactiva, con la única excepción constitucional en materia penal, cuando beneficie al delincuente. Considerando que la ley procesal será irretroactiva SIEMPRE. Por lo tanto, la aplicación retroactiva como una de las dos excepciones constitucionales, sólo aplica para ley sustantiva. Pero eso, no era, ni podría ser, de la comprensión de la demandante. Por ello, la honorable Sala nos ilustró de manera inteligible:

“...la normativa aplicable para resolver³ lo concerniente a la prescripción cuestionada⁴ es la que estuviera vigente al momento de ocurrir el supuesto de hecho,⁵ es decir la legislación jurídica vigente al tiempo de cumplirse el plazo legalmente señalado para la prescripción, o bien, cuando se esté muy próximo a su acaecimiento. (...) En consecuencia,

³ El decir “la normativa aplicable para resolver” es referirse a ley adjetiva, que contiene el proceso para arribar a resolución definitiva y resolver lo sustantivo, el fondo.

⁴ La honorable Sala, no entra a definir o precisar si la Prescripción cuestionada es sustantiva o material, o si es como lo sugiere la mayoría del Comité, procesal o adjetiva. Esto lo resolvió la honorable Sala de lo Constitucional desde antes, en sentencia 174-2003 del 16 de junio de 2004.

⁵ El dies ad quem de la prescripción cuestionada, o sea con la ley adjetiva o procesal, se resuelve lo sustantivo.

en el caso concreto el inicio del proceso penal⁶ y el supuesto de hecho previsto por la ley⁷ no acontecen durante la vigencia de la disposición cuya aplicación se disputa⁸, ni estuvo próximo su acaecimiento; porque, por un lado, el señor José Carlos Turcios durante la vigencia del Código Penal derogado poseía únicamente la remota y mera expectativa de ocurrencia del supuesto de hecho⁹ – cumplimiento del plazo legal – para que prescribiera a su favor la acción penal¹⁰ respectiva, pues únicamente transcurrieron doce días desde la comisión del hecho delictivo a la fecha que fue derogada la disposición aludida.”

Meras expectativas del imputado, pues en efecto, el cómputo del plazo se detuvo el 11/11/1998. Se emite la orden de captura el 11 de diciembre de 1998, y por rebeldía se logra la captura del imputado hasta el 24 de abril de 2007, reanudándose el proceso.

Es opinión del suscrito, que la sentencia ref. 118-2013 del 15 de julio de 2010, no es ilustrativa para el caso concreto de apelación, en tanto que en el punto apelado de la prescripción, la pretensión no ha sido que se le aplique de manera ultractiva el procedimiento sancionador de la LOSSF ni el de la LPIAMA; ni ha pretendido ante el Comité, la aplicación retroactiva de la LOSSF, por considerar el apelante que el instituto de la prescripción le sea más favorable que el art. 69 LSRSF. Por lo anterior discrepo del criterio de la mayoría del Comité, cuando afirma:

“...resulta carente de fundamento constitucional y legal la tesis propuesta por la apelante de aplicar la LOSSF y LPIAMA para declarar la prescripción, en razón a que dichas normas no son aplicables como ley más favorable...”

- 3. No considerar la jurisprudencia de sentencia ref. 174-2003 pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso de hábeas corpus a las doce horas y quince minutos del 16 de junio de 2004.**

⁶ El requerimiento formal Fiscal que se dio el 11/11/1998 e interrumpió el cómputo del plazo de prescripción.

⁷ Dies ad quem.

⁸ Art. 125 inciso 2º Código Penal derogado.

⁹ El término del plazo de la prescripción (o supuesto de hecho) según la expectativa del secuestrador ocurriría hasta el 18 de abril de 2008, de no haberse interrumpido su cómputo por el requerimiento fiscal el 11/11/1998.

¹⁰ Insistió, la acción penal comenzó, para fines del cómputo de la prescripción, el 11/11/1998.



El suscrito considera que para la presente resolución en el recurso de apelación se debió tomar en cuenta el contenido de la sentencia precitada 174-2003.

En ésta la honorable Sala de lo Constitucional expone lo siguiente:

"...En efecto, el concepto "materia penal", en general ciertamente comprende tanto las materias sustantivas como las procesales. Pero ese mismo concepto, relacionado con la limitante constitucional establecida en el inciso 1° del art. 21 Cn., experimenta la restricción de comprender únicamente a la materia penal sustantiva, por la simple y sencilla razón de que las materias procesales -vale decir, leyes de procedimientos- por su propia naturaleza, no admiten tener en caso alguno efecto retroactivo. En efecto, toda ley procesal, al entrar en vigencia es de aplicación inmediata, cualesquiera sea el estado en que se hallaren los procesos iniciados con anterioridad; por esa razón, el legislador previene los conflictos de leyes procesales en el tiempo, mediante el régimen transitorio, extendiendo la vigencia de la ley derogada respecto los procesos pendientes, ya sea en forma total o parcial¹¹. Pero en ningún caso, la nueva ley procesal puede regular fases procesales ya precluidas o consumadas. Caso contrario se introduciría un elemento verdaderamente perturbador o de desorden. En consecuencia, toda ley procesal surte efectos hacia delante, a partir de su vigencia únicamente. Entonces, no es posible afirmar, ni siquiera hipotéticamente, la retroactividad de la ley procesal.¹²

En el caso en concreto sometido a conocimiento de esta Sala, ocurre la singularidad siguiente: la regulación de la prescripción penal, con anterioridad a la vigencia del Código Procesal Penal, estaba contenida en el Código Penal, atendiendo a su naturaleza sustantiva o material, no adjetiva. Con la reforma se introdujeron al Código Procesal Penal las disposiciones reguladoras de la prescripción de la acción penal. Este cambio, como es natural, no puede alterar el carácter sustantivo de la materia denominada "prescripción de la acción penal". Se desconocen las

¹¹ La ultra-actividad para terminar procedimientos, prevista en el art. 118 LSRSF.

¹² Este criterio es totalmente aceptado por el suscrito. La cuestión es si la prescripción del art. 69 LSRSF se concibe como procesal o adjetiva, la estarían pretendiendo aplicar a hechos infractores cometidos, supuestamente, en momentos históricos, cuando no había entrado en vigencia la LSRSF, haciéndose una aplicación retroactiva de un instrumento procesal. Y por otra parte, si se acepta que la prescripción del art. 69 LSRSF es sustancial o material, sólo sería aplicable de manera retroactiva si antes de la entrada en vigor de la LSRSF el plazo de prescripción fuese mayor a diez (10) años o si fuesen infracciones administrativas imprescriptibles. Lo que no fue el caso.

razones tenidas en consideración para el tránsito del Código Penal al Código Procesal Penal de la materia señalada. Pero en todo caso, esa materia corresponde siempre al derecho sustantivo o materia penal¹³. Es posible que aquél tránsito haya obedecido a la confusión conceptual¹⁴, en que tradicionalmente se ha incurrido por mucho tiempo y en diversas latitudes legislativas, de identificar indebidamente a la acción con la pretensión. Indebidamente por que la pretensión, en su caso, debe fundamentarse en el derecho material o sustantivo, de manera que, de no intentarse durante cierto espacio de tiempo, la misma prescribe y, la regulación de los plazos o términos de la prescripción, en cualquiera de sus formas, corresponderá siempre al referido orden jurídico material. El derecho procesal se limita también, en todo caso, a regular la forma en que se hace valer la pretensión, ya por la acción o por la excepción.

En el sentido anteriormente expresado, la incorporación al Código Procesal Penal de las disposiciones reguladoras de la extinción de la acción penal, que entró en vigencia el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, no ha alterado la naturaleza sustantiva de la "prescripción de la acción penal", y, en consecuencia, continúa siendo "la materia penal" a que hace referencia la Constitución en el inciso 1º del art. 21 Cn. Por lo tanto, si en esa materia sustantiva se plantea un conflicto de leyes en el tiempo, debe aplicarse la más favorable al delincuente." [Sentencia definitiva, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las doce horas con quince minutos, del 16 de junio del año 2004. Ref. 174-2003].

[Subrayados son nuestros para resaltar la idea].

Me he visto obligado a citar extensamente el texto de la sentencia, y pido disculpas por ello, dado a que como economista tengo que expresar y sustentar la oposición a criterios jurídicos expuestos por la mayoría del Comité. Por ello preferí que la honorable Sala se los diga, a lo que no se necesita agregar nada más. ✓

¹³ De ninguna manera la prescripción del ejercicio del ius puniendi estatal corresponde a materia procesal penal. Igual en el Derecho Administrativo Sancionador, no es procesal.

¹⁴ A estas alturas, no es posible concebir, con brillantes criterios jurisprudenciales de más de diez años, el mantenimiento de esta confusión conceptual.

4. Confusión conceptual sobre la prescripción, derivada de lectura simple de art. 102 LRSRF; que dispone que al hacer referencia las leyes a procedimientos sancionadores derogados (v.g. LOSSF), se entenderá que se hace referencia al capítulo VII de la LRSRF.



La LRSRF en su conjunto no es una ley adjetiva, como equivocadamente la califica la mayoría del Comité. Dicha ley contiene una sección de disposiciones orgánicas para establecer la institucionalidad de la SSF y las funciones atribuciones de sus órganos y autoridades, otra parte de la ley contiene disposiciones de carácter sustantivo que establecen las infracciones o la remisión a partes sustantivas de otras leyes de obligatorio cumplimiento de los administrados (art. 44 LRSRF), las sanciones correspondientes así como la obligación de motivar con parámetros de ley dichas sanciones, y finalmente, una sección de disposiciones procesales, contenida específicamente en el capítulo VII de la ley.

A la luz de las explicaciones del precedente jurisdiccional ampliamente citado *ut supra* (ref. 174-2003), sobre la denominada “confusión conceptual” de haber insertado en el Código Procesal Penal, como ley adjetiva, una disposición que para la honorable Sala es sustantiva o material, como es el instituto de la prescripción del *ius puniendi* estatal, la prescripción de la acción penal, se estructura *infra* un cuadro comparativo que busca exponer de manera entendible cómo se dieron las reformas de lo que en materia penal la honorable Sala calificó de “confusión conceptual”, que no sólo se ha cometido en El Salvador.

Del art. 125 Pn. de 1974, la prescripción de la acción penal emigró al art. 34 Pr. Pn. de 1998. La jurisprudencia da basta explicación que pese a estar colocada en una ley adjetiva, que sirve para determinar los hechos sustantivos, esta sigue siendo y debe entenderse como una disposición sustantiva o material. Dar más explicaciones que la sentencia ref. 174-2003, podemos incluso dañar su academia.

Y nos llama nuestra atención la disposición contenida en el art. 102 LRSRF, que textualmente dice:

“Para efectos de imponer sanciones, cuando en las diferentes leyes se haga referencia al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema

Financiero, a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones que por esta Ley se derogan, deberá entenderse que se hace referencia al procedimiento establecido en el capítulo VII del Título II de la presente Ley.”

Antes de la fusión de las superintendencias, existía un marco legal en el cual, a guisa de ejemplo, encontrábamos una Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones (hoy derogada), que además de contener disposiciones orgánicas acogía las normativas que articulaban el procedimiento sancionador. Complemento a esta ley, coexistía en el marco normativo de la época la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP), la cual, en su Título II contenía el Régimen de Infracciones y Sanciones, con un art. 153 que pese a usar el concepto de “*caducidad*” constituye la prescripción del ejercicio del ius puniendi estatal: “*La facultad para la aplicación de sanciones por infracciones caducará en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que se cometiere la infracción.*” Y un art. 154 que es el equivalente a la prescripción de la pena que contiene la vertiente penal del ius puniendi, que expresa: “*La acción para hacer cumplir la sanción aplicada, prescribirá en el término de cinco años contados desde la fecha en que quede firme el acto, resolución o sentencia que la haya impuesto.*”

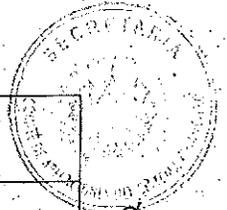
Como podrá apreciarse, en esta sección de disposiciones netamente sustantivas, encontramos la prescripción de la aplicación de sanciones y la prescripción de la sanción aplicada.

Por ello, el art. 102 LSRSF, a resultas de la fusión de las superintendencias, remite al capítulo VII de dicha ley los procedimientos para imponer sanciones. En el caso de la LSAP, como podrá apreciarse, no hay remisión de las disposiciones que regulan la prescripción para aplicar sanciones y para la sanción aplicada, al capítulo VII de la LSRSF.

CUADRO COMPARATIVO DE LEY SUSTANTIVA Y LEY ADJETIVA, AL HABER DEROGATORIA

Error conceptual de consignar en la ley procesal la prescripción

CÓDIGO PENAL (Ley sustantiva)	Código Procesal Penal (Ley adjetiva)
Código Penal	Código Procesal Penal



<p>Decreto No. 270 del 13 de febrero de 1973 D.O. del 30 de marzo de 1973 Vigente: 1 de enero de 1974</p>	<p>Decreto No. 450 del 11 de octubre de 1973 D.O. del 9 de noviembre de 1973 Vigente: 1 de enero de 1974</p>
<p>Prescripción de la acción penal: Art. 125.- La acción penal prescribirá, salvo el caso de que la ley disponga otra cosa: 1°) - A los quince años, en los delitos sancionados con pena de muerte; 2°) - A los diez años, en los delitos sancionados con pena de prisión cuyo máximo sea superior a quince años; 3°) - A los cinco años, en los demás delitos; y 4°) - Al año, en las faltas.</p>	<p>Prescripción de la acción penal:</p>
<p>Código Penal Decreto No. 1030 del 26 de abril de 1997 D.O. del 10 de junio de 1997 Vigente: 20 de abril de 1998</p>	<p>Código Procesal Penal Decreto No. 904 del 4 de diciembre de 1996 D.O. del 20 de enero de 1997 Vigente: 20 de enero de 1998</p>
<p>Prescripción de la acción penal:</p>	<p>Prescripción: Art. 34.- Si no se ha iniciado la persecución penal, la acción penal prescribirá: 1) Después de transcurrido un plazo igual al máximo previsto, en los delitos sancionados con pena privativa de libertad; pero en ningún caso, el plazo excederá de diez años, ni será inferior a tres años; 2) A los tres años en los delitos sancionados sólo con penas no privativas de libertad; y, 3) Al año en las faltas.</p>
<p>Ley Orgánica del Sistema Financiero (LOSSF)</p>	<p>Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF)</p>
<p>Disposiciones Sancionatorias, sustantivas Cap. VII Arts. del 37 al 46 Prescripción del procedimiento no está normada en la LOSSF. Cap. IV. DE LA PRESCRIPCIÓN. Art. 23 LPIAMA: "SUPLETORIEDAD.- Los plazos a que se refiere este Capítulo se aplicarán siempre que la ley de la materia correspondiente no los regule en otra forma".</p>	<p>Disposiciones Sancionatorias, sustantivas Cap. VI Arts. del 43 al 53,</p>
<p>Disposiciones Adjetivas (procedimiento) Cap. VIII Arts. 47 - 51 Prescripción del procedimiento no estaba normada en la LOSSF.</p>	<p>Disposiciones Adjetivas (procedimiento) Cap. VII Arts. del 54 al 72 Prescripción art. 69: El plazo de prescripción para promover el procedimiento sancionador establecido en este Capítulo será de diez años contados a partir de la fecha en que se haya terminado de cometer el hecho o de ocurrir la omisión, sujeta a sanción.</p>
	<p>Art. 102: Para efectos de imponer sanciones, cuando en las diferentes leyes se haga referencia al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de</p>

	la Superintendencia de Valores y en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones que por esta Ley se derogan, deberá entenderse que se hace referencia al procedimiento establecido en el capítulo VII del Título II de la presente Ley.
--	---

Sin embargo, en el caso de la Ley Orgánica del Sistema Financiero resultó diferente, ya que ésta no contenía ni en su sección sustantiva sancionadora (capítulo VI) ni en su sección adjetiva para el procedimiento sancionador y recursos (capítulo VII), el instituto de la prescripción del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

El legislador al promulgar la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, tuvo la voluntad de replicar lo que la honorable Sala de lo Constitucional le denomina un “error conceptual”, al colocar en el capítulo VII, que va del art. 54 al art. 72, de contenido adjetivo, el art. 69 que contiene la prescripción de 10 años, instituto que está en vigor desde el 2 de agosto del año 2012.

Y es esta, que la honorable Sala denomina “confusión conceptual”, que lleva a asumir que al estar colocada en un capítulo de normativas adjetivas, algunos optan por considerar la prescripción como un instrumento procesal o adjetivo, desconociendo la clara sentencia 174-2003; y se aplica el art. 69 a hechos sustantivos tanto del pasado como del futuro, sin percatarse que al aplicar este artículo a hechos sustantivos que acaccieron antes de la vigencia de la LRSF, al ser de plano esta prescripción material, pueden hacer una aplicación retroactiva *in malam partem* en contravención al art. 15 Cn. (lex previa) y por tanto del art. 21 Cn., que considera las dos únicas excepciones a la regla constitucional anterior: en materia de orden público determinada por la CSJ o cuando la ley vigente sea favorable al delincuente¹⁵.

5. Reducir los valores de las sanciones pecuniarias impuestas por el Superintendente sin atender para la nueva determinación el art. 43 LOSSF.

En la página 30 de la resolución se establece un criterio ante el cual, con el debido respeto debo expresar mi oposición. La mayoría del Comité sostiene: ...“una correcta tipificación de la infracción conllevaría a fundamentar la sanción en las normativas

¹⁵ Sólo en las mentes creativas como las de la señora esposa del secuestrador de la historia jurisprudencial tantas veces contada en este procedimiento, cabe la ocurrencia de pretender aplicar una ley ya derogada por la causal de que es más favorable que la ley vigente.

citadas; por tanto, el parámetro que la SSF tenía que valorar para imponer la sanción era el 2% del capital más reserva según lo dispuesto en la LOSSF y no con base en la LSRSF que dispone hasta el 2% del patrimonio, por ser la sanción un aspecto sustantivo y ser esta norma más gravosa que la anterior." [El subrayado es nuestro para sobresaltar]



Y, por considerar que la ley vigente (LSRSF) es "más gravosa" que la ley derogada (LOSSF); por no decir que la ley ya derogada es más ventajosa para el administrado, la mayoría del Comité procedió a reducir las multas, aplicando a cada infracción confirmada la siguiente metodología de cálculo: la misma relación porcentual que el Superintendente expuso que existía del monto en dólares de la multa con respecto al valor en dólares del patrimonio del año 2010, se la aplicó al valor en dólares del capital y reservas de capital, pero del año 2009, para establecer así el monto de la multa que según la mayoría del Comité debería ser la sanción pecuniaria aplicable a cada infracción confirmada.

Según diccionario de la real academia española, pecuniario, del latín *pecuniarius*, significa "perteneciente o relativo al dinero", no a una relación porcentual. A juicio del suscrito, las sanciones impuestas por el señor Superintendente en este caso concreto, en conocimiento del Comité, son pecuniarias (inciso 4° art. 66 LSRSF); no son relaciones porcentuales.

Sin embargo, la mayoría del Comité establece en la resolución la siguiente metodología para establecer los nuevos montos de las multas que se modificaron:

..."respecto a la multa impuesta de diez mil dólares (US\$10,000.00) que equivale al 0.004% del patrimonio de la apelante al 31 de diciembre de 2010, se tomará ese mismo porcentaje, teniendo a la base: a) los estados financieros del año próximo anterior, o sea de 2009; y, b) el Capital más reservas de capital de ese mismo ejercicio fiscal. (...) Como derivado de las operaciones aritméticas realizadas, el monto de la multa es menor en aplicación del art. 37 LOSSF, resultando este de ocho mil doscientos catorce dólares con treinta y un centavos (US\$8,214.31)."

...“respecto de la multa impuesta de cincuenta mil dólares (US\$50,000.00) que equivale al 0.02%, y la multa impuesta de setenta y cinco mil dólares (US\$75,000.00) que equivale al 0.03% del patrimonio de la apelante al 31 de diciembre de 2010, se tomarán esos mismos porcentajes, pero teniendo a la base: a) Los estados financieros del año próximo anterior; o sea de 2009; y, b) el Capital más reservas de capital de ese mismo ejercicio fiscal. (...) A partir de las operaciones aritméticas realizadas, los montos de las multas son menores, siendo éstos, en su respectivo orden, de cuarenta y un mil setenta y un dólares con cincuenta y seis centavos (US\$41,071.56) y de setenta y un mil quinientos seis dólares con veinticuatro centavos (US\$61,506.24).”

Y procedió la mayoría del Comité a resolver entre otras cosas:

c) *Modifíquese el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción (...) en la suma de ocho mil doscientos catorce dólares con treinta y un centavos (US\$8,214.31).*” La multa que el señor Superintendente había definido en US\$10,000.00

d) *Modifíquese el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción (...) en la suma de cuarenta y un mil setenta y un dólares con cincuenta y seis centavos (US\$41,071.56).*” La multa que el señor Superintendente había definido en US\$50,000.00

e) *Modifíquese el monto de la multa impuesta por el cometimiento de la infracción (...) en la suma de setenta y un mil quinientos seis dólares con veinticuatro centavos (US\$61,506.24).*” La multa que el señor Superintendente había definido en US\$75,000

Si bien hizo una aplicación de la ley sustantiva a hechos materiales sucedidos, según la mayoría del Comité antes del 11 de enero de 2011, es de considerar lo siguiente:

a) El señor Superintendente impuso multas pecuniarias, en dólares, con facultad que le otorga el art. 44 LSRSF, a cuya potestad discrecional le impone un límite para el máximo del valor de la multa, un 2% del patrimonio; y los parámetros reglados para

motivar el monto que a su criterio debe imponer están contenidos en el art. 50 LRSRF. Jurisprudencia señala que la motivación es obligada (sentencia definitiva de la Sala de lo Contencioso Administrativo ref. 48-2009 del 12 de marzo de 2015).



- b) Que la metodología establecida por la mayoría del Comité, para aplicar el art. 37 LOSSF, no está contenida en los parámetros que dicha ley establece para la motivación, en su art. 43: *“Las multas a que se refiere el presente Capítulo, serán determinadas atendiendo a la gravedad de la infracción, reiteración y capacidad económica del infractor”*. En mi opinión, dicha metodología viola el principio de legalidad.
- c) La resolución apelada establece las multas pecuniarias y al establecer la relación porcentual respecto al patrimonio, es para confirmar que el valor está dentro del parámetro que le impone a la discrecionalidad del 2% del patrimonio como máximo. Confirmando el señor Superintendente que está abajo del límite máximo de sanción.
- d) Los valores pecuniarios de las multas impuestas por el señor Superintendente, sea respecto al valor del Patrimonio de 2010 o al valor del Capital más reservas de capital del 2009, estaban dentro de nivel máximo permitido, tanto la LRSRF como la LOSSF, ambas del 2.00%, con sus respectivos parámetros de motivación, la primera en art. 50 y la segunda en art. 43.

Considerando lo anterior, es opinión del suscrito, que el Comité no tenía por qué modificar los valores de las multas pecuniarias, a menos que en base al art. 43 de la LOSSF se establecieran criterios distintos a los razonados por el señor Superintendente sobre la base del art. 50 LRSRF.

CONCLUSIONES:

1. Se debió valorar cada una de las infracciones por su comisión en el tiempo.
2. La sentencia referencia 118-2008 de habeas corpus no es un precedente aplicable para resolver el caso concreto de apelación que conoció el Comité.

3. El Comité debió integrar a su análisis la jurisprudencia asentada en la sentencia referencia 174-2003 en el proceso de habeas corpus.
4. La LSRSF contiene el mismo "error conceptual" que identifica la Sala de lo Constitucional, que se cometió al incorporar la prescripción de la acción penal en el Código Procesal Penal.
5. La mayoría del Comité no debió modificar los montos de las sanciones impuestas por el señor Superintendente fuera de los parámetros prescritos por la ley aplicable, art. 50 LSRSF y art. 43 LOSSF, según hubiera correspondido.

---FA Peña R--- PRONUNCIADO POR EL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE
APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LO SUSCRIBE.

-CEL-
-VO-

TO RAZONADO DE LA VOCAL CAROLINA ELIZABETH LÓPEZ ROMERO

En virtud de lo establecido en el párrafo 6° del art. 65 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, expreso por este medio mi desacuerdo parcial con el parecer mayoritario de los miembros de este Comité, reflejado en la resolución dictada en el presente recurso de apelación a las dieciséis horas con quince minutos del día treinta de septiembre de dos mil quince, mediante la cual se resolvió modificar la resolución dictada por la Superintendencia del Sistema Financiero a las catorce horas y treinta minutos del día quince de abril de dos mil quince, en el expediente sancionador con referencia PAS-22/2013 instruido en contra de la sociedad Banco Davivienda, Salvadoreño, Sociedad Anónima, que puede abreviarse Banco Davivienda Salvadoreño, S.A.

I- PUNTOS EN DESACUERDO

No comparto la resolución emitida por la mayoría de los miembros del Comité en los puntos siguientes:



a) Revocatoria de la multa de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% del patrimonio del banco, por la supuesta infracción a la disposición Décima del capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera. (Primera Infracción)

b) Revocatoria de la multa de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% del patrimonio del banco, por la supuesta infracción a la disposición Décima Primera del capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera. (Segunda Infracción).

II- MOTIVOS DE LA DISCREPANCIA

a) La revocatoria de la multa de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$50,000.00) por la supuesta infracción a la disposición Décima del capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera.

La superintendencia sancionó a la sociedad apelante por el incumplimiento a la disposición décima del mencionado instructivo ya que el oficial de cumplimiento no es el responsable de adoptar todas las resoluciones que regula el instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención de Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera, pues éste depende de un gerente de cumplimiento, hecho que, según la Superintendencia del Sistema Financiero se logró comprobar por medio del organigrama y formato global de descripción de puesto para el oficial de cumplimiento AML Banco e IFB, presentado por Banco Davivienda, durante el procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, el Comité de Apelaciones fundamentó su decisión de revocar la presente sanción en:

1)- Análisis de disposición décima del Instructivo de la Unidad de Investigación de Lavado de Dinero y de Activos en las instituciones de intermediación financiera y

2- En el formato Global de descripción de puesto presentado por el apelante en el proceso sancionador.

Al realizar dicho análisis la mayoría del Comité interpretó y concluyó que el inciso primero de la disposición Décima del mencionado instructivo, se refiere aspectos que se circunscriben al desempeño y funcionamiento del oficial de cumplimiento como persona natural y no a la evaluación de la creación de la oficina, como unidad organizativa para lo cual se puede inferir cinco aspectos específicos aplicables a nivel institucional que son:

1. Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento.
2. Presidida por un Oficial de Cumplimiento
3. Puesto aprobado por Junta Directiva
4. La persona designada deberá ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones.
5. La persona debe poseer, entre otras habilidades, conocimiento sobre: a) Operaciones; b) Aspectos jurídicos área de negocios; c) Controles.

Sobre el primer requerimiento la mayoría del Comité menciona que éste se encuentra orientado a la unidad en sí, es decir a la creación de la oficina de cumplimiento como unidad organizativa independiente de otras unidades y con funciones específicas dirigidas a la prevención y detección de lavado de dinero.

A partir del segundo al quinto requisito el Comité de apelaciones considera que la norma se enfoca a definir las cualidades y aptitudes profesionales de la persona que ocupará el cargo; lo que ha servido de base para establecer las pautas y especificaciones del perfil laboral en la descripción de puestos del Manual, que fue preparado por el banco para ese fin, es decir, que la persona que está a cargo de esa oficina ejercerá tal función, asumiendo la responsabilidad de dirigir, administrar y controlar la ejecución de las funciones internas y externas formalmente asignadas.

Así también expresaron que el puesto de oficial de cumplimiento debe ser aprobado por la Junta Directiva, lo cual es un hecho que define:

- Nivel jerárquico del cargo de oficial de cumplimiento;
- Rango de dependencia y
- Delegación de autoridad que proviene directamente de la administración superior de la institución.



Con respecto al cuarto punto, relacionado a ostentar cargo gerencial con facultad para la toma de decisiones, la mayoría del Comité interpreta que este es un requisito *sine qua non* que debe contener el perfil profesional del oficial de cumplimiento, para la ejecución de las funciones asignadas al puesto. Dado que se valora como una habilidad o aptitud inherente a su cargo de tipo gerencial, más que un nombre específico para el puesto en sí, aludiendo que la norma lo que establece es la capacidad de la persona para asumir responsabilidades

En el punto cinco establecen su fundamento en el hecho que la persona debe poseer entre otras habilidades conocimientos sobre operaciones, aspectos jurídicos, área de negocios y controles, lo cual se traduce en una garantía que la persona cuente con la experiencia suficiente en el ramo de operaciones financieras.

En cuanto al análisis realizado al formato global de puesto de oficial de cumplimiento presentado por el apelante en el procedimiento administrativo, la mayoría del Comité argumenta lo siguiente:

1- *Las Instituciones constituirán una Oficina de Cumplimiento.*

El banco ha catado esta obligación, pues tal oficina fue constituida y para su funcionamiento elaboró el formato global de descripción de puesto para el oficial de cumplimiento AML Banco e IFB.

2- *Presidida por un Oficial de Cumplimiento*

En el mencionado formato global de descripción de puesto, se encuentra organizado en dos partes:

2.1- El título del puesto y descripción del puesto en el que contiene las responsabilidades, conocimientos y experiencia, competencias fundamentales y

2.2 - El organigrama de ubicación del puesto.

Dentro de la primera parte está- la sección de "*competencias de liderazgo*", en la cual se incluye: planificación, capacidad para implementar controles de monitoreo, dirigir capacitaciones para empleados, implementar nuevas herramientas para prevenir el lavado de dinero en el Banco, etc.

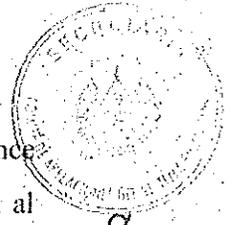
Del análisis de tales requisitos, el Comité concluyó que se ha cumplido los requerimientos de la norma; pues se ha denominado a la persona que fungirá el cargo como "Oficial de Cumplimiento", así como, que éste presida la Oficina de Cumplimiento, ya que el "presidir" va orientado a la acción de dirigir, administrar y disponer los recursos asignados, lo cual se encuentra inmerso en la atribución: "*La persona designada deberá ostentar cargo gerencial con facultad para toma de decisiones y exigencias al puesto creado para este fin.*"

3- *Puesto aprobado por Junta Directiva*

En el organigrama de ubicación del oficial de cumplimiento, existe una conexión de líneas punteadas provenientes directamente de la Junta Directiva que van en dirección a la casilla identificada con el nombre del oficial de cumplimiento. A partir de dicha conexión, el Comité tuvo por evidenciado que la Junta Directiva de la institución es la encargada de aprobar el puesto.

4- *La persona designada debe ostentar cargo gerencial.*

La finalidad del puesto de oficial de cumplimiento implica la adquisición de responsabilidades de alto riesgo institucional, equiparadas con facultades y atribuciones de rango equivalente, para facilitar la toma de decisiones y la resolución oportuna de la problemática cotidiana inherente al puesto partiendo de las responsabilidades que aparecen enumeradas en la descripción del puesto. A partir de tal enumeración, el Comité concluye que se cumple con lo exigido por la norma, es decir, que el puesto de Oficial de Cumplimiento ha sido ubicado a nivel de un cargo de tipo gerencial con



23

facultades para la toma de decisiones, pues se evidenció un amplio alcance en los siguientes niveles: a) en su rango de funcionamiento y dirección al presidir la oficina de cumplimiento; b) al girar instrucciones a las direcciones y gerencias del banco para el cumplimiento normativo pertinente; y, c) como enlace con las autoridades pertinentes al momento de evaluar y remitir información de operaciones sospechosas.

- 5- *La persona debe poseer, entre otras habilidades, conocimiento sobre operaciones; aspectos jurídicos de área de negocios; controles.* La mayoría del Comité menciona que el apartado de “*Conocimientos y experiencia/calificaciones del puesto*”, en el que se puntualizan los requisitos mínimos para desarrollar tal cargo, y dentro de este se exige un nivel de estudio universitario en carreras de contaduría, administración, de derecho o carrera a fin; así como una experiencia de tres años y conocimiento teórico y práctico en la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos; reglamento e instructivo de la UIF y la Ley Contra Actos de Terrorismo, entre otros. Por lo cual, el Comité concluye que efectivamente se le ha dado cumplimiento a esta obligación.

A partir de ese análisis el Comité expresa que el cargo de Oficial de Cumplimiento efectivamente ha sido ubicado a nivel de tipo gerencial para la toma de decisiones, particularmente en: a) nivel interno-unidad; b) nivel institucional; y, c) nivel externo.

Además, concluyen que la facultad para la toma de decisiones es un requisito *sine qua non* que debe implicar o comprender el perfil profesional para la ejecución de las funciones asignadas al puesto, siendo el caso, que más que la definición de un nombre específico se valora más como una habilidad o aptitud inherente al cargo, puesto que el cargo se refiere a un nivel jerárquico determinado y el puesto al nombramiento en la escala organizativa.

El Comité agrega que se debe de tomar en cuenta que la finalidad de la norma es que la persona pueda asumir responsabilidades inherentes al puesto, en particular, la facultad de toma de decisiones. En razón de ello, debido a que dentro de las *competencias fundamentales* de la descripción del puesto, se encuentran las características esenciales, la

capacidad de tomar decisiones, el Comité considera que se está dando cumplimiento a lo establecido en el Instructivo de la UIF, y por lo tanto, proceden a revocar la multa correspondiente a esta infracción.

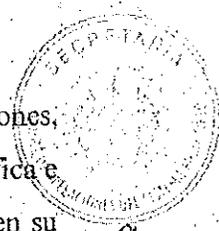
Por último, el Comité advierte que en la resolución impugnada no se ha citado una actuación individual y material derivada de la ubicación en el organigrama relativo al Oficial de Cumplimiento, en la que se evidencia que tal funcionario no haya gozado de una total independencia en la toma de decisiones o que no tiene facultad para tomar "todas" las decisiones que le competen conforme al Instructivo. Por lo que, el Comité expresa que la imputación únicamente se fundamenta en la mera ubicación del cargo en el organigrama sin aplicación práctica.

En esta línea argumentativa, la suscrita considera oportuno comenzar su análisis relacionando una serie de conceptos de administración organizacional enfocados en una institución bancaria tales como: a) "descripción de puesto de trabajo"; b) "perfil del cargo"; y, c) "organigrama institucional". Posteriormente se analizará los elementos de la disposición Décima del **Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera** y el formato de descripción de puesto.

Los bancos son instituciones cuyo giro principal es la intermediación financiera, es decir, captan fondos del público y como todas las sociedades están enfocadas en cumplir sus objetivos y para estos deben contar con una estructura organizacional que les permita alcanzar sus metas. Tal estructura es fundamental, pues define y divide las funciones y establece la autoridad y responsabilidades en cada departamento, así como su jerarquía, cadena de mando, asignación de recursos. Es bajo este análisis que surge la figura de la "descripción de puesto de trabajo"

La descripción de puesto¹⁶ es un proceso que consiste en enumerar las tareas y atribuciones que conforman el cargo y los requisitos que el ocupante necesita cumplir.

¹⁶ Temas abordados por Zelaya Lucke, Julio; "Clasificación de Puestos", Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica (2006); Rodríguez Valencia, Joaquín, "Del Análisis de Puestos al Diseño de Puesto de Trabajo, Editorial Trillas, (2011); Melgar Callejas, José María "Organización y Métodos para el Mejoramiento Administrativo de las Empresas", UFG Editores (2002).



3

El término “puesto” conceptualmente significa el conjunto de operaciones, cualidades, responsabilidades y condiciones que forman una unidad de trabajo, específica e impersonal que no tiene relación alguna con el individuo en concreto que lo ocupa en su momento. El puesto es una unidad teórica y por lo mismo no se refiere a la persona concreta que lo ocupa, constituye lo que debe hacerse y lo que quiere que el trabajador posea para poder ocuparlo.

Asimismo, dentro de la descripción de puesto se encuentra el “perfil del cargo”¹⁷, el cual consiste en el recuento de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes y experiencia que debería tener las personas que lo ostenten un determinado puesto.

Además, siempre dentro del estudio de la estructura organizacional, se encuentran los organigramas, cuyo objetivo es construir una representación gráfica de la estructura orgánica de una institución, sus niveles de jerarquía, dependencias y las principales funciones que desarrolla.

Los organigramas son instrumentos útiles que proporcionan una imagen formal de una institución; representan un elemento técnico valioso para el análisis organizacional en la división de funciones, niveles jerárquicos, líneas de autoridad y responsabilidad, canales de comunicación, naturaleza lineal o asesoramiento del departamentos, autoridades en cada área y las relaciones que existen entre los diversas secciones y puestos dentro una empresa.

Bajo esta línea, no comparto la conclusión a la que llego la mayoría del Comité al afirmar que la norma Décima del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero en las Instituciones de Intermediación Financiera se refiere al desempeño y funcionamiento del oficial de cumplimiento como persona natural, omitiendo hacer un análisis sobre la creación de la oficina de cumplimiento.

Al respecto es importante establecer que la Superintendencia del Sistema Financiero como ente supervisor de la actividad bancaria en cuanto a la prevención de lavado de dinero, está obligada a verificar que los bancos den cumplimiento a tal disposición y una de la forma de cómo asegurarse que se acate, es que el banco tenga un instrumento que lo desarrolle, como la descripción del puesto del oficial de cumplimiento.

¹⁷ Temas abordados por Zelaya Lucke, Julio; “Clasificación de Puestos”, Editorial Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica (2006); Rodríguez Valencia, Joaquín, “Del Análisis de Puestos al Diseño de Puesto de Trabajo”, Editorial Trillas, (2011); Melgar Callejas, José María “Organización y Métodos para el Mejoramiento Administrativo de las Empresas”, UFG Editores (2002).

Las facultades en la toma de decisiones no se pueden solamente analizar como una simple aptitud o cualidad, inherente a la persona como lo menciona la mayoría del Comité; ya que la disposición Décima del Instructivo no menciona que la toma de decisiones sea una habilidad o cualidad esenciales de la persona, sino que la menciona como una facultad al cargo que se traduce en el derecho de poder tomar esas decisiones de manera independiente.

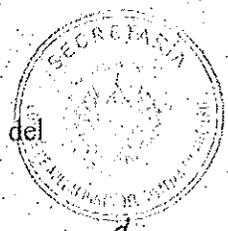
Otro de los elementos expuestos por la mayoría del Comité con el cual no estoy de acuerdo, es la interpretación que le dan al nivel jerárquico del oficial de cumplimiento que deviene del hecho de ser aprobado por junta directiva, lo cual es suficiente para garantizar el soporte técnico, rango de dependencia, apoyo administrativo y delegación de autoridad.

Esta afirmación es incompleta ya que el rango de dependencia, soporte técnico, apoyo administrativo y delegación de autoridad no proviene solamente del nombramiento que hace la junta directiva de un cargo, sino también de su descripción del puesto. Es en este documento se establecen las tareas, responsabilidades, características y las condiciones del puesto, habilidades, destrezas, educación que debe de poseer la persona que desempeña el cargo y las relaciones que deben de existir con otros puestos de la sociedad o instituciones y dependencia jerárquica.

El organigrama que presenta el banco en el que consta que la Junta Directiva tiene líneas discontinuas hacia al oficial de cumplimiento; tal hecho, en materia de Organización de Empresas puede interpretarse que - desde el punto de vista administrativo- entre la junta directiva y el oficial de cumplimiento existe una relación de asesoría externa por el tipo de líneas discontinuas que han utilizado¹⁸, siendo lo correcto utilizar la línea continuas de trazos finos entre ambos porque esto define asesoría interna coordinación entre ambos, brindándose entre sí conocimientos especializados.

La junta directiva es el órgano de administración de mayor jerarquía dentro de la sociedad. De este órgano de administración social depende el nombramiento de oficial de cumplimiento, siendo este el hecho que demarca su dependencia jerárquica; sin embargo, las responsabilidades provienen de una descripción de puesto realizado de acuerdo a los parámetros exigidos en ley. Para efectos estratégicos es a la Junta Directiva la que le compete verificar que toda la normativa relacionada a lavado de dinero se ejecute de

¹⁸ Franklin F. Enrique, "Organización de Empresas". Mc Graw Hill (2004). Pg. 93



acuerdo a la normativa vigente, ya que los bancos tienen como característica esencial del negocio la confianza.

Ahora bien cuando realizamos el análisis de la segunda parte del organigrama, es decir, la relación que existe entre el gerente de cumplimiento y oficial de cumplimiento hay una línea en forma de flecha descendente del primero hacia el segundo. Y además, tenemos otra línea descendente desde el oficial de operaciones HSBC El Salvador hacia el Gerente de cumplimiento, lo que significa que el oficial de cumplimiento en El Salvador tiene dos jefes jerárquicos arriba de su puesto.

De la estructura del organigrama presentado se puede concluir que estamos frente a una estructura con un flujo de trabajo estrictamente vertical lo que rompe con el principio de independencia en la toma de decisiones, pues el oficial de cumplimiento obedece jerárquicamente a un gerente de cumplimiento y al oficial principal de operaciones HSBC El Salvador. Tal aspecto también se puede ratificar en el formato global de descripción de puesto en el que se determina al señor Ítalo Patricio Machuca Massis como Jefe inmediato con el cargo de Gerente de Cumplimiento.

Lo anterior, incumple totalmente el espíritu de la disposición Décima del precitado Instructivo, en cuanto a la toma de decisiones de manera independiente porque jerárquicamente el oficial de cumplimiento obedece a un Gerente de cumplimiento, rompiendo así, el principio de independencia en la toma de decisiones. Por lo cual, para entender lo contrario – es decir que no haya vulneración al principio de dependencia jerárquica – las líneas que unen al oficial de cumplimiento con el gerente de cumplimiento y al oficial principal de operaciones HSBC El Salvador, debieron ser discontinuas, ya que solo así se podría concluir que entre ellos existe una relación de asesoría y cumplimiento de buenas prácticas a nivel organizacional, que les permita proponer (no ordenar) para resolver un asunto¹⁹.

Por otra parte es importante señalar que cuando hablamos del oficial de cumplimiento, estamos ante un ejecutivo designado por la junta directiva con rango gerencial, aspecto que debe estar definido dentro de la descripción del puesto, porque esto implica que es un ejecutivo de rango superior, y que por lo tanto está facultado para la toma

¹⁹ Op.Cit. Franklin F. pg. 93

de decisiones de manera independiente en la prevención de lavado de dinero, elemento que no se cumple en este caso porque el oficial de cumplimiento del banco tiene un jefe designado en la descripción de puesto, que corresponde al señor Italo Patricio Machuca Massis, quien es Gerente de cumplimiento.

El oficial de cumplimiento al ser un empleado del banco con cargo gerencial, se encuentra encargado de apoyar y asesorar la administración de la institución, en la medición, control y manejo del riesgo de lavado de activos.

Dentro de las funciones y facultades que debe contar este puesto son:

1. Formular, ejecutar y diseñar procedimientos y controles adecuados, efectivos y de calidad, para prevenir que el banco se vea involucrado en los delitos derivados de lavado de dinero.
2. Impulsar, promover y desarrollar la cultura corporativa de la administración de la institución en la medición, control y administración del riesgo de lavado de activos y para tal efecto debe de desarrollar programas internos de capacitación.

Como se expresó anteriormente, existe una confusión por parte de la mayoría del Comité entre los términos de “descripción del puesto de trabajo” y “el perfil de cargo”, las cuales son figuras relacionadas, pero distintas, pues efectivamente en el Formato Global de Descripción de Puesto se encuentra apartado denominado “Conocimiento & experiencia/calificación del puesto” que hace referencia al perfil del cargo. En otras palabras, una persona puede tener como habilidad personal “la toma de decisiones”, pero puede estar en un puesto con un rango jerárquico que le impidan o se le bloquee poner en práctica tal función.

En base a lo anterior, soy de la opinión que no era procedente revocar la sanción en comento, pues a partir de la lectura del Formato Global de Descripción de Puesto queda evidenciado que el Oficial de Cumplimiento no cuenta con la facultad para la toma de decisiones con independencia, pues depende jerárquicamente de dos jefaturas.



b) Revocatoria de la multa de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$50,000.00) que equivale al 0.02% del patrimonio del banco, por la supuesta infracción a la disposición Décima Primera del capítulo VIII del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera. (Segunda Infracción).

Con respecto al supuesto incumplimiento a la disposición Décima Primera del mencionado instructivo, la Superintendencia expresa que al revisar el formato global de descripción de puesto para el oficial de cumplimiento AML Banco e IFB de fecha 28 de octubre 2009, se verificó que el oficial de cumplimiento no cuenta con las competencias a las que se refiere la disposición Décima Primera del instructivo aludido, pues quedan fuera de dicha descripción de puesto, las facultades contenidas en los numerales 8,9 y 10 de tal norma.

El Comité expresa que la norma Décima Primera del Instructivo de la UIF trata sobre las características y peculiaridades requeridas para la integración de la Oficina de Cumplimiento, entendida como una unidad administrativa independiente de otras entidades operativas, con funcionalidad y desarrollo institucional apegado a las facultades establecidas en el precitado instructivo.

Para el caso de la disposición Décima del Instructivo UIF, por tratarse del establecimiento de requisitos orientados al cumplimiento de una persona natural en un puesto determinado, existió la necesidad de recurrir al Formato Global de la Descripción del Puesto, pues tal documento precisa características de tipo personal y profesional, que a nivel de control organización e institucional, se encuentran integradas en un documento global denominado Manual de Descripción del Puesto.

Por lo cual, mientras la disposición Décima va dirigida al Oficial de Cumplimiento (persona natural que preside la Oficina de Cumplimiento), la disposición Décima Primera va dirigida a la Oficina de Cumplimiento (unidad organizativa como parte de la estructura orgánica y funcional dentro de la Institución).

En este orden de ideas, para el estudio de las facultades asignadas institucionalmente para el funcionamiento de la Oficina de Cumplimiento, el Comité expresó que es necesario el uso de recursos e instrumentos administrativos que se encuentren acordes al nivel jerárquico de esa unidad operativa dentro de la organización formal de un banco. Es decir,

las funciones de la Oficina de Cumplimiento, están contenidas en un documento que registra y vincula las atribuciones de las diferentes unidades administrativas integrantes de la organización institucional, en otras palabras, un Manual de Organización, y por lo tanto, se tuvo que haber evaluado éste último.

Sin embargo, en la resolución impugnada se utilizó el "Formato Global de Descripción de Puesto para el Oficial de Cumplimiento AML Banco e IFB" para establecer el incumplimiento a la disposición Décima Primera del Instructivo del UIF, y a partir de él se determinó que en dicho formato no han sido asignadas al puesto del Oficial de Cumplimiento algunas de las competencias establecidas en la mencionada disposición.

Por lo cual, el Comité concluye que para realizar un análisis congruente y con base a los requerimientos establecidos en la disposición en comento, debió considerarse los documentos administrativos que contuviesen las pautas y directrices idóneas; el Comité advirtió que se realizó de manera indebida una relación comparativa entre las facultades asignadas a una unidad administrativa específica (la Oficina de Cumplimiento), con las características y perfil de una persona natural, contenidos en una Descripción del Puesto (Oficial de Cumplimiento).

A partir de lo anterior, el Comité consideró que no existe afinidad ni congruencia entre las atribuciones y facultades establecidas al Oficial de Cumplimiento y la Oficina de Cumplimiento, por lo que, para el resto de los miembros del Comité, no era posible realizar un proceso comparativo para efectos de determinar el cumplimiento de obligaciones y facultades asignadas en la norma en comento y que deben encontrarse en la documentación de manejo y control interno de las instituciones evaluadas, en este caso, Banco Davivienda y por lo tanto revocó la multa impuesta por el la supuesta infracción a la Disposición Décima Primera del Instructivo UIF, pues según ellos, no era posible sostener la mencionada infracción, lo cual llegaría a vulnerar los principios de tipicidad y responsabilidad.

En este caso, disiento también con la mayoría del Comité porque al tomar la decisión de revocar la infracción han confundido nuevamente los términos de "descripción de puesto" y "perfil del cargo". La disposición Décima Primera es una norma orientada a establecer facultades que debe de tener el cargo de oficial de cumplimiento, las cuales

deben traducirse en el formato de descripción del puesto como principales responsabilidades.

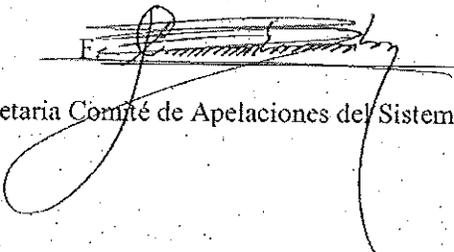
El Comité equívocamente interpreta que para evaluar el cumplimiento de la disposición Décima Primera, se tuvo que atender a un manual de organización, y no al Formato Global de Descripción del Puesto, ya que este último va destinado al Oficial de Cumplimiento, dejando claro la confusión que tienen sobre estos dos conceptos de administración organizacional.

Como expresé anteriormente, no se puede separar la figura de la Oficina de Cumplimiento con la del Oficial de Cumplimiento, pues en razón de la primera es que se le otorga todas las facultades, atribuciones y responsabilidades al cargo que ocupa el oficial de cumplimiento. Por lo que, el Formato Global de Descripción del Puesto era la prueba idónea para verificar el cumplimiento de la disposición Décima Primera, por ser éste el documento que desarrolla la descripción del puesto.

En virtud de lo anterior, no se tuvo que haber revocado la multa correspondiente a la infracción a la disposición Décima Primera del Instructivo UIF, pues el Formato Global de Descripción del Puesto no contiene las facultades expresadas en los numerales 8,9 y 10 de la mencionada disposición.

--CEL--

Es Conforme, la cual se confrontó con su original, y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación al señor Superintendente del Sistema Financiero, de la resolución antes transcrita a las trece horas con quince minutos del día cinco de octubre de dos mil quince.


Secretaria Comité de Apelaciones del Sistema Financiero



