La Infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las once horas con cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil dieciocho, pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-4-2018, promovido por el señor Jorge Arístides Belloso Posada en su calidad personal como ex Oficial de Cumplimiento del Banco Agrícola, S.A. y el Banco Agrícola, S.A., por medio de su apoderado general judicial con cláusula especial, abogado Miguel Ángel Cedillos Arévalo, y que literalmente dice:

CA-04-2018

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las once horas con cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil dieciocho.

Por agregado el escrito presentado el 26 de junio del corriente año, por medio del cual la Jefe de notificaciones y pago de AFP Crecer, S.A. informa que el señor Jorge Arístides Belloso Posada recibe pensión de vejez por un monto de US$3,976.59 desde el 3 de diciembre de 2007 y anexa copia de la resolución por medio de la cual se concede al señor Belloso Posada pensión de vejez definitiva.

Por agregado el escrito presentado el 5 de julio de 2018, por medio del cual el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero, en carácter de delegado del Superintendente del Sistema Financiero (en adelante Superintendente), emite opinión en el presente recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 67 inciso final de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF).

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el señor Superintendente a las 14 horas con 30 minutos del 18 de abril de 2018 en el procedimiento administrativo sancionador PAS-027/2017 promovido contra el licenciado Jorge Arístides Belloso Posada (que en adelante también se le denominará "el apelante") y Banco Agrícola, Sociedad Anónima, que puede abreviarse Banco Agrícola, S.A. (que en adelante también se le denominará banco o banco apelante).

En dicha resolución se determinó la responsabilidad administrativa del: i) señor Jorge Arístides Belloso Posada de haber infringido el romano II) de la letra e) del art. 10 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (en adelante LCLDA), contenido en el texto del Decreto Legislativo número 498 de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 240 Tomo 341 de fecha 23 de diciembre de 1998, en relación al romano XVIII Monitoreo y Elaboración de Informes, letra A. Monitoreo, numerales 1,2, y 5 del "Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo" y por tanto le impuso una multa de US$21,000.00; y ii) Banco Agrícola, S.A. de haber infringido la letra d) del art. 10 LCLDA de acuerdo al texto del Decreto Legislativo número 498 de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 240 Tomo 341 de fecha 23 de diciembre de 1998, en relación al romano XX, letra A. Sistema de Auditoría y Cumplimiento, numerales 1 y 2 del "Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo", y por tanto le impuso una multa de US$431,414.72.

Y CONSIDERANDO:

I. Que el señor Jorge Arístides Belloso Posada actuando en su calidad personal, interpuso recurso de apelación contra la resolución emitida por el señor Superintendente por no estar de acuerdo con la responsabilidad administrativa que se le atribuyó respecto a la infracción antes identificada. A continuación, se sintetizan los argumentos expuestos por el señor Belloso Posada en el recurso interpuesto:

A. Prescripción de la acción para imponer sanción

El señor Belloso Posada argumenta que según el auto de inicio, el hecho generador de la infracción fue la instrucción que él giró el 19 de agosto de 2010, conducta realizada antes que entrara en vigencia la LSRSF, de manera que debe de aplicarse el art. 112 LSRSF, que regula el plazo de prescripción de 5 años contados a partir de la fecha en la que se haya terminado de cometer el hecho o de ocurrir la omisión sujeta a sanción, y no el art. 69 LSRSF, como erróneamente se basa el señor Superintendente, y que prevé un plazo de prescripción de 10 años contados a partir de los mismos supuestos.

Explica que el señor Superintendente calificó la conducta imputable como infracción permanente, bajo el análisis que ésta se originó por medio de la orden girada el 19 de agosto de 2010 y que cesó hasta el 14 de mayo de 2015; sin embargo, el apelante disiente con dicha calificación, ya que si la orden fue girada en el 2010, ésta se aplicó inmediatamente y no se dio sucesivamente en el tiempo. De esta forma, arguye que la potestad del señor Superintendente prescribió el 19 de agosto de 2015, al serle aplicable el plazo transitorio de prescripción de 5 años contados a partir de los términos previstos en el art. 112 LSRSF.

Afirma que la aludida orden se dio por terminada en la misma fecha en que se dictó, de manera que ésta última se diferencia de los efectos sucedidos con posterioridad. Manifiesta que dejó de laborar para el Banco Agrícola, S.A. el 14 de mayo de 2014, por lo que cuestiona que se le pretenda deducir responsabilidad administrativa desde de su retiro, hasta el 30 de octubre de 2015, fecha del informe de auditoría de Riesgos Tecnológico practicado a dicho banco. Cuestionando, además, que de estar ante un incumplimiento continuando y permanente, aún después de su retiro del banco, por qué no se le imputa responsabilidad administrativa a la persona que lo sustituyó como oficial de cumplimiento; concluyendo así, que los hechos atribuidos no tienen la característica de ser continuados ni permanentes, sino que se dieron e implementaron de forma inmediata con la orden girada el 19 de agosto de 2010.

B. No proporcionalidad de la multa impuesta

Como segundo punto de apelación, el señor Belloso indica que se le pretende aplicar una multa de US$21,000.00, equivalente a 70 salarios mínimos urbanos mensuales del sector comercio, tomando como referencia que recibe una pensión por vejez de US$3,485.87.

De esta forma, cuestiona que se le imponga una multa que excede 6 veces el valor de la pensión bruta que recibe y en más de 11 veces la pensión neta, ya que posee un préstamo de vivienda hipotecaria otorgado por Banco Agrícola, S.A., y anexa para tal efecto una captura de pantalla del préstamo 8093498269.

Agrega que la pensión que una persona recibe es para subsistir, atender necesidades básicas y obligaciones personales y familiares; explica que la pensión no es un salario mínimo para que se le aplique 70 veces su valor, y que dicha multa lo dejará desprotegido económicamente. De esta forma, indica que la base sobre la cual pretenden aplicarle la multa no tiene razón de ser, en primer lugar porque no recibe salario si no pensión, y en segundo, por ser totalmente desproporcionada, violando así la parte final del art. 50 y 3° párrafo del art. 54, ambos de la LSRSF.

Para finalizar este punto, menciona que la pensión que recibe una persona debe de ser protegida y no debe estar sujeta a descuentos indebidos tal como lo pretende el señor Superintendente, aunado a que ésta fuente de ingreso ni siquiera es objeto de deducción para efectos fiscales.

C. Argumentos Técnicos

El señor Belloso Posada afirma que en ningún momento se dejó de monitorear al 100% los clientes del Banco Agrícola, S.A., ya que dicho ente financiero contaba con un sistema para prevenir el lavado de dinero y que, especialmente, el monitoreo de las transacciones de los clientes se efectuaba a través de diferentes medios, por tanto, la orden de 2010 que excluye las 6 alertas a algunos clientes, no implicó la omisión de monitoreo.

Agrega que brindó las explicaciones respectivas al señor Superintendente, pero éstas no fueron consideradas, por existir desde un inicio una conclusión preconcebida de su culpabilidad. A continuación procedió a detallar cómo realizaba el monitoreo de las transacciones de los clientes:

1. **Base de monitoreo para la identificación del cliente y de sus transacciones**

Explica que el control o monitoreo se realizaba en base al perfil del cliente y no necesariamente por cada producto y que de esta forma la Gerencia de Cumplimiento tiene un panorama más amplio y mejor comprensión de todas las transacciones del cliente, ya que si éste moviliza dinero a través de distintos productos, la herramienta o módulo de prevención de lavado de dinero podía alertar por una transacción en particular o por la acumulación de ingresos o salidas efectuadas en todas sus cuentas y no solo en una.

Así, al digitar el número único del cliente en el visor de alertas o en el Módulo UFC (Unidad de Fiel Cumplimiento), se desplegaba todas las transacciones del cliente por un amplio período, su calificación de riesgo y sus características demográficas, coincidencias en listas negras y si era una persona expuesta públicamente (PEP) (sic)[1].

2. **Alertas parametrizadas para el monitoreo de las transacciones de todos los clientes**

Hace mención del Informe No. DR-ROT-128/2015 de la SSF en el que se señala que el banco les entregó a los auditores de la SSF un inventario de 13 alertas de monitoreo, y que se identificó (a nivel de registro histórico) que de éstas, 6 contenían alguna lista de exclusión. En ese contexto, el señor Belloso Posada explica que para el resto de las alertas no existías listas de exclusión, por lo que se puede concluir que sí se monitorearon las transacciones del 100% de los clientes, directa o indirectamente a través de otras alertas.

Explica que los representantes de la SSF fueron de la tesis que al haber listas de exclusión en algunas alertas para ciertos productos, se dejaron de monitorear sus operaciones; agregando que tal aseveración fuera correcta si la herramienta de Monitor ACRM se limitara a llevar un control por producto y no por cliente.

Procede a hacer referencia a la alerta denominada **"960 ALERTAS DE CLIENTES CLASIFICADOS POR FACTORES DE RIESGOS"**, la cual asevera estar dentro de las 10 alertas que no tenían listas de exclusión. Explica que para este tipo de alerta, el 100% de los clientes de una institución son calificados con base a los distintos factores de riesgo, siendo que dicho sistema solo generaba alerta de aquellos clientes que alcanzaran una determinada calificación de riesgo.

[1] Persona Expuesta Políticamente

Continúa explicando que la referida herramienta asignaba una calificación de riesgo a cada cliente; así, las alertas se solían programar para los clientes que alcanzaran el umbral de alto riesgo; agrega que mediante la alerta 960 **CLIENTES CLASIFICADOS POR FACTORES DE RIESGOS**, el factor de mayor peso era el transaccional (47 subfactores con sus respectivas condiciones), y a través de éste y otros 5 factores se monitoreaba la totalidad de las transacciones efectuadas por un cliente.

Indica que Banco Agrícola, S.A. monitoreaba a través del Factor Transaccional una diversidad de operaciones o transacciones financieras, las cuales eran automáticamente calificadas por el Sistema Monitor ACRM; de esta forma, dependiendo de su transaccionalidad un cliente podía variar diariamente su calificación de riesgo, al grado de generar una alerta al momento de alcanzar el umbral de cliente de alto riesgo.

Para finalizar este punto, manifiesta que el sistema de monitoreo por factores de riesgo es la herramienta más idónea para dar seguimiento a la prevención de lavado de dinero y explica que Banco Agrícola, S.A. posee normativa interna que prevé la metodología de segmentación por factores de riesgos, por tanto, la calificación de los clientes por factores de riesgo y su monitoreo es un documento oficial a nivel institucional, el cual es implementado por la casa matriz de dicha institución (Bancolombia), quien había requerido que el procedimiento se homogenizara en las filiales; además, expone que el Comité de Normas del Banco Central de Reserva aprobó las *Normas Técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos y financiamiento al terrorismo (NRP-08)*, que establece el deber de dar seguimiento sistemático y oportuno a los factores de riesgo de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. Con lo anterior, el señor Belloso Posada confirma que el Sistema Monitor ACRM y la calificación por factores de riesgo era la forma más idónea de identificar, medir, controlar y monitorear los riesgos de lavado de dinero.

3. Monitoreo de clientes a través de alertas de operaciones en efectivo

El apelante trae a consideración el informe No. DR-ROT-128/2015 del 30 de octubre de 2015, en el cual, entre otros, la representante de la SSF indicó que los insumos utilizados por la auditoría interna del banco para la evaluación fueron reportes de agencia sobre operaciones en efectivo por los montos que establece la ley, sin efectuar un análisis del cliente. El señor Belloso Posada manifestó disentir con la afirmación de la SSF, ya que, para cada reporte, los empleados del banco completaban el formulario F-UIF 01 el cual tenía un apartado para calificar la transacción como normal o irregular; y, que el Banco Agrícola, S.A. contaba con políticas para complementar dicho formulario.

A partir de lo anterior, afirma que hubo una evaluación de los clientes y de las transacciones que efectuaban. Agrega que los referidos formularios eran revisados por la Gerencia de Cumplimiento, por ser ésta la responsable de enviarlo a la UIF. Además, expone que en caso que no se hubiera realizado el análisis correspondiente de la transacción y del cliente, el responsable sería el funcionario de la agencia y no el oficial de cumplimiento.

4. Módulo de alertas por operaciones múltiples (acumuladas en un mes calendario)

Explica que el programa Sistema Visual OPM, no formaba parte de la herramienta Monitor ACRM, y que servía para cumplir con el art. 9 LCLDA y art. 3 de su reglamento. Además que dicho sistema acumulaba todas las transacciones en efectivo de los clientes y generaba al final de cada mes alertas para los ejecutivos o gerentes de las agencias de los clientes que excedieran el límite en referencia.

Con este programa también se requería que los gerentes representantes del banco calificaran las alertas y que, posteriormente, el analista de cumplimiento diera seguimiento a la gestión de las operaciones múltiples y revisara a los clientes señalados como "sospechosos" o que reiteradamente superaran el límite de los US$57,142.86, y a partir de la conclusión que llegara, determinar si procedía remitir algún reporte de operación sospechosa a la UIF y a la SSF.

5. Mejoras en la estructura organizativa y estructura tecnológica

Por último, hace referencia a otras acciones implementadas en la Gerencia de Cumplimiento del Banco Agrícola, S.A. durante su gestión.

II. Por su parte, el Banco Agrícola, S.A., por medio de su apoderado Miguel Ángel Cedillos Arévalo interpuso recurso de apelación contra la resolución sancionadora identificada en el preámbulo de este acto, por no estar de acuerdo con el incumplimiento a la responsabilidad administrativa que se le atribuye. A continuación se sintetizan los argumentos expuestos por el apoderado de dicho banco en el recurso que interpuso.

A. Inexistencia de norma sancionadora constitucionalmente válida: Inconstitucionalidad del art. 44 LSRSF

El banco argumenta que para el caso en autos se la ha aplicado una disposición incompatible con la normativa constitucional.

Hace referencia a la vinculación de los principios de legalidad y de seguridad jurídica en cuanto a la previsión legal de las conductas a sancionar, tanto en materia penal como administrativa. En ese sentido, realiza una serie de citas jurisprudenciales, arribando que el principio de legalidad en materia punitiva exige que para castigar una conducta, ésta debe estar previamente establecida en la ley como infracción administrativa, de manera clara, precisa e inequívoca, de modo tal que las personas conozcan con exactitud las conductas que son administrativamente reprochables; por lo que no puede considerarse conforme al art. 15 Cn., tipos formulados en forma abierta cuya aplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria de los jueces o tribunales.

El banco señala que el vicio más radical del acto impugnado es la falta de tipicidad de la conducta que se le atribuyó, en razón a la inconstitucionalidad del art. 44 LSRSF, señalando que al respecto existe consolidada jurisprudencia.

Expresa que la imputación de la SSF al banco descansa en la letra a) del art. 44 LSRSF y no en el inciso 1° de la misma disposición, como invoca el señor Superintendente en el anuncio del fallo de la resolución impugnada, ni que sea claro cuál es el fundamento específico de la pretendida tipología indirecta. Asimismo, explicó que durante el procedimiento administrativo sancionador dio a conocer al Superintendente sobre el pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante el cual inaplicó el art. 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero -derogado-, cuyo contenido es equivalente al vigente art. 44 LSRSF, por tener ambas disposiciones cláusulas abiertas, que habilitan a la Superintendencia a sancionar por las infracciones a obligaciones contenidas en las mismas leyes y en otras aplicables, sin indicar alguna conducta en específico.

Además, trajo a consideración la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo referencia 131-2015, en el cual dicho tribunal inaplicó el art. 44 letras a) y b) LSRSF; y agrega que tal pronunciamiento concluyó que en la mencionada disposición no existe tipo de infracción, por lo que no puede ser base normativa constitucionalmente válida para dictar actos sancionatorios. Continúa citando la sentencia de inconstitucionalidad 53-2013 pronunciada por la Sala de lo Constitucional, y explica que a partir de esta sentencia se puede llegar a la conclusión que no son constitucionalmente admisibles las remisiones genéricas e indiscriminadas a otros sectores del ordenamiento jurídico para intentar configurar un tipo punitivo.

Para concluir este punto de apelación, el banco critica que la SSF en su resolución se apoyara con el voto disidente formulado por la magistrada presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la referida sentencia 131-2015, ya que la postura del tribunal se configuró con el

voto mayoritario de los magistrados que la integran, cuya decisión radicó en un análisis de constitucionalidad del art. 44 LSRSF, llegando a la conclusión que dicha disposición es inconstitucional por hacer una llana mención a incumplimientos de disposiciones normativas, con remisión difusas y excesivamente indeterminadas, por lo tanto, el voto disidente carece de valor normativo alguno, el cual además, está exclusivamente fundado en doctrina extranjera, sin explicar los supuestos motivos de su aplicación en el régimen jurídico salvadoreño.

B. Insuficiente motivación del acto administrativo sancionatorio

El banco apelante señala que la SSF no indica cómo y por qué llegó a la conclusión de que la conducta que se le imputó es constitutiva de infracción y que, en consecuencia, es merecedora de una multa mayor a cuatrocientos mil dólares. A partir de lo anterior, manifiesta no saber cuál es el tipo punitivo frente al que tiene que defenderse, cuáles son sus elementos, cuál es el análisis concatenado que ponga en evidencia, elemento por elemento, la labor de subsunción o encaje para determinar que la conducta encaja o no en la tipología de una infracción.

En base a lo anterior, el banco señala que se ha vulnerado el derecho de legalidad y el de defensa. Sobre el primero de éstos, argumenta que la conducta que se le atribuye tiene fundamento en el art. 44 LSRSF; el cual, a su criterio viola el mandando de tipificación y por tanto la SSF no cuenta con potestad para sancionar. Dicha ausencia de potestad se potencializa cuando la SSF ni siquiera motiva su decisión en lo exigido por la tipicidad, ya que no realiza un ejercicio de unir o conectar dos normas para generar un tipo. Sobre la vulneración al derecho de defensa argumenta que el banco no tiene claridad sobre cuál es la imputación y desconoce las justificaciones que motivaron a la SSF para establecer que la conducta atribuida es una infracción, lo que le impide conocer el fundamento de su decisión y por tanto, le impide formular la defensa que estime procedente.

C. Violación del Principio de Culpabilidad

Como tercer motivo de apelación, el banco señala que no se aprecian pruebas ni razonamientos de índole probatorio suficientes para romper su presunción de inocencia. En esa línea, manifiesta que el único insumo relacionado en calidad de prueba es el *"Informe de la Vice presidencia de auditoría interna del Banco Agrícola, S.A. fechado 7 de octubre de 2015"*, y a partir del mismo, la SSF sostiene que hasta esa fecha se comprobó la existencia de la lista de exclusión en el sistema de monitoreo y la eliminación de dicha lista, así como las pruebas sobre las parametrizaciones y alertas que debía generar el sistema.

Argumenta que la conducta atribuida es la infracción a la letra d) del art. 10 de la LCLDA en relación al romano XX, letra A. Sistemas de Auditoría y Cumplimiento, numerales 1 y 2 del Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, siendo en esencia que dicha norma establece la obligación a cargo de las entidades bancarias de establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en la LCLDA. Al respecto, el banco apelante señala que la referida obligación legal ha sido fiel y totalmente cumplida, lo cual puede ser acreditado con la documentación que obra ya en la SSF y que no fue valorada al emitir la resolución impugnada y hace referencia a los planes anuales de auditoría interna remitidos a la SSF por Banco Agrícola, S.A., en cumplimiento a la normativa aplicable.

Explica que, en observancia al Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros y las Normas Técnicas de Auditoría Interna para los Integrantes del Sistema Financiero, elaboró planes de auditoría que fueron posteriormente aprobados por su Junta Directiva, y que fueron recibidos por la SSF, siendo que dichos planes no fueron observados por la SSF, es decir, que éstos fueron aprobados; ello indica que cada año, la SSF tuvo conocimiento íntegro de la ejecución que Banco Agrícola, S.A. desarrollaba los referidos planes anuales.

Indica que en cada plan anual de auditoría se detalla actividades de auditoría interna tendentes a lograr la observancia y respeto de las normas y de las reglas contenidas en la LCLDA, con el fin de establecer mecanismos de auditoría interna para verificar su cumplimiento.

Para tal efecto, el banco apelante hace referencia a los planes de auditoría de los años 2008 al 2018, los cuales están en poder de la SSF y que no fueron objeto de análisis por dicha autoridad; afirma que con los referidos planes se evidencia la voluntad del banco de un auténtico cumplimiento a la obligación de establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de la LCLDA.

En base a lo anterior, es del criterio que el examen de auditoría del 7 de octubre de 2015 titulado *Evaluación a parametrización de alertas para la prevención de lavado de dinero y activos,* es la única prueba relacionada y valorada por la SSF para imponer la sanción impugnada, por una infracción inexistente y por un incumplimiento inimputable y no probado. Asimismo, arguye que la SSF incurrió en una lectura aislada del referido informe, y a partir del mismo realiza aseveraciones infundadas, en tanto que se trata del análisis y valoración de un único documento, obviando el principio de unidad de la prueba, en el sentido que, en razón del coyuntural informe de auditoría del

7 de octubre de 2015, la SSF debió considerar toda la prueba acreditada en el procedimiento, que llevaría a la conclusión que el banco sí implemento los mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de la LCLDA.

Agrega que el citado informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna fechado el 7 de octubre de 2015 únicamente acredita una situación coyuntural y ya superada, pero en ningún momento se acredita, con tal documento, que Banco Agrícola, S.A. no haya establecido mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de la LCLDA (conducta atribuida constitutiva de infracción). Así, ni con el mencionado informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna del 7 de octubre de 2015 ni con su valoración, se tiene por probado el incumplimiento atribuido al Banco Agrícola, S.A.

Por lo que concluye que en el presente caso existe insuficiencia (prácticamente al extremo de inexistencia) de la prueba de cargo, porque no tiende a probar una infracción a cargo del banco apelante, sino que se refiere a un aspecto meramente puntual y aislado de naturaleza técnica o informática, pero que no sirve para acreditar una conducta reprochable al banco.

D. Violación del Principio de Proporcionalidad de la sanción

Como último punto de apelación, el banco señala que la SSF omitió consignar las específicas circunstancias que justifiquen la sanción impuesta, obviando cualquier análisis o consideración sobre la proporcionalidad de la sanción frente al hecho ilícito imputado.

El banco apelante hace referencia a las circunstancias en que se basó la SSF para la determinación del importe de la multa; sin embargo, explica que a pesar de las referencias genéricas, en la resolución impugnada no se establecen cuáles son los parámetros y en qué medida han sido tomados en cuenta para justificar el importe de la multa con la que se le sanciona.

Continúa explicando que la única y exclusiva forma de considerar que una sanción se considere proporcional es que en la motivación de la resolución que la dispone se haya consignado de modo explícito y con claridad, las valoraciones sobre la gravedad de la lesión en razón del perjuicio causado, el grado de responsabilidad o la intención de producir la conducta originaria de la sanción; por lo que la aplicación automatizada de previsiones que fijan sanciones son actos que vulneran el derecho a la motivación de los actos sancionatorios y en concreto violan el principio de proporcionalidad de la sanción.

De esta forma, el banco apelante cuestiona que aunque en la resolución impugnada se alude a doctrina y jurisprudencia en cuanto al principio de proporcionalidad, la SSF no indica cómo y porqué llegó a la conclusión de que la conducta supuestamente infractora es merecedora de una multa por un monto superior a los US$400,000.00; por lo que, a pesar que la resolución objeto de apelación hace mención de criterios orientadoras para la determinación de la sanción, no existe especificación alguna al caso concreto. En ese sentido, el banco apelante es del criterio que no se ha satisfecho la exigencia de motivación de la imposición de la sanción, ya que se desconoce de qué manera los mencionados criterios se cumplen, se presentan o se modulan para la sanción impuesta.

Argumenta que la SSF crea la apariencia de una motivación en la imposición de la sanción, recurriendo a 2 técnicas distractoras: por una parte, describe de manera abstracta los aspectos que supuestamente modulan el monto de la sanción a imponer y por otra parte, establece la situación del banco respecto de cada uno de dichos aspectos, pero siempre omite las consideraciones de cómo el aspecto abstracto modula o motiva la sanción en el específico monto a imponer. De esta forma, expone que el banco apelante desconoce absolutamente las razones por las cuales la SSF decidió sancionarlo con un importe equivalente al 0.08% de su patrimonio, siendo que en la resolución impugnada no se advierten las referencias a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, por lo que no existe una adecuada motivación.

III. Mediante auto de las 14 horas 20 minutos del 14 de mayo del presente año, el Comité de Apelaciones dio intervención al señor Jorge Arístides Belloso Posada, en su carácter personal y al abogado Miguel Ángel Cedillos Arévalo, en su calidad de apoderado general judicial con cláusula especial del Banco Agrícola, S.A; admitió los recursos de apelación interpuestos, respectivamente; suspendió provisionalmente los efectos del acto impugnado; abrió a prueba el presente recurso de apelación; previno al señor Belloso Posada presentara constancia del crédito hipotecario N° 8093498269; y requirió información al Banco Agrícola, S.A., a la SSF y a AFP Crecer, S.A.

Mediante escrito presentado el 18 de mayo de este año, el señor Belloso Posada anexó constancia de crédito hipotecaria número 8093498269, así como un estado de cuenta del mismo, desde su otorgamiento hasta el 24 de abril del presente año. Por otra parte, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF presentó el 21 de mayo de 2018 los estados financieros auditados correspondientes al ejercicio contable de 2014 del Banco Agrícola, S.A. Ese mismo día, el apoderado del banco apelante presentó escrito en el cual anexa constancia extendida por la Jefe del Departamento de Salarios y Prestaciones de Banco Agrícola, S.A. en la cual establece la fecha en

que el señor Belloso Posada dejó de laborar como Oficial de Cumplimiento en dicha institución financiera, además presentó fotocopia certificada por notario del testimonio del poder general judicial con cláusula especial otorgado por el Banco Agrícola, S.A. a favor de su persona. Por último, el 25 de mayo del año que transcurre AFP Crecer, S.A. presentó nota por medio de la cual confirma que el señor Belloso Posada consta en sus registros como afiliado pensionado y anexa historial de tiempo cotizado.

IV. En auto de las 11 horas con 10 minutos del día 7 de junio de 2018, el comité dio por recibido los escritos presentados por el señor Belloso Posada, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, el Banco Agrícola, S.A. y AFP Crecer, S.A. En este mismo auto, se solicitó a AFP Crecer, S.A. remitiera fotocopia de la resolución que otorga la calidad de pensionado al señor Belloso Posada, así como especificara la fecha en que empezó a otorgar al referido apelante la pensión por vejez. Además, se previno al señor Belloso Posada para que complemente la prueba en cuanto a su capacidad económica conforme a lo dispuesto en el art. 50 LSRSF.

El 14 de junio de 2018 el señor Belloso Posada presentó escrito con el cual adjuntó documentación que corre agregada de folios 389 al 406 del presente expediente de apelación; ese mismo día el apoderado del Banco Agrícola, S.A., licenciado Cedillos Arévalo, presentó escrito en el cual reiteró los motivos de impugnación expuestos en su escrito de apelación y solicitó al comité que valore la prueba presentada a fin de desacreditar la conducta infractora atribuida a su poderdante.

V. En auto de las 11 horas con 30 minutos del día 22 de junio de 2018 se tuvo por agregado los escritos presentados por ambos apelantes y se solicitó por segunda ocasión a AFP Crecer, S.A. la información detallada en auto del 7 de ese mismo mes y año. En este acto, el comité confirió audiencia al señor Superintendente en los términos señalados en el inciso final del art. 67 LSRSF.

El 26 de junio de 2018 AFP Crecer, S.A. presentó nota por medio del cual informó que el señor Belloso Posada recibe pensión de vejez desde el 3 de diciembre de 2007 por un monto de US$3,976.59 y anexa copia de la resolución solicitada.

En atención a la audiencia conferida, el Director de Asuntos Jurídicos actuando por delegación del señor Superintendente presentó escrito del 5 de julio del año que transcurre, en el que sustancialmente manifestó:

A. <u>Sobre los argumentos del señor Jorge Arístides Belloso Posada</u>

1. **Sobre la prescripción de la facultad sancionadora**

El Director de Asuntos Jurídicos de la SSF reitera lo manifestado en la resolución impugnada, en cuanto a que la conducta no fue cesada en el año 2010 sino que continuó hasta el 2015 y que de acuerdo a las reglas de la prescripción en materia sancionadora la prescripción comienza a contar de la fecha en que se termina de cometer la acción.

Sobre este punto hace referencia a la resolución final pronunciada por el Comité de Apelaciones en el expediente CA-07-2017 de fecha 17 de noviembre de 2017, en el que mencionó que al momento de cometer el hecho, la ley que se encontraba vigente era la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero, la cual no regulaba la figura de la prescripción; por lo que, se realizó una integración normativa y aplicó supletoriamente la prescripción de 3 años prevista en el art. 62 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores. El referido Director, explica que dicho artículo, que podría ser aplicable al presente caso puesto que la infracción empezó a cometerse en el año 2010, se establece la regla en cuanto a la fecha en que empieza el cómputo de la prescripción. Y similar disposición está contenida en los arts. 65 (sic)[2] y 112 de la LSRSF, en cuanto a que los plazos de 5 y 10 años empiezan a computarse a partir de la fecha en que se haya dejado de cometer el hecho considerado como infracción.

Asimismo, que en la resolución impugnada se hizo relación a dicha regla, tomando en cuenta que según la verificación técnica la fecha cierta en que cesó la conducta infractora de la creación de listas de exclusión de monitoreo fue hasta el 14 de mayo de 2015, habiéndose iniciado el presente procedimiento el día 5 de diciembre de 2017; por lo cual, la facultad sancionatoria para el caso del señor Belloso Posada no se encontraba prescrita al momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

2. **Sobre la falta de proporcionalidad**

El Director de Asuntos Jurídicos de la SSF aplica los mismos argumentos que desarrolló para controvertir la apelación del Banco Agrícola, S.A. sobre este principio en la presente audiencia, así como en la resolución final impugnada, respecto a que cada uno de los elementos de dosimetría punitiva establecidos en el art. 50 LSRSF fueron ponderados y tomados en cuenta a efectos de graduar la sanción impuesta.

---

[2] Art. 69 LSRSF

3. **Sobre los argumentos técnicos**

El Director de Asuntos Jurídicos explica que los argumentos técnicos planteados por el señor Belloso Posada fueron analizados y resueltos en la resolución final que ahora se impugna, siendo que la infracción imputada se debe específicamente a la falta de monitoreo de operaciones en clientes, lo que elimina la gestión del riesgo de las mismas.

Asimismo, manifiesta que independientemente de las mejoras en la estructura organizativa y estructura tecnológica implementadas en la Gerencia de Cumplimiento, la infracción a la obligación de monitoreo de las operaciones de sus clientes que por ley le corresponde realizar al banco, específicamente al oficial de cumplimiento del mismo, es lo que constituye la conducta reprochable. Explica que corre agregado en el expediente que no se estaban generando alertas por transacciones de clientes en la lista para las transferencias internacionales enviadas y recibidas, así como los depósitos de efectivo mayores a US$10,000.00.

B. **Sobre los argumentos del Banco Agrícola, S.A.**

1. **Sobre la ausencia de norma sancionadora constitucionalmente válida**

Explica que dicho argumento fue valorado y resuelto en la resolución impugnada, por lo cual reitera lo expresado respecto a la constitucionalidad del art. 44 LSRSF; enfatiza que según la Ley de Procedimientos Constitucionales, la declaratoria de inaplicabilidad solo tiene efectos en el proceso concreto en la que se produce (art. 77-D), y que le corresponde a la Sala de lo Constitucional, dentro del marco de su competencia, pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la disposición de que se trate.

Por lo que, con base al principio de legalidad de los actos de la administración pública (art. 86 Cn.), la SSF tiene por mandato el ejercicio de la facultad sancionatoria y mientras las normas secundarias que establecen tal potestad se encuentren vigentes, el no ejercitar dicha potestad haría incurrir a sus funcionarios en el incumplimiento de sus obligaciones.

Continúa manifestando que el legislador no consideró el art. 44 LSRSF como un "tipo sancionador" en el que se pretenda agotar todos los elementos del mismo, ya que de la simple lectura de éste se desprende que el legislador estableció en dicho artículo una "fórmula infractora" y consagró el citado artículo como una disposición de remisión normativa.

Es así que en el art. 44 LSRSF se encuentra la habilitación legal concedida al Superintendente para sancionar por el incumplimiento de "obligaciones" contenidas en los cuerpos normativos que

se detallan en las letras a) y b) de esta disposición. Dichas obligaciones evidentemente no se encuentran englobadas en el art. 44 LSRSF, pues éste es complementado por las disposiciones en las cuales se describen las mismas. Insiste que el art. 44 LSRSF no utiliza una fórmula residual para tipificar las conductas sujetas a sanción, sino que utiliza la herramienta de la tipificación indirecta lo cual al ser válido, ratifica su constitucionalidad y su aplicabilidad al presente procedimiento.

2. Sobre la supuesta ausencia de motivación

Expone que la SSF efectuó un análisis exhaustivo y objetivo de los elementos de probatorios incorporados al presente debate procesal, existiendo suficientes razones de hecho y de derecho que motivaron la imposición de una sanción; de esta forma, se tuvo prueba incorporada al proceso que indefectiblemente conllevó a determinar al Superintendente la existencia de infracciones graves, así como de la responsabilidad de los encausados en su cometimiento; siendo que la valoración de la prueba aportada en el procedimiento puede verificarse en los apartados "Fundamentos de Derecho" y "Análisis del caso y valoración de la prueba".

El referido director explica que en los mencionados apartados se desarrollan las razones o motivos del acto emitido por el Superintendente, por lo que el argumento del banco apelante carece de sentido; tan es así que el mismo apoderado del banco relaciona que el Superintendente valoró como prueba el informe emitido por la Vice presidencia de Auditoría Interna del banco, y consideró que el análisis hecho de ese documento fue insuficiente. Por lo que, se puede verificar un entendimiento bastante claro por parte del banco de las razones, jurídicas y fácticas que llevaron a la determinación del cometimiento de la infracción y su correspondiente sanción.

3. Sobre la supuesta violación al principio de responsabilidad y culpabilidad

El Director de Asuntos Jurídicos de la SSF manifestó que en el Informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna del banco se identificaron fallas en el monitoreo referido al tema de prevención de lavado de dinero y activos, obligación prevista en la LCLDA. Es así, que el art. 71 LSRSF prevé que las pruebas serán apreciadas según las reglas de la sana crítica, con facultad de fijar en cada caso los hechos que deben tenerse por establecidos mediante el examen y valoración de las mismas, cualquiera que sea su número y calidad; en ese sentido, dicha disposición no exige un número de pruebas a ser valoradas para determinar el presunto incumplimiento, siendo que en base a la sana crítica, una sola prueba puede ser lo suficientemente contundente y robusta para convencer a la autoridad competente que la infracción ha sido cometida.

Argumenta además, que en el presente caso no se ha imputado el incumplimiento a todas las funciones de la auditoría interna del banco, sino específicamente en el tema de prevención de lavado de dinero y de activos en cuanto a un punto medular: *la creación de listas de clientes excluidos de monitoreo*. Así, dicho informe constituye una prueba incuestionable al establecer que efectivamente no se estaban generando alertas por transacciones de clientes en la lista de exclusión para las transferencias internacionales enviadas y recibidas, así como de depósitos de efectivo mayores a US$10,000.00; siendo ésta la situación específica que no fue verificada por la auditoría interna del banco, y que constituye un incumplimiento a su obligación de verificar la observancia al marco legal de prevención de lavado de dinero y de activos.

De esta forma concluye que más allá de considerar la prueba en su factor cuantitativo como pretende ver el banco, es el factor cualitativo el preponderante para establecer los extremos necesarios en la determinación de la infracción.

4. Sobre la supuesta violación al principio de proporcionalidad

Sobre este punto, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF señala que los criterios de dosimetría punitiva se encuentran definidos en el art. 50 LSRSF, los cuales fueron valorados y tomados en cuenta, habiendo establecido de manera clara los criterios y elementos que formaron y fundamentaron la decisión para establecer como sanción una multa equivalente al 0.08% del patrimonio del banco.

Afirma que al imponerle multas al banco, se realizó una valoración integral y objetiva de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica de conformidad al art. 72 LSRSF, motivando de manera sustancial la decisión basándose en criterios de razonabilidad, tanto fácticas como jurídicas. Asimismo, explica que se determinó la capacidad económica del infractor, a fin de respetar en su plenitud el principio de proporcionalidad; por lo que, para el caso en particular, las sanciones administrativas impuestas al banco fueron acorde a la gravedad de las infracciones cometidas, existiendo un equilibrio entre la gravedad de las conductas antijurídicas comprobadas y su consecuencia jurídica.

Por lo que la decisión de la SSF en modo alguno fue desproporcional, pues haciendo uso de su potestad discrecional sancionó al banco, de conformidad a la gravedad de las infracciones consumadas y a su capacidad económica en cumplimiento a los criterios estipulados en el art. 50 LSRSF y en respeto a los principios determinados en el art. 54 LSRSF.

Por último, expone que el banco apelante no fundamenta que la multa sea desproporcional, ya que la multa impuesta no es capaz de causar por sí misma una afectación tal que impida su normal funcionamiento u operatividad.

VI. Habiéndose concluido con los trámites que señala la LSRSF para el recurso de apelación, se procede a emitir la respectiva resolución final.

La conducta imputada al señor Jorge Arístides Belloso Posada es el incumplimiento de aplicar los mecanismos para establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes, en este caso de Banco Agrícola, S.A., guardaran relación con la actividad económica de los mismos, ello en virtud de haber ordenado en los sistemas informáticos de dicha institución financiera la creación de listas de clientes excluidos del monitoreo, con el objeto de no generar alertas sobre las operaciones de dichos clientes. La referida obligación actualmente se encuentra prevista en el romano III) de la letra c) del art. 10 de la LCLDA, sin embargo, el señor Superintendente toma como referencia la LCLDA, previa a las reformas incorporadas con el decreto legislativo 749, la cual ubicaba la obligación en comento en el romano II de la letra c) del art. 10 LCLDA.

Asimismo, el señor Superintendente imputa al Banco Agrícola, S.A. no haber establecido los mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en la LCLDA; obligación prevista en la letra d) del art. 10 de la LCLDA. Lo anterior porque la auditoría interna del banco no identificó en sus revisiones de la gestión de la Oficialía de Cumplimiento, la existencia de cuentas excluidas de monitoreo en el *"sistema monitor"*.

A continuación se analizarán y se conocerá, en primer lugar los argumentos planteados por el señor Jorge Arístides Belloso Posada y posteriormente se procederá con los argumentos de Banco Agrícola, S.A.

A. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR EL SEÑOR ARÍSTIDES BELLOSO POSADA

A fin de dar respuesta a los planteamientos del señor Belloso Posada, se conocerá sus alegatos en el siguiente orden: 1. Prescripción de la acción sancionatoria; 2. Argumentos técnicos; y 3. No proporcionalidad de la multa impuesta.

1. **Prescripción de la acción sancionatoria**

El primer argumento del señor Belloso Posada consiste en que la potestad sancionatoria ha prescrito respecto a los hechos que se le imputan, en tanto que el hecho generador de la supuesta infracción ocurrió el 19 de agosto de 2010, previo a la entrada en vigencia la LSRSF. Sostiene que la infracción no es permanente, ya que la orden girada por correo electrónico de excluir una lista de 2,694 cuentas de las alertas se llevó a cabo el 19 de agosto del 2010 y se aplicó inmediatamente y no sucesivamente en el tiempo. Indica que se le tuvo que haber aplicado el art. 112 LSRSF, el cual prevé un plazo de prescripción de 5 años, y que en base a dicha disposición la facultad para promover la acción sancionatoria prescribió el 19 de agosto de 2015.

El Director de Asuntos Jurídicos en la audiencia conferida por este comité al señor Superintendente, explicó que la facultad sancionadora no se encontraba prescrita, en razón que la conducta infractora cesó hasta el 14 de mayo de 2015, habiéndose iniciado el presente procedimiento el 5 de diciembre de 2017.

De la lectura del auto de inicio (fls. 192-194 del PAS-027/2017) y de la resolución ahora impugnada (fls. 657-691 del PAS-027/2017), el Comité de Apelaciones identifica que en el procedimiento sancionador si bien se le reprocha al señor Belloso Posada el haber girado instrucciones mediante correo electrónico del 19 de agosto de 2010, dirigido al licenciado Guillermo Alexander Jovel, analista de cumplimiento (f. 83 vuelto del PAS-027/2017), para excluir las 2,694 cuentas de las alertas de "Monitor Plus", la conducta infractora por la cual se le sancionó al señor Belloso Posada, es el **no haber observado los mecanismos para establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes contenidos en dicha lista guardaran relación con la actividad económica de los mismos**[3]. Por lo que se aclara, que el efecto que provocó dicha instrucción fue lo que, a criterio del señor Superintendente, constituyó la conducta infractora.

Así, se puede identificar en pasajes de la resolución impugnada:

"(...) el presente incumplimiento se atribuyó al ex Oficial de Cumplimiento del Banco, por la falta de monitoreo de los las cuentas de los clientes incluidos en la lista de exclusión creada por el Licenciado Belloso de manera intencional, como él mismo lo ha afirmado durante la tramitación del presente procedimiento". (fl. 682 del PAS-027/2017)

[3] *Artículo 10, literal e), romano II, Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos,* contenido en el Decreto Legislativo número 498 de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 240 Tomo 342 de fecha 23 de diciembre de 1998.

"Habiendo descartado cada uno de los aspectos argumentados por el Licenciado Belloso, se considera que en efecto incumplió con su obligación de monitorear a las operaciones de los clientes, tomando en cuenta que dicho monitoreo es obligatorio. Si los clientes son considerados de "bajo riesgo" ello no implica que exista una habilitante para que dichos clientes no sean monitoreados en lo absoluto. Al haber excluido del monitoreo a una lista de 2694 clientes, se ha infringido lo dispuesto en el artículo 10 literal e) romano II de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en relación al romano XVIII Monitoreo y Elaboración de Informes, letra A. Monitoreo, literales 1, 2, y 5 del "Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo[4]", considerándose que dicha infracción fue cometida con dolo". (fl 686 del PAS-027/2017).

Aclarado lo anterior, resulta procedente hacer un breve análisis de la figura de la prescripción y su incidencia en los distintos tipos de infracciones administrativas, ello con la finalidad de identificar si estaba prescrito o no el ejercicio de la potestad sancionadora del señor Superintendente.

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

De esta forma, es la inactividad o laxitud de la autoridad competente durante el tiempo legal máximo para ejercer la facultad punitiva del Estado, la que provoca la extinción de la posibilidad de que la responsabilidad del infractor se declare o se reprima por los poderes públicos. A esta consecuencia se le denomina prescripción.

Es de considerar que entre los aspectos relevantes para el análisis del instituto de la prescripción destaca la naturaleza de las infracciones administrativas; sobre ello, tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, como la doctrina en Derecho

[4] *Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo* del Banco Agrícola, S.A. con vigencia a partir del 16 septiembre de 2008.

Administrativo Sancionador han identificado que las infracciones administrativas se clasifican en: a) instantáneas, b) continuadas o c) permanentes[5].

Las infracciones instantáneas se caracterizan porque la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito. La infracción se consuma cuando que se produce el resultado, sin que éste determine la creación de una situación antijurídica duradera, aunque sus efectos se mantengan en el tiempo. Por tanto, en este caso, el plazo de prescripción comienza a correr en el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consuma el ilícito[6].

La infracción continuada es una construcción que tiene por objeto evitar reconocer que concurren varios hechos típicos constitutivos de otras tantas infracciones cuando existe unidad objetiva (la lesión de un mismo bien jurídico aunque hubiera sido producida por distintas acciones) o subjetiva (un mismo hecho típico pero distintos sujetos pasivos) que permite ver a distintos actos por sí solo ilícitos, como parte de un proceso continuado unitario[7]. En este caso, el plazo de prescripción comienza a correr el día en que se realizó la última acción u omisión antijurídica.

Las infracciones permanentes se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor o cuyo mantenimiento le es imputable. Así, a lo largo de aquel tiempo el ilícito se sigue consumando; es decir, la consumación se prolonga hasta que se abandona la situación antijurídica. En consecuencia, en este supuesto, el plazo de prescripción solo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica[8].

En la resolución impugnada el señor Superintendente otorgó la calidad de infracción permanente a la conducta atribuida al señor Belloso Posada, ya que el ex oficial de cumplimiento cuando se desempeñó en el cargo no realizó la obligación de establecer que el volumen, valor y movimientos de fondos de 2,694 cuentas de clientes del banco, guardaran relación con la actividad económica de los mismos, al estar desactivadas 6 alertas del sistema de monitoreo durante un período prolongado de tiempo. Por lo que la imputación atribuida por el señor Superintendente fue

---

[5] La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre esta clasificación de infracciones y sobre su relevancia para determinar la ocurrencia de la prescripción, en la resolución de las ocho horas cincuenta y nueve minutos del diecinueve de junio de dos mil catorce, con referencia 251-2010.

[6] Palma del Teso, Ángeles de, *"Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción"*. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo Nº 112, 2001. Págs. 554-555.

[7] Ídem, pág. 564 y 568.

[8] Ídem, pág. 557.

el incumplimiento al romano II) de la letra e) del artículo 10 LCLDA[9]. Es bajo esta óptica, entonces, que se estaría ante una infracción permanente por omisión.

Sobre las infracciones por omisión, el Comité de Apelaciones ha sido del criterio que tendrá naturaleza de infracción permanente mientras exista **el deber de actuar** [10]; de esta forma, se afirma que no toda omisión o incumplimiento de una obligación legal es una infracción permanente, siendo que estaremos ante este tipo de infracciones cuando **la obligación de cumplir** con la actividad omitida se mantenga en el tiempo.

Sobre las conductas infractoras por omisión que persisten en el tiempo y respecto a determinar el *dies a quo* para identificar el plazo de prescripción, en concordancia con los antecedentes administrativos de este comité, en reciente pronunciamiento por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo se ha dicho que: *"(...) la prescripción se produce desde que cesa la conducta infractora, asimilándose a este supuesto ciertas infracciones por omisión, en donde la conducta infractora (...) **permanece mientras se mantengan el deber de actuar**. Es decir, se comienza a contar la prescripción hasta que cesa la conducta infractora, esto es, hasta que ya no hay deber de realizar la acción omitida"*[11].

En el caso visto en apelación el señor Superintendente identifica que la infracción se perpetuó durante el período comprendido del 19 de agosto de 2010 hasta el 14 de mayo de 2015, por ser ésta última fecha cuando se revirtió la orden de la creación de listas de exclusión del monitoreo, giradas en correo electrónico por el señor Belloso Posada; por su parte, es de valorar que el apelante cuestiona en apelación el por qué se le atribuye responsabilidad por un período en el cual él ya no trabajaba para el Banco Agrícola, S.A.

Obra en el expediente de apelación (fl. 362) constancia extendida por la Jefe del Departamento de Salarios y Prestaciones del Banco Agrícola, S.A., en el cual expresa que el señor Belloso Posada, desempeñó hasta el 30 de abril de 2014 el cargo de "Oficial de Cumplimiento", retirándose de la relación laboral con dicha institución financiera a partir del 1 de mayo de ese año. De esta forma y sobre la base de los criterios precitados del Comité de Apelaciones y de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se puede identificar que en efecto es hasta el 30 de abril de 2014 que efectivamente se podía exigir al señor Belloso Posada la conducta cuya omisión se le reprocha,

[9] Con el decreto No. 749 del 16 de julio de 2014, se reformó la Ley y a partir de entonces, a esta misma disposición le corresponde el numeral romano III.
[10] CA-7-2017 y CA-11-2018
[11] Resolución de las 12 horas con 10 minutos del 2 de mayo de 2017 en el proceso Contencioso Administrativo 74-2011.

ya que, al no ostentar el cargo de oficial de cumplimiento, al dejar de laborar en el referido banco, no se le podía requerir que realizara las labores de "*establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes contenidos en dicha lista guardaran relación con la actividad económica de los mismos*", inherentes al cargo de un oficial de cumplimiento de una institución bancaria.

En ese sentido, se identifica que la conducta reprochable al señor Belloso Posada mantuvo extendida su consumación hasta el 30 de abril de 2014, fecha en la cual se encontraba en vigor (*Lex Previa*) la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, la cual tuvo vigencia a partir del 2 de agosto de 2011, rigiendo el plazo de prescripción de 10 años a partir del 2 de agosto de 2012 (art. 69 y 112 LSRSF). De esta forma, no puede soslayarse que el acto infractor imputado al señor Belloso Posada se encontraba en plena consumación hasta el 30 de abril de 2014, por su carácter permanente, un acto mantenido a voluntad por parte del señor Belloso Posada, como se le individualizó en el expediente y en el procedimiento sancionador.

Así, el autor Víctor Sebastián Baca Oneto al referirse al cambio normativo durante la consumación de las infracciones permanentes hace referencia a criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional de Perú, en el cual expone: "*(...) sobre la norma aplicable en el caso de los delitos permanentes –criterio aplicable por extensión a las infracciones permanentes-, afirmando que es la norma vigente cuanto cesa la consumación de la infracción. Así, en el caso del delito de desaparición forzosa, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han sostenido que en este caso, al tratarse de un delito permanente, "pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento*[12] *ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal*[13]"

De esta forma, la LSRSF prevé en su art. 69 la figura de la prescripción en el siguiente sentido:

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

[12] Cuando la nueva ley entra en vigor plenamente, y establece en forma positiva la conducta infractora.
[13] Baca Oneto, Víctor Sebastián. "*La retroactividad favorable en Derecho Administrativo Sancionador*". Themis- Revista de Derecho 69.2016. Págs. 23-43. (Perú)

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

Tomando en consideración lo antes expuesto, la omisión atribuida cesó su consumación hasta el 30 de abril de 2014, por lo que a partir del 1 de mayo de dicho año inició el cómputo del plazo de prescripción (*dies a quo*). Es evidente que en el presente caso, el plazo de prescripción no ha transcurrido, inclusive si se considera que el art. 69 LSRSF que prevé causales de interrupción de dicho cómputo, porque a la fecha que se le notificó el inicio del procedimiento sancionatorio estaba dentro del plazo que indica dicha disposición.

Por último, el señor Belloso Posada hace referencia a que se le aplique el art. 112 LSRSF, sin embargo, los supuestos contemplados en dicha disposición no se ajustan al caso. El art. 112 LSRSF indica que durante el primer año de vigencia de la LSRSF el plazo de prescripción para promover el procedimiento sancionatorio será de 5 años. Como fue desarrollado anteriormente la conducta infractora extendió su consumación, o sea se estaba ejecutando más allá del primer año de vigencia de la Ley, hasta el día 30 de abril de 2014, cuando ya operaba el régimen del art. 69 LSRSF. Además, es de identificar que el art. 112 LSRSF establece que el cómputo de prescripción será desde que haya cesado la omisión sujeta sanción, por lo que incluso aplicando el plazo de 5 años no se encontraría prescrita la acción para promover el procedimiento administrativo sancionador en contra del señor Belloso Posada.

Al haber identificado que no opera la prescripción alegada para el caso en autos, resulta procedente continuar conociendo los siguientes puntos de apelación.

2. Argumentos técnicos

El señor Belloso Posada afirma que no se dejó de monitorear al 100% de los clientes del Banco Agrícola. Para tal efecto procede hacer una explicación de los siguientes temas: 1. Base de monitoreo para identificación del cliente y de sus transacciones; 2. Alertas parametrizadas para el monitoreo de las transacciones de todos los clientes; 3. Monitoreo de clientes a través de Alertas de operaciones en efectivo; 4. Módulo de alertas por operaciones múltiples; 5. Mejoras en la estructura organizativa y estructura tecnológica.

En la audiencia conferida al señor Superintendente, el Director de Asuntos Jurídicos explicó que los argumentos técnicos fueron presentados en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, los cuales fueron ya resueltos.

A partir de los informes DR-03/2016 y DR-RL/095-2015 (fls. 1-9 del PAS-027/2017), el señor Superintendente parte de la existencia de la exclusión de ciertos clientes en las siguientes reglas del Sistema Monitor Plus: (i) depósitos en efectivo acumulados diariamente; (ii) operaciones electrónicas de personas; (iii) operaciones electrónicas empresas; (iv) transferencias internacionales enviadas – acumulado mensual; (v) transferencias internacionales recibidas – acumulado mensual; (vi) ACH- Operaciones electrónicas de clientes; este hecho no es discutido por el señor Belloso Posada, lo que él debate es que no obstante dichas exclusión, él si cumplió con la dispuesto por el romano II) letra e) del art. 10 LCLDA. Para tal efecto, se analizará cada uno de los argumentos expuestos por el apelante.

a. Base de monitoreo para identificación del cliente y de sus transacciones:

Sobre este mecanismo, el apelante señala que la base de monitoreo era el "Perfil del Cliente" el cual consistía en una llave o número único, a través del cual el sistema identificaba al cliente, sus características, productos o cuentas y todas sus transacciones históricas, las cuales podrían verse de forma resumida o amplia en el visor de alertas de Monitor ACRM o Módulo UFC. Expone que ante cualquier alerta que se generara el analista de cumplimiento de Banco Agrícola tenía acceso a ver y analizar la transaccionabilidad y cualquier otra información del cliente.

Habiendo analizado lo manifestado por el apelante, es de considerar que para los clientes contenidos en la lista de exclusión no se estaban realizando las alertas para las 6 reglas antes identificadas; por lo que, aunque si bien con el número de identificación único del cliente se desplegaba la transaccionalidad de éste (a nivel histórico), el reproche radica en que las alertas no estaban siendo generadas para determinadas operaciones. Así, al no generarse las alertas no habría indicativo inmediato que reportara al analista del banco la necesidad de realizar la verificación respectiva del cliente con su actividad económica.

Lo anterior se hace más claro a partir de las explicaciones que da el señor Belloso Posada en su escrito de apelación al indicar: *"(...) por cualquier alerta que se generara el Analista de Cumplimiento de Banco Agrícola tenía acceso a ver y analizar toda la transaccionalidad y cualquier otra información del cliente del VISOR DE ALERTAS de Monitor ACRM"* (fl. 9 del CA-04-2018). Se aprecia que el señor Belloso Posada parte de la generación de una alerta, sin embargo,

en este caso, para los clientes contenidos en la lista de exclusión y sobre las 6 reglas antes señaladas, las referidas alertas no estaban siendo generadas, por lo que, aunque se tuviera acceso al historial de transacciones, de nada serviría porque el analista no tendría la alerta para verificar las operaciones del cliente respecto a su actividad económica. En este sentido no puede considerarse que dicha herramienta suplicra la generación de las alertas para los clientes contenidos en la lista de exclusión.

Adicional a lo anterior y sobre la aseveración que hace el señor Belloso Posada en cuanto que en Banco Agrícola, S.A. solo realiza una declaración jurada por cliente independientemente el número de cuentas activas, es decir una sola declaración de sus ingresos estimados mensuales y la cantidad de dinero a movilizar en la totalidad de cuentas, se le aclara que el Instructivo UIF[14] exige que el cliente suscriba una declaración jurada al momento de perfeccionarse *una operación o contrato* (sea una operación activa o pasiva) en la cual informará sobre el origen de los fondos, su actividad económica y el flujo mensual proyectado. Así, la práctica que comenta el señor Belloso Posada es contraria a lo establecido expresamente por el Instructivo UIF.

b. Alertas parametrizadas para el monitoreo de las transacciones de todos los clientes

El señor Belloso Posada indica que según el Informe DR-ROT-128/2015 de la SSF, de un inventario de 13 alertas, únicamente 6 habían sido parametrizadas con una lista de exclusión; por lo que infiere que para las alertas restantes hubo monitoreo del 100% de las transacciones de los clientes. Asimismo, hace referencia a otra serie de alertas que no contaba con listas de exclusión, haciendo énfasis en la alerta "*960 Alerta de clientes clasificados por factores de riesgo (Alto riesgo)*" e indica que dicho sistema generaría alertas de aquellos clientes que alcanzaran una cierta calificación por tener subfactores o condiciones que son calificadas con mayor riesgo.

Sobre este argumento, se reitera que el reproche radica en la omisión de verificación de las operaciones de clientes contenidos en la lista de exclusión de las 6 alertas antes identificadas. Por lo que, resulta impropio afirmar que sí hubo un 100% de verificación por el hecho que las restantes alertas no tenían lista de exclusión, ya que cada alerta estaba diseñada a activarse por una operación o transacción en particular. Así, puede ser que para las alertas restantes si hubo un seguimiento de

[14] Capítulo III, Identificación de Clientes. Procedimiento en Apertura de Cuentas o Contratos. Letra b) inciso segundo del Instructivo UIF prevé: "*Los Clientes, a efecto de establecer su perfil, al perfeccionar la operación o contrato informará a la Institución mediante declaración jurada el origen o procedencia de los fondos, así como su actividad económica y el movimiento de los fondos proyectado mensualmente, y deberá firmar dicha declaración en presencia del funcionario o empleado de la Institución*".

los clientes, pero no se puede inferir lo mismo para los clientes excluidos que realizaran las operaciones previstas en las 6 alertas afectadas.

A manera de ejemplo, y tomando como referencia el inventario de listas incorporado por el señor Belloso Posada en su escrito de apelación (fl. 10 del CA-04-2018): considerando la alerta *"58 Transferencias internacionales acumuladas enviadas en el mes mayores a 57 mil US$"* (que tenía parametrizada lista de exclusión), y por otro, se tiene la alerta *"24 Abonos en efectivo a tarjetas de crédito"* (que no tenía lista de exclusión); si un cliente de la mencionada lista de exclusión realiza una transferencia internacional que sobrepase la cuantía antes indicada, no se habría generado alerta, no obstante, tener activa la alerta 24.

Sobre el sistema *"960 Alerta de clientes clasificados por factores de riesgo (Alto riesgo)"*, el propio señor Belloso Posada indica que la alerta se generaría siempre y cuando se alcanzara un umbral de cliente de alto riesgo (fl. 12 CA-04-2018); por lo que, aunque si bien las alertas del ACRM-Transaccional se activaran respecto a determinadas transacciones, éstas no se generarían si no se llegara a una calificación de alto riesgo.

Asimismo, cabe resaltar que incluso el propio Manual de Políticas Generales para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo del Banco Agrícola había identificado como producto de riesgo[15] las cuentas corrientes, de ahorro, transferencias internacionales, E Banca 7/24, etc., productos que tienen incidencia con las operaciones que contenían lista de exclusión.

El señor Belloso Posada indica que el sistema de monitoreo por factores de riesgo es la herramienta más idónea para dar seguimiento al riesgo de lavado de dinero y hace referencia a un Manual de Procedimiento para la Administración del Riesgo del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, indicando que la calificación de los clientes por factores de riesgo y su monitoreo era un documento oficial a nivel institucional; además, que el Comité de Normas del Banco Central de Reserva emitió en noviembre de 2013 las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y Financiamiento al Terrorismo (NRP-08).

Al respecto, este comité no pone en juicio la utilidad de una herramienta que realice una gestión de riesgo; sin embargo, es de considerar que la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos prevé la obligación de establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de los

[15] C. Productos de Riesgo. IX. Política de Riesgo del Manual de Políticas Generales para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo del Banco Agrícola (fl. 57 del PAS-027/2017)

clientes [en este caso del Banco Agrícola, S.A.] guarden relación con la actividad económica de los mismos; en ese sentido, no puede suspeditarse la generación de una alerta al hecho que se tenga una calificación de máximo riesgo para determinadas cuentas.

En coherencia con lo anterior se encuentra el *Manual de Políticas Generales para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo* del Banco Agrícola, S.A. (vigente desde septiembre 2008), el cual manifiesta:

"

A. MONITOREO

El monitoreo de todas las operaciones realizadas con el público se desarrollará diariamente y se implementará a través de las siguientes vías:

1. Información proporcionada por medio del Software de Monitor – Plus o cualquier otro sistema que implemente la Administración del Banco el cual permita enviar en línea mediante sistemas electrónicos como el correo interno.

2. Las alertas serán diseñadas para dar seguimiento a las transacciones realizadas por nuestros clientes a través de las Agencias Centros de Crédito y Centros de Atención a Clientes.

(...)

5. En el caso que las personas involucradas posean cuentas en el Banco, se hará una revisión de estas mediante los sistemas de consultas habilitados para tales efectos, para determinar procede el respectivo reporte para la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República y a la Superintendencia del Sistema Financiero

(...)"

De la lectura de lo anterior, se puede colegir que la propia normativa del banco mandaba a realizar labores de verificación a todas las operaciones, sin prever causales de excepción. Es por lo anterior, que al incumplimiento a la LCLDA atribuido al señor Belloso Posada, también se le relaciona lo previsto en el propio manual del banco.

Asimismo, tampoco se puede justificar la omisión sostenida por el señor Belloso Posada con la emisión de las normas NRP-08, ya que éstas no habilitan como causal de exclusión de control a las transacciones una calificación de alto riesgo. Así, el objeto de dichas normas es

proporcionar lineamientos mínimos para la adecuada gestión del riesgo de lavado de dinero y de activos y de financiamiento al terrorismo, a fin de que las entidades integrantes del sistema financiero prevengan y detecten operaciones irregulares o sospechosas relacionadas con el referido riesgo, de forma oportuna. De esta forma no sería coherente con dicho objetivo excluir de alertas a ciertas operaciones de clientes del banco, sobre todo cuando ello genera un alto margen de transaccionabilidad que no serían objeto de control.

A modo ilustrativo, resulta relevante traer a consideración una de las facultades de la Oficialía de Cumplimiento prevista por la misma NRP-08:

"Facultades de la Oficialía de cumplimiento

Art. 7.- La Oficialía de Cumplimiento como unidad encargada de la prevención de los riesgos de LD/FT, debe ejercer únicamente funciones de prevención de los riesgos de LD/FT, debiendo cumplir con las facultades establecidas en el artículo 16 del Capítulo VIII del Instructivo de la UIF y adicionalmente con las siguientes responsabilidades:

(...)

d) Realizar monitoreos permanentes a través de sistemas informáticos y de otros medios a las transacciones realizas por los clientes, usuarios y empleados de la entidad, para establecer la existencia de casos considerados como irregulares o sospechosos que ameriten informarse a la UIF de conformidad con lo previsto en las disposiciones legales vigentes; (I)

(...)

g) Implementar las herramientas informáticas para el control y monitoreo de las transacciones efectuadas por los clientes y usuarios de la entidad; (...)"

Asimismo, el Capítulo V *"Monitoreo de Transacciones y Herramientas informáticas"* regula en los arts. 25 y 26:

"Programas informáticos

Art. 25.- *Las entidades deben contar con programas informáticos especializados u otras herramientas informáticas que permitan realizar un monitoreo continuo de las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes, entre ellas las operaciones activas, pasivas y patrimoniales, inclusive aquellas registradas en cuentas de orden y en cuentas contingentes como fideicomisos, carteras en*

administración, entre otros, con la finalidad de generar alertas en tiempo real cuando las operaciones no se encuentren conforme al perfil transaccional.

El nivel de monitoreo de las transacciones lo determina la evaluación de riesgo de los clientes de la entidad. Con fundamento en su análisis de riesgo y la parametrización establecida por la entidad, ésta debe establecer señales de alerta particulares para su negocio y en consecuencia establecer los tipos de monitoreo necesarios para identificar operaciones inusuales o sospechosos. Los programas informáticos deben generar, en forma automática y oportuna, alertas sobre transacciones que se desvíen del comportamiento esperado del cliente.

Análisis de las alertas

Art. 26.- La Oficialía de Cumplimiento y otras áreas responsables de la entidad deben realizar una revisión de las alertas de acuerdo con el nivel de riesgo identificado, con el objetivo de identificar las transacciones inusuales o sospechosas a las que debe realizarse seguimiento.

A partir de lo anterior, se puede identificar claramente que las gestiones de verificación de las transacciones y operaciones de los clientes con su actividad económica deben de realizarse en todo momento; siendo que dicha norma en ningún momento habilita la incorporación de listas de exclusión en las alertas de los sistemas informáticos, por ser ésta una herramienta indispensable para llevar a cabo la referida labor de verificación, siendo la omisión de ésta última la conducta por la cual el señor Belloso Posada fue sancionado.

c. Monitoreo de clientes a través de alertas de operaciones en efectivo

El señor Belloso Posada indica que respecto a las operaciones en efectivo se completaba el formulario F-UIF 01 y que el empleado del banco que se encargaba de reportar la transacción debía calificarla como normal o irregular y dar sus observaciones. Por lo que explica que, a diferencia de lo manifestado por la SSF, sí había una evaluación de las transacciones y de los clientes que las efectuaban. Además, que la Gerencia de Cumplimiento solo se encargaba de revisar los formularios, investigar cualquier observación que indicara riesgo y enviarlo a la UIF, siendo que si un empleado del banco no hubiere realizado el análisis correspondiente de la transacción y del cliente, no era responsabilidad del oficial de cumplimiento.

Al respecto el formulario F-UIF 01 responde a transacciones en efectivo, para observar lo previsto en el art. 13 LCLDA y 11 de su reglamento; así mismo, es necesario aclarar que de las 6 alertas parametrizadas solo una de ellas trataba sobre operaciones en efectivo (*65. Depósitos en*

efectivo acumulados diariamente); sin perjuicio del análisis que se realizará en la letra siguiente, es de considerar que el llenado de dicho formulario, así como el análisis que el empleado del banco puede realizar, no logra suplir la deficiencia generada por la lista de exclusión en la alerta afecta, en primer lugar, por ser éste un mecanismo manual que se llenará a criterio del empleado que atienda al cliente, y segundo, porque con el formulario no se controla depósitos acumulados; de esta forma, fácilmente se podría acudir a distintas agencias a realizar depósitos con una cantidad menor al umbral exigido para llenar el formulario, soslayando por tanto el control exigible al empleado de la agencia bancaria.

d. Módulo de alertas de operaciones múltiples (acumuladas en un mes calendario)

El señor Belloso Posada indica que el sistema de alertas de operaciones múltiples acumulaba la totalidad de las transacciones en efectivo de los clientes generando al final de cada mes, alertas que excedían los US$57,142.86 en los términos previstos por el art. 9 LCLDA y art. 3 de su reglamento (sin ninguna excepción).

Al igual que lo mencionado en el apartado anterior, aunque si bien dicho sistema resulta útil, éste no subsana la deficiencia generada por la lista de exclusión, ya que tal como lo indica el propio señor Belloso Posada, el sistema OPM da seguimiento únicamente a operaciones en efectivo (existiendo otras alertas parametrizadas que tratan de transacciones de otro tipo); lo anterior, fue considerado por el señor Superintendente en su resolución final, al decir:

"(...) De las herramientas mencionadas por el Licenciado Belloso en su defensa, los únicos que efectivamente sirven para realizar el monitoreo de operaciones de los clientes y arrojan alertas sobre las transacciones de acuerdo a la parametrización que se establezca, son el sistema Monitor Plus y el ACRM que es un módulo más avanzado de ese mismo sistema; y es precisamente en estas herramientas tecnológicas, que se implementó la lista de clientes excluidos de las 6 alertas a las que se refiere el Informe DR-ROT-128/2015 de fecha 30 de octubre de 2015.

Si se excluye de dichos sistemas a una lista de clientes, el monitoreo se limita únicamente a las operaciones en efectivo por montos mayores a CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PUNTO OCHENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$57,142.85), el cual se realiza con la herramienta OPM, basado en información incompleta, en ausencia de datos primordiales, como son las alertas generadas por el Monitor Plus y el Módulo ACRM." (fl. 682 y 683 del PAS-027/2017).

Por lo que se concluye, que el señor Superintendente sí valoró el sistema OPM; sin embargo, opinó que dicha herramienta no subsanó la falta de verificación de las operaciones de los clientes a consecuencia de la existencia de las listas de exclusión.

e. **Mejoras en la estructura organizativa y estructura tecnológica**

El licenciado Belloso Posada hace referencia a acciones implementadas en la Gerencia de cumplimiento durante su gestión como oficial de cumplimiento. Al respecto este comité considera que a pesar las actividades que él desempeñó y de las iniciativas que hizo, ello no desvirtúa la infracción acreditada por el señor Superintendente en el procedimiento administrativo sancionador PAS-027/2017.

Por último, el señor Belloso Posada hace un resumen de los argumentos expuestos y agrega que tanto la SSF como la Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A. emitieron informe respecto al Monitoreo y reporte de transacciones en efectivo (art. 9 LCLDA y 3 de su reglamento) indicando que se había cumplido con la ley y que dicha alerta o monitoreo no tenía lista de exclusión de clientes.

Se recuerda que sobre las alertas que contenían una lista de exclusión, la única que se refería a operaciones en efectivo era la alerta "*65 Operaciones de depósito en efectivo acumulado diario*". Sobre dicha alerta, tanto la SSF como la Auditoría Interna del Banco, S.A. han corroborado la existencia de una lista de exclusión de clientes. Así se puede traer a consideración que el informe de Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A. parte de la existencia de una lista de exclusión de clientes para analizar el período comprendido entre enero a septiembre de 2014, y si los clientes contenidos en dicha lista habían sido reportados a la UIF. En ese sentido, no es cierto que el Informe de Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A. asevere que el monitoreo de transacciones en efectivo no tuviera una lista de exclusión de clientes.

Por último, el Comité de Apelaciones advierte que durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador el señor Belloso Posada presentó una serie de argumentos técnicos a fin de defenderse de la imputación atribuida; sin embargo, a criterio del señor Superintendente éstos no lograron desvirtuar la omisión señalada y a partir de ello se le impuso una multa de US$21,000.00. En esta sede el señor Belloso Posada reiteró algunos de los planteamientos técnicos propuestos durante el procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, como fue analizado anteriormente, éstos no comprueban que el señor Belloso Posada efectivamente cumplió con su obligación de establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes contenidos

en la lista de exclusión guardara relación con su actividad económica (respecto a las operaciones cuyas alertas habían sido afectadas) y por tanto no logra desvirtuar el análisis realizado por el señor Superintendente y los documentos de trabajo realizados por la Dirección de Riesgo (Informes DR-03/2016 y DR-RI / 095-2015) y la Auditora de Sistemas (DR-ROT-128/2015).

Así, resulta relevante traer a mención que la Dirección de Riesgos de la SSF en su informe DR-03/2016 (fl. 1-4, 98-99), identificó que *"[l]a afectación del cese de monitoreo de cuentas se comprobó con una muestra de 60 clientes extraída de las 2694 cuentas de clientes excluidas de monitoreo; el resultado determinado es que el monto dejado de monitorear en transferencias internacionales, el cual es un producto considerador de Alto Riesgo por el Manual del Banco, fue de (US$1,156.89 millones); y el monto dejado de monitorear en las muestras de cuenta de depósitos fue de (US$2,815.9 millones) el cual también el Banco los considera de alto riesgo; (...)"*; situación que no puede pasar desapercibida por este comité.

3. No proporcionalidad de la multa impuesta

Por último, el señor Belloso Posada cuestiona la proporcionalidad de la multa que el señor Superintendente le impuso (US$21,000.00), por exceder ésta en más de 6 veces el valor de la pensión bruta que recibe y en más de 11 de la pensión neta. Asimismo, explica que la pensión que recibe es para subsistir y atender necesidades básicas y obligaciones personales y familiares.

Además, durante la tramitación del recurso de apelación el señor Belloso Posada presentó, entre otros, su declaración de renta respecto al ejercicio 2017, explicó que los ingresos de ese año se debían a trabajos eventuales y únicos y que sus ingresos actuales se limitan a lo que recibe de su pensión.

En la audiencia conferida al señor Superintendente, el Director de Asuntos Jurídicos explicó que cada uno de los elementos de dosimetría punitiva establecidos en el art. 50 LSRSF fueron ponderados y tomados en cuenta a efecto de graduar la sanción impuesta.

En primer lugar, es necesario aclarar que el principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador exige una correspondencia y vinculación entre las infracciones cometidas y la severidad de las sanciones impuestas por la autoridad administrativa[16]. En los mismos términos, la Sala de lo Constitucional ha expuesto que dicho principio prohibe el exceso del poder punitivo del Estado siendo procedentes las sanciones cuando las mismas resulten idóneas,

[16] Criterio compartido por el juez del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en sentencia de las 14 horas con 30 minutos del 26 de junio de 2018 en el proceso 00011-18-ST-COPA-2CO.

necesarias y proporcionadas en estricto sentido para la consecución de fines constitucionalmente legítimos.[17]

En el presente caso, el señor Belloso Posada cataloga la multa impuesta como desproporcional alegando que ésta es excesiva y que él solo cuenta con su pensión para cubrir sus gastos personales y familiares. A partir de lo anterior, se puede precisar que el señor Belloso Posada cuestiona el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el relacionado con el *"margen de actuación que tiene la Administración Pública para definir el quantum de la sanción, conforme a los parámetros que deben estar preestablecidos en la ley correspondiente[18]"*.

Para el caso en concreto la ley aplicable prevé dos directrices a tomar en cuenta al momento de la imposición de la sanción: 1) el máximo de la multa a imponer para el caso de personas naturales será el equivalente a 500 salarios mínimos urbanos del sector comercio (art. 44 LSRSF); 2) los aspectos a considerar para la imposición de la sanción: la gravedad del daño o del probable peligro a quienes podrían resultar afectados por la infracción cometida, el efecto disuasivo en el infractor respecto de la conducta infractora, la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma; además, cuando la sanción a imponer sea una multa, deberá tomar en consideración la capacidad económica del infractor (art. 50 LSRSF).

Respecto a la primera directriz, se aclara al señor Belloso Posada que el parámetro de *"salarios mínimos"*, sirve únicamente para identificar o cuantificar el monto máximo de la multa a imponer, a fin que ésta no sobrepase el techo previsto por el legislador; sin embargo, la multa no se cuantifica en base a un salario mínimo, sino a raíz de los elementos previstos en el art. 50 LSRSF.

De la lectura de la resolución impugnada (fl. 688 y siguientes del expediente PAS-027/2017) se identifica que el señor Superintendente, en efecto, determinó la multa a imponer en base a los elementos previstos en el art. 50 LSRSF, sin perjuicio del análisis que se realizará posteriormente sobre la duración de la conducta infractora. Además, consta que el señor Superintendente tomó en consideración su capacidad económica al consultar los ingresos que recibe el señor Belloso Posada (fls. 656 del expediente PAS-027/2017).

---

[17] Resolución pronunciada por la Sala de lo Constitucionalidad a las 11 horas con 45 minutos del 3 de febrero de 2016 en el proceso de Inconstitucionalidad referencia 175-2013.

[18] Criterio compartido por el juez del Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo en sentencia de las 14 horas con 30 minutos del 26 de junio de 2018 en el proceso 00011-18-ST-COPA-2CO.

Consta en la resolución sancionadora que el señor Superintendente ponderó la gravedad de la conducta infractora por estar frente a materia de prevención de lavado de dinero y activos; en ese sentido exteriorizó que el *monitoreo* de operaciones es uno de los pilares para dicha prevención la cual coadyuva a la estabilidad del sistema financiero. Además, tomó en consideración la duración de dicha conducta y el riesgo que ello generó para el Banco Agrícola, S.A. También consta en dicha resolución, una muestra de las transacciones de las cuales no se pudo cumplir con la obligación inobservada.

Sobre el argumento del señor Belloso Posada en cuanto a que dicha multa no es acorde a su capacidad económica, este comité considera que esta afirmación no es correcta, ya que en el presente procedimiento impugnativo presentó una copia de la declaración de renta, en la que se evidencia que para el ejercicio 2017, adicional a la pensión que recibe (de US$47,719.08 anualizado), tuvo ingresos gravados que ascienden a US$48,838.85. Por lo que, para el período en el cual se consideró su capacidad económica para la imposición de la multa no solo reportaba como fuente de ingresos su pensión.

Asimismo, sobre la demás documentación incorporada por el señor Belloso Posada (un estimado de ingresos y gastos, constancias de trabajo, ofertas de servicios profesionales, constancias médicas), es importante mencionar que ello no desvirtúa la valoración que hizo el señor Superintendente al momento de determinar la multa a imponer (fl. 688 y siguiente del expediente PAS-027/2017), situación que se robustece con la información de ingresos adicionales (US$ 48,838.85) contenida en su declaración de renta para el período evaluado para imponer la multa presentado en esta instancia.

Sobre lo manifestado por el apelante al pretender establecer una "pensión neta" como fuente de ingreso mensual por un monto de US$1,835.87 en razón de un crédito hipotecario que posee con Banco Agrícola, S.A.; resulta necesario precisar que dicha deuda podría tener efectos en su liquidez, pero no constituye un parámetro de la capacidad económica que establece la ley, que tiene como objetivo el evitar que la multa a imponer afecte sustancialmente su derecho fundamental a la propiedad o al patrimonio.

Por último, el señor Belloso Posada expone que la pensión debe ser protegida y no debe estar sujeta a descuentos indebidos, siendo que ésta ni siquiera es objeto de deducción para efectos fiscales. Al respecto, efectivamente según la Ley de Impuesto Sobre la Renta, la pensión por jubilación no es considerada renta (numeral 3 del art. 4); sin embargo, dicha exclusión solo es para efectos fiscales y recaudatorios de dicho impuesto.

Es de precisar que en el presente caso nos encontramos ante la imposición de una multa en el ejercicio del *Ius Puniendi*, cuya finalidad no es recaudatoria (materia tributaria), por el contrario, la imposición de una sanción persigue reprimir un comportamiento ilícito y además generar un efecto disuasivo a la comunidad. Por lo tanto, el monto de la sanción pecuniaria se enmarca ante la afectación de un bien jurídico tutelado por el Estado y la imposición de un castigo que guarde un equilibrio entre el interés particular y el interés general, prevaleciendo por Constitución éste último (inc. 2° del art. 246 Cn.), evitando lesionar de manera esencial el derecho fundamental de propiedad con la imposición de una multa, y por esto último el análisis de la capacidad económica que debe realizar el aplicador de la norma.

De esta forma, se identifica que el señor Superintendente valoró el comportamiento infractor del señor Belloso Posada frente al bien jurídico que protege la LCLDA, como es el Orden Económico. Asimismo, de la lectura de la resolución queda evidenciado que el señor Superintendente se pronunció sobre los elementos de dosificación punitiva previstos por el legislador en el art. 50 LSRSF. De lo anterior, resulta relevante destacar la consideración hecha respecto a la "duración de la conducta infractora y la reincidencia", manifestándose en la resolución impugnada: "*Con respecto a la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma consideramos que al ser un evento que duró casi 5 años reviste importancia debido a la relevancia y trascendencia de la materia (...)* (f. 690 PAS-027/2017).

Lo mismo se identifica a partir de la lectura de la resolución final en el apartado en el cual se evalúa la infracción atribuida al señor Belloso Posada:

"Dicho lo anterior, debe afirmarse que el Banco no solo no monitoreo una gran cantidad de clientes de forma intencional, sino además que no realizó las acciones que le correspondían para identificar la falla mencionada durante 5 años (auditoría interna, funciones del Comité de Cumplimiento, falta de informe por parte de la Gerencia de Cumplimiento), lo cual agrava la conducta y la exposición al riesgo por parte del Banco. Dicha exposición al riesgo de lavado de dinero, fue creada por el propio Oficial de Cumplimiento de la entidad, situación que a continuación se aclarará." (fl. 682 PAS-027/2017).

"De lo anterior podemos concluir que, de una muestra de 60 clientes en un universo de 2694, de los cuales se revisaron específicamente transacciones referidas a depósitos de más de ***US$50,000.00 y transferencias internacionales por más de US$100,000.00,*** *se ha obtenido un flujo transaccional no monitoreado por el Banco durante 5 años de* ***TRES MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y***

TRES CON NOVENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US$3,972,820,553.9) en dicho tipo de transacciones, lo cual permite afirmar que el monto no monitoreado, se incrementaría si se incluyese las transacciones que fueron realizadas el universo de clientes excluidos. Todo lo anterior de conformidad a las listas de transacciones agregadas a folios 98 y 99 del expediente." (fl. 686 PAS-027/2017).

Sin embargo, tal como fue desarrollado en el apartado "1. **Prescripción de la acción sancionatoria**", únicamente se le puede reprochar al señor Belloso Posada el incumplimiento del romano II) letra e) del art. 10 LCLDA hasta el 30 de abril de 2014, fecha en la cual dejó de laborar para el Banco Agrícola, S.A.; es decir, la responsabilidad que se le puede imputar al señor Belloso Posada, no es de un aproximado de 5 años, como indica el señor Superintendente en la valoración de la sanción, si no, que es de 3 años 9 meses.

El comité comparte las valoraciones realizadas por el señor Superintendente en cuanto a la gravedad de la conducta infractora, el riesgo generado y la trascendencia del bien jurídico tutelado en materia de prevención de lavado de dinero, no así en cuanto al tiempo atribuido, que según el señor Superintendente fue un aproximado de 5 años; por lo que, se considera razonable disminuir la multa impuesta en proporción al tiempo que se le imputa responsabilidad al señor Belloso Posada, es decir, 3 años 9 meses, reduciendo la multa a US$16,800.00.

A partir de las consideraciones realizadas y al haber concluido que no son atendibles los argumentos del señor Belloso Posada, con excepción al hecho que no se le puede atribuir responsabilidad durante el periodo que él ya no laboró para el Banco Agrícola, S.A. resulta procedente modificar la multa impuesta en los términos antes señalados.

B. ARGUMENTOS PLANTEADOS POR EL BANCO AGRÍCOLA, S.A.

1. Inexistencia de norma sancionadora constitucionalmente válida: inconstitucionalidad del art. 44 LSRSF.

Como primer punto de apelación, Banco Agrícola, S.A. expone que el vicio más radical de la resolución impugnada es la falta de tipicidad de la conducta que se le atribuye. En ese sentido argumenta que el art. 44 LSRSF es inconstitucional, haciendo mención que hay jurisprudencia al respecto. Trae a consideración la sentencia 131-2015, en la cual la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro de su facultad de ejercer el control difuso de la Constitución declaró inaplicable las letras a) y b) del art. 44 LSRSF; en ese sentido, el banco señala que la remisión que

hace el art. 44 LSRSF para intentar construir una norma punitiva es deficiente, en tanto que no identifica conducta alguna a sancionar si no que incurre en el despropósito de hacer una remisión abierta a 26 (sic) textos legislativos.

Además, cuestiona que el señor Superintendente haya acudido al voto disidente de la referida sentencia. Por último, en escrito del 14 de junio del presente año, el banco reitera que la multa fue impuesta en ausencia de una norma constitucionalmente válida (art. 44 LSRSF); y argumenta que nadie puede ser sancionado por una conducta típicamente inexistente; además, reitera que ha observado la obligación prevista en la letra d) del art. 10 LCLDA.

En la audiencia conferida al señor Superintendente, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF manifestó que el legislador estableció en el art. 44 LSRSF una "fórmula infractora", siendo dicho artículo una disposición de remisión normativa. Así, en el art. 44 LSRSF se encuentra la habilitación legal concedida al señor Superintendente para sancionar a las personas sujetas a supervisión por incumplimientos a obligaciones contenidas en los cuerpos normativos previstos en las letras a) y b) del mencionado precepto legal.

Para resolver este punto, el Comité de Apelaciones se pronunciará: (a) Sobre la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo respecto a la inaplicación del art. 44 LSRSF; y, (b) Sobre la falta de tipicidad de la conducta infractora alegada por el banco.

a. Sobre la reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo respecto a la inaplicación del art. 44 LSRSF.

Sobre el precedente que trajo a consideración el banco apelante (sentencia referencia 131-2015 pronunciado por la Sala de lo Contencioso Administrativo), este comité ha sido del criterio que el mismo versa sobre una inaplicabilidad de una norma, requiriendo de un análisis pormenorizado.

Como es sabido, la inaplicabilidad es el control difuso de la Constitución consagrada para los tribunales, a quienes corresponde declarar la inaplicación de cualquier ley o disposición infralegal que sea contraria a los preceptos constitucionales (art. 149 y 185 Cn.). La Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante LPrCn) es el cuerpo normativo que desarrolla la inaplicabilidad, estableciendo reglas bastante claras sobre sus elementos, efectos y modo de proceder.

Así, el art. 77-D LPrCn establece que *"[l]a resolución que se dicte en aplicación del artículo 185 de la Constitución, por medio de la que se declare la inaplicabilidad de una ley, disposición o acto, solo tendrá efectos en el proceso concreto en el cual se pronuncie"*. En ese sentido, los

efectos de una sentencia de inaplicabilidad están limitados al caso que resuelve, debiendo el tribunal remitir el mismo día certificación de la sentencia a la Sala de lo Constitucional, la cual tendrá la última decisión sobre la constitucionalidad de la norma desaplicada (arts. 77-E y 77-F LPrCn).

De lo anterior se colige, que la declaratoria formulada por la Sala de lo Constitucional, en cualquier sentido que se emita, será de obligatorio cumplimiento para todo juez y funcionario, estableciéndose expresamente su efecto *erga omnes* (art. 77-F inc. 3° LPrCn). Por tanto, si la Sala de lo Constitucional declarase que existe la inconstitucionalidad, es hasta ese momento que la norma inicialmente inaplicada es expulsada del ordenamiento jurídico a través del control concentrado de la Constitución. Por lo contrario, si la Sala estima que la norma inaplicada no transgrede la Constitución, dicha sentencia no interferirá en los efectos de la decisión de inaplicación, ni tampoco en los medios impugnativos que procedan contra ella, quedando por tanto abierta esta posibilidad de cumplirse con los presupuestos legales correspondientes[19].

Como puede advertirse, la LPrCn limitó los efectos de una declaratoria de inaplicabilidad emitida por cualquier tribunal de la República, esto con la finalidad de equilibrar la independencia de los jueces[20] en el control constitucional y la seguridad jurídica que debe permear el ordenamiento jurídico. La independencia se manifiesta en la calidad de cosa juzgada que adquiere el caso resuelto con la inaplicación y en la posibilidad de que otro tribunal no comparta tal criterio, mientras que la seguridad jurídica se ve fortalecida ya que la legislación conserva su unidad en tanto la norma inaplicada siga vigente. Respecto al procedimiento administrativo sancionador, para el caso que nos ocupa, la no verticalidad o ausencia de fuerza vinculante de los criterios jurisprudenciales (*obiter dictum*) de una inaplicación, se fundamenta en la observancia constitucional de la separación de los órganos del Gobierno (inc. 1° art. 86 Cn.).[21]

En el estado actual de las cosas, el control concentrado de constitucionalidad sobre la letra a) del art. 44 LSRSF aplicable a este caso no ha sido llevado a cabo por la Sala de lo Constitucional, es decir, no existe pronunciamiento mediante el cual se declare su inconstitucionalidad *erga omnes*, por lo cual dicha disposición legal sigue vigente[22] y la inaplicabilidad realizada en instancia Contencioso Administrativo solo surte efectos para el caso resuelto.

---

[19] Sentencia de las 12 horas con 32 minutos del 23 de agosto de 2017 en la Inaplicabilidad referencia 86-2017.
[20] Protegida por la Constitución (relacionar el art. 172 Cn.)
[21] El grado de observancia de esta disposición constitucional republicana, lo matiza el inc. 4° del art. 248 Cn. que le otorga el carácter de clausula pétrea a la separación de los órganos de Gobierno.
[22] Presunción de constitucionalidad habiendo cumplido las disposiciones de formación de Ley, arts. 133 al 142 Cn.

Lo anterior es coherente con lo plasmado por el legislador en la LPrCn, al limitar los efectos de una inaplicabilidad al caso concreto (art. 77–D) y al reservarle el carácter de precedente vertical a las declaratorias que lleve a cabo la Sala de lo Constitucional (inc. 3° art.77 –F).

El banco apelante menciona que durante el procedimiento administrativo sancionador introdujo el pronunciamiento de inaplicabilidad del art. 37 Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero que hizo la Sala de lo Contencioso en el proceso 49-2010; sin embargo, cabe señalar, que para dicho caso la Sala de lo Contencioso fue del criterio de no informar a la Sala de lo Constitucional, porque al momento de ser emitidas las sentencias en comento, dicha ley estaba ya derogada, por lo que no se tuvo un pronunciamiento de constitucionalidad respecto al mencionado artículo.

Para el caso en autos, es de tomar en cuenta que la jurisprudencia emanada por la Sala de lo Contencioso Administrativo puede servir como base idónea para justificar jurídicamente las resoluciones de la autoridad administrativa[24], sin embargo, en el presente caso es de considerar que actualmente el art. 44 LSRSF sigue vigente y es la ley aplicable, por lo cual desconocer tal disposición legal sería contrario al principio de legalidad que rige a la Administración Pública y que podría generar un grave peligro para el orden económico como bien jurídico tutelado a través de la legislación y regulación financiera.

---

[24] El comité sostuvo el criterio que "(...) *la fuerza vinculante de los auto precedentes de la SCA opera solamente para aquellos pronunciamientos dentro del ámbito ordinario de su conocimiento, es decir por regla general, sobre la legalidad de los actos administrativos.*" (CA-3-2018 y CA-9-2018), afirmando que la inaplicabilidad de una norma legal declarada por la SCA no tiene fuerza vinculante para la Administración Pública. Sin embargo, luego de un análisis sobre este tema, a partir de esta resolución el Comité de Apelaciones modifica este criterio, y afirma: que las sentencias pronunciadas por la SCA son ejecutivas y tienen carácter obligatorio para el caso conocido por esta Sala. Para casos distintos, indebido es el realizar una aplicación irreflexiva de los criterios jurisprudenciales contenidos en el *ober dicta* de aquella sentencia, al carecer éstos de fuerza vinculante y que sirvieron para formar el *ratio decidendi* de aquel fallo. Que la administración pública, particularmente el Órgano Ejecutivo, asuma una verticalidad de los criterios jurisprudenciales, atentaría contra la independencia de los Órganos del Gobierno, un elemento esencial republicano (inc. primero del art. 86 Cn.). Dentro de la jerarquía jurisdiccional, priva la independencia judicial (inc. tercero del art. 72 Cn.) en el uso y no abuso de los criterios jurisprudenciales de la CSJ y las Salas, obligando a los tribunales a elaborar y no solo hacer citas extensivas de jurisprudencia, para sustentar sus fallos. De esta forma, se concluye que las consideraciones que puede hacer la SCA, son útiles para fundamentar un criterio del aplicador o la apelación del administrado, mas no que tenga carácter de vinculación vertical para este comité.

Se afirma lo anterior porque, al dejar de aplicar una norma vigente y tan trascendental, se corre el riesgo de generar inseguridad jurídica en el quehacer de la Administración, ya que la autoridad competente dejaría de ejercer las facultades que le confiere la ley (arts. 86 inc. 3° Cn.). Como consecuencia, se permitiría la impunidad a los supervisados para que infrinjan obligaciones y prohibiciones relevantes para el óptimo funcionamiento del sistema financiero, lo que a su vez provocaría un caos en dicho sector, al desnaturalizarse el Derecho regulatorio.

Y es que si el Superintendente se abstuviera de aplicar el art. 44 LSRSF o el Comité de Apelaciones no reconocería esta aplicación como legal y eventualmente la Sala de lo Constitucional declarara que no existe la supuesta inconstitucionalidad, se habrían concretado irremediablemente los supuestos antes relacionados, lo cual implicaría una responsabilidad con graves consecuencias para la Superintendencia y para el Comité de Apelaciones ya que se habría permitido la impunidad de infracciones por no haber aplicado una ley vigente y válida. Por el contrario, si la Administración sigue aplicando el art. 44 LSRSF no obstante el precedente citado por el banco apelante y la Sala de lo Constitucional posteriormente declarara su inconstitucionalidad, los supervisados que resulten afectados como consecuencia de la aplicación del art. 44 LSRSF no verían truncados sus derechos, puesto que con certeza jurídica, si no es cosa juzgada, les asiste el control jurisdiccional.

En esta línea y trayendo a consideración que el art. 44 LSRSF se encuentra vigente, resulta ilustrativo el pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad 8-2016 del 19 de diciembre de 2016, en el cual dicha Sala declaró no ha lugar el proceso de inconstitucionalidad promovido por el Tribunal de Ingreso y Ascensos de la Policía Nacional Civil (TIA), siendo dicha autoridad judicial enfática al concluir que el TIA *"(...) no se encuentra procesalmente legitimado para inaplicar cualquier ley o disposición legal"*. Y es que resultaría incomprensible que la Administración Pública, cuyos actos se limitan a lo que la ley les faculta expresamente (principio de legalidad en su vertiente positiva), tuvieran la oportunidad de desconocerla para dictar actos administrativos.

b. Sobre la falta de tipicidad de la conducta atribuida al Banco Agrícola, S.A.

Sobre lo sostenido por el banco en cuanto a la falta de tipicidad de la conducta que se le atribuyó, y que no existe tipo infractor en el art. 44 LSRSF, debido a que la remisión por infracción genérica no cumple con el mandato de certeza y tipificación de las infracciones administrativas, este comité hace las siguientes consideraciones:

La LSRSF es una ley marco que aglutina diferentes tipos de regulaciones aplicables a los integrantes del sistema financiero y cuya supervisión y verificación de su cumplimiento ha sido encomendada a la Superintendencia del Sistema Financiero.

De la lectura del art. 44 LSRSF se evidencia que tal disposición únicamente realiza una remisión a obligaciones previstas por el legislador en otras leyes, pero sin pretender agotar en tal precepto el universo de conductas exigibles a los supervisados que ejercen una actividad regulada.

De esta forma, con la letra a) del art. 44 LSRSF se tiene que la tipificación indirecta o por remisión es idónea para ámbitos como el regulatorio, donde la atomización de normativas y diversidad de comportamientos exigibles vuelven inviable una codificación única como sucedería en materia penal. Sin embargo, al contrario de lo que expone el banco apelante no estamos frente de una indeterminación de las conductas punibles, ya que este supervisado tienen conocimiento en todo momento de sus obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de sus actividades financieras.

De esta forma, el Comité de Apelaciones identifica que la letra a) del art. 44 LSRSF se aplica de acuerdo a los principios de tipicidad y seguridad jurídica consagrados por la Constitución ya que, para la tipificación de una infracción, se deberá complementar con otra norma que contenga el comportamiento específico sujeto a sanción.

En el presente caso, tenemos en primer lugar la existencia de la obligación prevista en la letra d) del art. 10 LCLDA; de esta forma estamos frente una conducta con suficiente grado de certeza y previsibilidad; por otro, tenemos el art. 44 LSRSF el cual establece que será infracción el incumplimiento a las obligaciones contenidas (para el caso que nos atañe) en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos. Por lo que en este caso, no puede ser atendible la tesis del banco, ya que no se está ante una imprecisión o una construcción en abstracto de la infracción.

Lo anterior nos indica que estamos frente a una técnica legislativa de tipificación indirecta que responde a la naturaleza propia de la Administración que tiene por fin *la persecución de los intereses generales o, mejor en concreto, todas sus potestades tienen esa característica, incluida la sancionadora*[25]*"*; por tanto, es a partir de ello que surge una de las matizaciones con las que se debe estudiar los principios del *Ius Puniendi* aplicados al derecho administrativo sancionador, siendo que: *"(...) las normas penales no prohíben ni ordenan nada sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejadas una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por*

[25] Rebollo Pug, M. Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador (Principios Comunes y Aspectos Diferenciadores). Artículo extraído de la obra: *Diccionario de Sanciones Administrativas* recopilado por Lozano Cutanda, B. Iuste. Madrid. (2010) Pg. 324 y 325.

el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción[26]*."*

El tratadista Alejandro Nieto al abordar este tema, califica como absolutamente correcta la modalidad de tipificación remisiva expresa[27] (tal como la técnica utilizada para el art. 44 LSRSF), donde la ley *"prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen"*[28]. Afirma el referido doctrinario, especialista en materia administrativa sancionadora, que en dichos casos el tipo *"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"*[29].

De esta manera, el art. 44 LSRSF por sí solo no es la base legal exclusiva para una sanción administrativa, pues, tal como lo han expresado el Banco Agrícola, S.A. y el Director de Asuntos Jurídicos, de su lectura se advierte que no describe ni pretende describir ningún comportamiento en concreto; pero olvida el apoderado del banco apelante que la disposición requiere ser complementado con otra norma que sí lo detalle. Es por tal situación que el mandato de tipicidad encuentra acogida en tal fórmula, en la medida que las normas a que se remite y que describen las conductas punibles también son del conocimiento de los destinatarios y poseen suficiente precisión.

Los administrados integrantes del sistema financiero, llamados supervisados por la LSRSF, están regidos por normativas sectoriales y generales, cuyo conocimiento es esencial para el ejercicio de sus actividades. Por tratarse de un ámbito regulado y de alta complejidad técnica, puede afirmarse sin lugar a dudas, que los destinatarios de dichas regulaciones están capacitados para identificar cuáles de ellas les son aplicables y entender asimismo su contenido y las consecuencias a las que están sujetos, siendo innegable el conocimiento que los supervisados tienen de tales normas como base para sus actividades.

Las obligaciones y prohibiciones no son idénticas para todos los supervisados, en razón de los diversos mercados financieros a que pertenecen y a la dispersión de leyes y otras regulaciones que los rigen; sin embargo, en virtud de la LSRSF, todos se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia en tanto ejerzan actividades que han sido reguladas por su especial importancia para la estabilidad del sistema financiero. Es natural entonces, que para la protección del orden

---

[26] Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid (2012). Pg. 276.
[27] Dicho doctrinario al referirse a la Tipificación indirecta, realiza una subclasificación: i) Tipificación reduplicativa; ii) Tipificación remisiva expresa; iii) Tipificación remisiva residual; iv) Tipificación implícita.
[28] Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid (2012). Pg. 277.
[29] Nieto, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid (2012). Pg. 277.

económico, la tipificación de infracciones en el sector financiero se realice a través de una fórmula como la que recoge la letra a) del art. 44 LSRSF.

El Banco Agrícola, S.A. trae a consideración la sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional en el proceso acumulativo de inconstitucionalidad 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013, y expone que lo manifestado por dicha autoridad judicial para declarar inconstitucional la letra e) del art. 42 Ley de Protección al Consumidor es "plenamente aplicable" en relación al art. 44 LSRSF. Sobre lo anterior, el Comité de Apelaciones disiente, ya que en la mencionada sentencia el objeto de control [es decir, la letra e) del art. 42 LPC] tenía una naturaleza residual, mientras que el presente caso se trata del art. 44 LSRSF, tal como ya fue ampliamente desarrollado, el cual es una **disposición que tiene una naturaleza de tipificación indirecta o por remisión, y no residual.**

Así en dicha resolución (53-2013/54-2013/55-2013/60-2013), la Sala de lo Constitucional expuso: "(...) *El tipo sancionador debe ser en realidad descriptivo, en el sentido de que exprese literalmente un supuesto de hecho, aunque sea genérico y abstracto, que permita identificar o prever cuál es el comportamiento prohibido y que pueda ser verificado mediante la prueba por el órgano aplicador. (...) Como ya se dijo, esta exigencia es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (con los criterios expuestos en la ya citada Sentencia de 8-VII-2015, Inc. 105-2012), **pero también por medio de remisiones normativas.** Estas últimas consisten en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida por el tipo sancionador.*"

En el caso en particular, es menester identificar que la ley aplicable es la LCLDA, la cual está expresamente comprendida dentro del catálogo de leyes cuyo incumplimiento de las obligaciones que prevén será considerado como infracción [letra a) del art. 44 LSRSF]. Asimismo, en dicha ley el legislador hizo el esfuerzo de definir un catálogo de obligaciones en el Capítulo III de la LCLDA, denominado ***"Obligaciones de las Instituciones sometidas al control de esta ley"***, por lo que, no cabe hablar de una imprecisión en cuanto a las conductas punibles y menos que la letra a) del art. 44 LSRSF tenga una naturaleza residual.

Por tanto, puede concluirse que el mandato de tipificación es respetado por la técnica legislativa analizada, la cual es coherente con la realidad del sistema financiero y el modelo regulatorio que demanda. El tipo infractor no debe buscarse solamente en la letra a) del art. 44 LSRSF de forma aislada sino en la combinación de dicha disposición con otra que contendrá la conducta específica sujeta a sanción.

Por otro lado, el banco apelante cuestiona que el señor Superintendente haya acudido al voto disidente en el proceso 131-2015; al respecto para este comité es claro que la decisión de la Sala de lo Contencioso Administrativo se formó con el voto de la mayoría, sin embargo, al no estar frente a un precedente vertical, el Comité de Apelaciones comparte el criterio de la magistrada presidente ya que como se explicó la tipificación indirecta no implica *per se* una violación al principio de tipicidad, puesto que su validez depende de que la norma que contiene la obligación posea suficiente claridad y cuente con una descripción detallada y cierta de los elementos constitutivos de la obligación o mandato, lo cual se evidencia en el caso en concreto respecto a la letra d) del art. 10 de la LCLDA.

Lo anterior, es coherente con la naturaleza de la regulación del sistema financiero salvadoreño, lo cual, como se mencionó es aceptado por la jurisprudencia constitucional, siempre y cuando se tenga una identificación clara y taxativa de la obligación o prohibición. Así, lo determinante es la posibilidad real de predecir con certeza las conductas constitutivas de infracción administrativa y su consecuencia respectiva *(lex certa)*.

En conclusión, a juicio del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero la letra a) del art. 44 LSRSF cumple con las exigencias básicas de tipicidad y seguridad jurídica al configurarse como una norma de remisión que deberá complementarse con otro precepto que determine claramente el comportamiento punible. En consecuencia, y en consideración a las acotaciones antes relacionadas, este comité desestima la pretensión planteada por el banco apelante en este punto, por cuanto la letra a) del art. 44 LSRSF [disposición remitente] y la letra d) del art. 10 LCLDA [obligación contenida en la ley remitida] que conforman ambas la tipificación en esta técnica legislativa, son disposiciones legales vigentes, claras y con el suficiente grado de certeza, no quebrantando el mandato de tipificación. Por tanto, es procedente su aplicación en el ejercicio de la potestad sancionatoria del señor Superintendente.

2. Insuficiente motivación del acto administrativo sancionador.

El banco señala que el señor Superintendente no indica cómo y por qué llegó a la conclusión que la conducta imputada a él es constitutiva de infracción y que, en consecuencia, es merecedora de una sanción con multa por un importe superior a los US$400,000.00. En este apartado expone también que se ha omitido cualquier análisis o consideración sobre la proporcionalidad de la sanción frente al ilícito imputado.

Expone además que a partir de una insuficiente motivación se le ha vulnerado el derecho de legalidad, ello en razón que la conducta que se le atribuyó tiene fundamento en el art. 44 LSRSF, y en vista que dicha disposición viola el mandato de tipificación, la SSF no cuenta con potestad para sancionar; así, dicha ausencia de potestad se fortalece en vista que en la resolución impugnada no se realiza un ejercicio que deje evidencia de la posibilidad jurídico constitucional de unir o conectar dos normas para generar el tipo.

Asimismo, explica que el deber de motivar los actos administrativos está vinculado al derecho de defensa; es así que desconoce las justificaciones que motivaron a la SSF para considerar que la conducta atribuida es una infracción, ni para visualizar nítidamente que ha actuado dentro del marco de la legalidad y constitucionalidad, lo que impide conocer el fundamento de su decisión y por tanto se le impide al banco formular las defensa que estime conveniente.

Por su parte, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF explica que el señor Superintendente realizó un análisis exhaustivo y objetivo de los elementos de prueba incorporados, existiendo suficientes razones de hecho y de derecho que motivaron la imposición de la sanción ahora recurrida. También expone que se puede verificar en los apartados del acto impugnado denominados "Fundamento de Derecho" y "Análisis del caso" y "Valoración de la Prueba" las razones o motivos del acto impugnado, así como la valoración de la prueba. Asimismo, explica que el apoderado del banco se refirió a la valoración que el señor Superintendencia hizo del Informe emitido por la Vice presidencia de Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A., por lo que se puede verificar un entendimiento bastante claro por parte del banco de las razones jurídicas y fácticas que determinaron el cometimiento de la infracción y su correspondiente sanción.

Previo a pronunciarse sobre este punto, se aclara que aunque si bien en este apartado el Banco Agrícola, S.A. señala también una violación al principio de proporcionalidad en cuanto a la sanción impuesta, también lo aborda como un argumento independiente; por lo que el Comité de Apelaciones conocerá posteriormente este tema, en el apartado 4.

Sobre la motivación de los actos administrativos, la Sala de lo Contencioso Administrativo en reiterados pronunciamientos ha manifestado que "*[L]a motivación del acto administrativo exige que la Administración plasme en sus resoluciones las razones fácticas y jurídicas que le determinaron a adoptar su decisión. La Ratio essendi de la motivación permite ejercer un control de legalidad, constatando si estas razones están fundadas en Derecho y si se ajustan a los fines que persigue la normativa aplicable.* Así dicha Sala ha manifestado que "*(...) la suficiente motivación*

no requiere necesariamente de una exhaustiva y completa referencia fáctica y jurídica del proceso conformador de la voluntad administrativa, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento jurídico esencial de la decisión adoptada (...)[30].

Al revisar la resolución final impugnada se evidencia en primer lugar, que el señor Superintendente hizo referencia al art. 44 LSRSF (folio 669 al 676 del PAS-027/2017) y cómo ésta constituye una fórmula de tipificación indirecta; asimismo, explica que se adhiere al voto disidente de la magistrada presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo quien desarrolla la figura de la tipificación indirecta explicando que el tipo surgirá a partir de la conjunción sistemática del art. 44 letras a) y b), con las normas jurídicas que desarrollan las obligaciones de control.

En segundo lugar, el señor Superintendente hace un análisis del incumplimiento a la letra d) del art. 10 LCLDA (folio 687-688 del PAS – 027/2017) la cual viene a ser una de las leyes a las que hace referencia el art. 44 LSRSF. En el referido apartado se evidencia, además, que se le imputa el incumplimiento a letra d) del mencionado artículo por "*(...) falta de evaluación por parte de Auditoría Interna de parámetros en monitor plus y el monitoreo informático en materia de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*" y para tal efecto hace referencia al "Informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna" del Banco Agrícola, S.A. del 7 de octubre de 2015, y procede a realizar la valoración sobre dicho documento; así como también identifica la gravedad que implica la conducta infractora atribuida al banco.

Por lo tanto, es claro que la resolución impugnada sí está motivada, ya que contiene las razones suficientes por las cuales le atribuyó el incumplimiento imputado al Banco Agrícola, S.A.; es decir, en su acto, el señor Superintendente plasmó las premisas necesarias que le llevaron a emitir su resolución; consecuentemente no ha existido la falta de motivación alegada.

Sobre la vulneración al derecho de legalidad ante la supuesta falta de motivación; este comité disiente de lo argumentado por Banco Agrícola, S.A. ya que como se manifestó en el apartado anterior, el art. 44 LSRSF es una norma positiva y vigente; y es la aplicable para ejercer la potestad sancionadora, al ser configurada por el legislador como una norma con naturaleza de norma remitente. Por tanto, tal como se detalló en los dos párrafos precedentes, es evidente en la resolución impugnada la concatenación de normas [letra a) del art. 44 LSRSF (ley remitente que

[30] Resolución pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo a las 14 horas 18 minutos del 14 de junio de 2011, en el proceso 447-2007. Criterio que es reiterado en sentencias recientes verbigracia la de las 12 horas y 41 minutos del día 22 de junio de 2017 en el proceso 436-2010.

establece como infracción) y letra d) del art. 10 LCLDA (ley remitida que contiene las obligación)] para formar el tipo.

Por último, al haber identificado que el señor Superintendente expuso las razones de hecho y de derecho que sirvieron para determinar que Banco Agrícola, S.A. había incurrido en la infracción atribuida, no cabe hablar de una violación al derecho de defensa; lo anterior se verifica además, porque se evidencia que el banco se defiende de la conducta atribuida, manifestando que ha cumplido la obligación prevista en la letra d) del art. 10 LCLDA, y para tal efecto presenta al Comité de Apelaciones sus planes anuales de auditoría interna correspondiente a los años 2008 al 2018, así como también cuestiona la valoración que hizo el señor Superintendente al Informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna de fecha 7 de octubre de 2015, titulado *Evaluación a parametrización de alertas para la prevención de lavado de dinero y activos.*

Asimismo, en escrito presentado el 14 de junio de 2018 Banco Agrícola, S.A. reitera que ha observado la letra d) del art. 10 LCLDA, manifestando que prueba lo anterior con la elaboración y aprobación de los planes anuales de auditoría interna. Así, hace referencia que dichos planes anuales de auditoría constituye prueba del cumplimiento de la referida obligación.

Lo anterior lleva a confirmar al Comité de Apelaciones que no ha existido una insuficiente motivación; y es que, como bien ha identificado la Sala de lo Contencioso Administrativo *"(...) uno de los presupuestos básicos para determinar si existió falta de motivación en las resoluciones dictadas en sede administrativa, es generar una grave transgresión a los derechos de contradicción y defensa del interesado (...)*[31]". Así, se identifica que el señor Superintendente expuso en su resolución final las razones que sirvieron para determinar la infracción atribuida al banco, y que éste no se vio imposibilitado materialmente de ejercer su derecho de defensa y el de contradicción en esta instancia de apelación; en ese sentido resulta procedente desestimar este punto de apelación.

3. Violación del principio de culpabilidad

El siguiente punto de apelación introducido por el banco es la supuesta vulneración al principio de culpabilidad, ya que es del criterio que en la resolución impugnada no se aprecian las pruebas o razonamientos de índole probatorios suficientes para romper la presunción de inocencia constitucional; además, que el único insumo relacionado en calidad de prueba es el informe de la Vice presidencia de auditoría interna del Banco Agrícola. S.A., de fecha 7 de octubre de 2015, del

[31] Resolución de las 8 horas con 30 minutos del 24 de junio de 2013 en el proceso Contencioso Administrativo 200-2009.

cual manifiesta que el señor Superintendente realizó una lectura aislada de su contenido. Asimismo, señala que ha observado la obligación que se le imputa incumplida, y para tal efecto anexa como prueba ante este comité sus planes anuales de auditoría correspondiente a los años 2008 al 2018.

En este punto el banco señala que, en violación al principio de unidad de la prueba, la SSF no valoró los planes de auditoría interna remitidos cada año por éste a la SSF, en cumplimiento al Reglamento de Auditorías Interna de Banco, Financieras y Sociedades de Seguro y posteriormente a las Normas Técnicas de Auditoría Interna para los Integrantes del Sistema Financiero, respectivamente; siendo que en cada plan se detalla como actividad planificada labores tendentes a lograr la observancia y respeto de las normas y de las reglas contenidas en la LCDLA.

Además, en escrito del 14 de junio de 2018 el banco afirmó que cumplió con la obligación señalada en la letra d) del art. 10 LCLDA; así expone que en el escrito de apelación aportó las explicaciones y argumentaciones, así como la documentación suficiente, acerca del estricto acatamiento de dicho precepto legal; siendo que observó y comprobó mediante una muestra relevante en el tiempo, la elaboración y aprobación de los planes anuales de auditoría interna, los cuales fueron oportunamente remitidos a la SSF, en apego al Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros y las Normas Técnicas de Auditoría Interna para los Integrantes del Sistema Financiero.

Por su parte, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, en la audiencia conferida por este comité al señor Superintendente, argumentó que en el referido informe de la vice presidencia de auditoría interna del banco constan que se identificaron fallas en el monitoreo en el tema de prevención de lavado de dinero y de activos; que conforme a las reglas de la sana crítica una sola prueba puede ser lo suficientemente contundente y robusta para convencer a la autoridad que la infracción ha sido cometida.

Este Comité de Apelaciones identifica que para el caso en autos se le imputa al Banco Agrícola, S.A. el incumplimiento de la letra d) del art. 10 de la LCLDA, la cual prevé como responsabilidad para los sujetos obligados: *"(...) d) Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley."*

Sobre lo manifestado por el banco apelante, este comité revisó el expediente PAS-027/2017 que contiene la tramitación del procedimiento administrativo sancionador que culminó con la resolución ahora impugnada; del mismo se identificó que en las distintas oportunidades otorgadas para que el banco ejerciera su defensa y presentación de prueba, éste no aportó argumentos o prueba de

descargo tendientes a demostrar que había observado el cumplimiento de la obligación que se le atribuye infringida (fls.206-208, 609-619, 634-655 del expediente PAS-027/2017) u ofreciera como prueba los planes anuales de auditoría interna que remitió a la SSF en observancia a una normativa ajena al procedimiento administrativo sancionador, a fin que éstos se incorporaran al expediente y se hubiesen valorado; siendo que hasta esta instancia recursiva planteó dicho argumento de defensa y propuso incorporar los referidos planes como prueba, por lo tanto el Comité de Apelaciones estima que no ha existido contravención al principio de unidad de la prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, este comité revisó la documentación proporcionada por el banco en esta instancia, consistente en los planes anuales de auditoría interna (2008-2018). En cada uno de dichos planes únicamente se definen el número de horas que se le dedicaría a revisar las unidades auditables, dentro de la cual se encuentra la unidad de cumplimiento de normativa para la prevención de LD/FT; aunque si bien, de los mismos se tiene un punto de partida de la evaluación anual que haría la referida auditoría, no resultan suficientes para acreditar que efectivamente se verificó que el banco cumpliera con la normativa sobre la materia en comento, ya que no basta con realizar la programación anual de auditoría que constituye solo un propósito, siendo ello lo único comprobable de la documentación proporcionada por el banco.

El banco apelante señala que estos planes de auditoría fueron del conocimiento de la SSF y no fueron objetados; sin embargo, es de aclarar que en este caso la conducta infractora trasciende la elaboración de los planes antes mencionados, siendo indispensable evidenciar si efectiva o materialmente la auditoría interna del banco implementó esos mecanismos, lo cual no ha sido el caso.

Por otra parte, el banco apelante cuestiona la valoración que hizo el señor Superintendente al Informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A. de fecha 7 de octubre de 2015, y señaló que éste solo refleja una situación coyuntural la cual ya fue superada.

Para dar respuesta a este argumento, el Comité de Apelaciones procedió a revisar el referido informe, y evidencia una serie de deficiencias en materia de prevención de LD/FT, las cuales se proceden a identificar:

En primer lugar, dicho informe se llevó a cabo a petición de la Gerencia de Cumplimiento, así como a solicitud de la Superintendencia del Sistema Financiero (en apartado de "Antecedentes", fl. 108 PAS-027/2017). Llama la atención resaltar lo anterior, ya que con ello se verifica que el referido "Informe de Auditoría Interna", no fue el resultado de los trabajos ordinarios de auditoría

que tiene programado la Vice presidencia Auditoría Interna del banco como parte de sus programas anuales de trabajo.

Lo anterior se confirma además, a partir de la lectura de las copias de las actas: (i) No. 4 del Comité de Cumplimiento del Banco Agrícola, S.A. de fecha 22 de septiembre de 2015 (folio 10 del PAS-027/2017) y (ii) No. 1485 de la Junta Directiva del Banco Agrícola, S.A. de fecha 29 de septiembre de 2015 (folio 11 del PAS-027/2017). Consta en ambas actas que la Gerente de Cumplimiento presentó al Comité de Cumplimiento y a la Junta Directiva del banco (respectivamente) las actividades realizadas a partir de los hallazgos encontrados de las auditorías realizadas por la SSF, en cuanto a las transferencias enviadas y recibidas a través de HSBC Suiza, con enfoque al cliente FUSADES, identificando de dicha revisión que el mencionado cliente no estaba siendo monitoreado; y consta que a partir de esa situación se ubicó la existencia de una lista de clientes excluidos; dentro de este relato se agrega que se requirió a la Vice presidencia de Auditoría Interna: *"(...) realizara auditoría a los sistemas de monitoreo utilizados por Cumplimiento"*.

En segundo lugar, se evidencia en dicho informe que efectivamente antes del 14 de mayo de 2015, el sistema Monitor no estaba generando alertas por transacciones de clientes en la lista de exclusión, para las transferencias internacionales y recibidas, así como los depósitos mayores a US$10,000.00.

Por otro lado, consta que las operaciones en efectivo siempre se estuvieron reportando a la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la República, ya que se comprobó que entre enero de 2014 y mayo de 2015 existieron operaciones en efectivo por los montos que establece la ley, y habían clientes dentro de la lista de exclusión que fueron considerados en ese reporte; no obstante lo anterior, ello no obvia la inexistencia de las alertas en un sistema computarizado, que evidentemente sirve como una herramienta importante para la prevención de LD/FT del banco, cuya implementación está normado por el propio manual del banco.

En dicho informe, además, se relaciona la efectividad de los cambios realizados a partir del 14 de mayo de 2015, evidenciando por tanto la existencia de parametrizaciones en el sistema de monitoreo de la referida institución financiera. De esta forma, a partir del propio informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna del banco, se evidenció que las alertas del sistema Monitor requerían ajustes (fl. 109 vuelto del PAS-027/2017). A modo de ejemplo, la alerta 065 estaba definida para depósitos acumulados diario mayor a US$57,000.00, cuando a partir del año 2014, la

LCDLA estableció que se debía de emitir informe por operaciones acumuladas diarias mayor a US$10,000.00.

A partir de lo anterior, el Comité de Apelaciones coincide con el señor Superintendente que fue hasta ese reporte que la Vice presidencia de Auditoría Interna del banco identificó la existencia de las listas de exclusión en el sistema de monitoreo y la eliminación de dicha lista. Asimismo, no puede considerarse que las valoraciones hechas por el señor Superintendente fueron infundadas, ya que éstas fueron a partir del examen realizado al ya mencionado informe que fue elaborado por la propia auditoría interna de la institución financiera apelante. Por lo que, a criterio de este comité ha quedado acreditada la pasividad por parte de la Vice presidencia de Auditoría Interna del banco en cuanto a materia de prevención de LD/FT, lo cual fue calificado por el señor Superintendente como una "negligencia grave" (fl. 688 del PAS-027/2017) y por tanto es que se le imputa el incumplimiento atribuido.

Llama la atención al Comité de Apelaciones que a pesar que la Vice presidencia de Auditoría Interna programa dedicarle año con año una considerable cantidad de horas para verificar que el banco se apegue a la normativa de prevención de LD/FT, fue hasta que se le solicitó que realizara una auditoría (que se llevó a cabo el 7 de octubre de 2015), que ésta evidenció las fallas antes señaladas; las cuales, a criterio de este cuerpo colegiado, denota que no se establecieron los mecanismos para el cumplimiento de la LCLDA.

Por lo que, indudablemente este comité corrobora que existió una falla por parte del banco, y aunque si bien, en palabras de éste último se trató de una situación *coyuntural* y ya *superada,* ello no implica su inexistencia y el grave incumplimiento que conllevó en materia de prevención LD/FT.

A partir de lo anterior, el Comité de Apelaciones considera que el Informe de la Vice presidencia de Auditoría Interna si es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de Banco Agrícola, S.A., siendo palpable el incumplimiento atribuido; y que los planes anuales de auditoría presentados por el banco, aunque si bien demuestran las horas que se le invertirían a verificar el cumplimiento de la normativa en LD/FT no desvirtúa la conducta atribuida por la SSF.

Por lo que, el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero identifica que no ha habido violación al principio de culpabilidad por haberse acreditado la conducta infractora y tener prueba suficiente para desvanecer la presunción de inocencia de la institución financiera apelante, por lo que se desestima este punto de apelación y se continúa a conocer el siguiente.

4. Violación al principio de proporcionalidad de la sanción

El último punto de apelación alegado por el Banco Agrícola, S.A. recae en la supuesta violación al principio de proporcionalidad de la sanción, por considerar que en la resolución impugnada, la SSF omite consignar las específicas circunstancias que justifican la imposición de la sanción.

Por su parte, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF, en la audiencia conferida, manifestó disentir con lo alegado por el banco ya que la decisión de la SSF fue de conformidad a la gravedad de las infracciones consumadas y a su capacidad económica, en cumplimiento estricto a los criterios estipulados en el art. 50 LSRSF, y en absoluto respeto a los principios, garantías y derechos determinados en el art. 54 de esa misma ley. Además, que no basta afirmar que la multa sea desproporcional, siendo necesario fundamentarlo.

Sobre el principio de proporcionalidad, este comité ha establecido que en términos generales, debe constatarse una relación medio-fin entre la limitación del derecho (o el gravamen) y su justificación, de modo que el "medio" o la limitación cumpla con la característica de *idoneidad* –es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar , *necesidad* –es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo– y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego –*proporcionalidad propiamente dicha*–.

Tal principio es exigido tanto en la formulación de la norma como en la aplicación de la misma. Para el caso que nos compete, importa esta segunda implicación, por la cual el principio de proporcionalidad sirve como límite a la discrecionalidad de la actividad administrativa sancionatoria, procurando la correspondencia y vinculación que debe existir entre las infracciones cometidas y la gravedad o severidad de las sanciones impuestas por el ente competente (sentencia de las 11 horas con 55 minutos del día 3 de febrero de 2016, en la Inconstitucionalidad 175-2013).

Sobre el principio de proporcionalidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha manifestado: "*(...) este principio tiene gran utilidad para la Administración en vista que cuando se impone una sanción, y se gradúa la misma, entra en juego la institución de la discrecionalidad que se ve limitada o dirigida por el principio referido. Así pues, con la observancia de la proporcionalidad se obliga a las autoridades a tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas referidas a la contravención, evitándose así que el ejercicio de la discrecionalidad en la imposición de la sanción vaya más allá de la gravedad que reportan los hechos determinantes del acto administrativo. Sin embargo, le corresponde al legislador aportar los elementos que servirán*

a la Administración Pública para guiar su labor sancionadora, y mantener el equilibrio reputado, entre la infracción regulada y la sanción que puede atribuírsele por tal conducta.[32]»

El Comité de Apelaciones del Sistema Financiero coincide con el anterior criterio jurisprudencial, al ser indudable que al estar frente a la imposición de una sanción, el legislador revistió al señor Superintendente de una potestad discrecional, en el sentido que le otorgó un catálogo de sanciones que puede imponer (art. 43 LSRSF), así como el monto máximo, cuando se trate de multas (art. 44 LSRSF). Sin embargo, dicha facultad tiene como parámetros los elementos reglados previstos en el art. 50 LSRSF.

Los criterios del art. 50 de la LSRSF son: la gravedad del daño o del probable peligro a quienes podrían resultar afectados por la infracción cometida, el efecto disuasivo en el infractor respecto de la conducta infractora, la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma, y, para el caso específico de las multas, también la capacidad económica del infractor.

El señor Superintendente, en el romano V del acto definitivo (folios 688 frente al 690 del expediente PAS-027/2017), expone los criterios que han sido tomados en cuenta para determinar las sanciones en proporción a las circunstancias concretas. Sobre la gravedad, este comité verifica que la exposición del señor Superintendente contiene los elementos necesarios que en el caso concreto permiten evidenciar la intensidad del daño o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la normativa contra el lavado de dinero, ocasionado por la inobservancia por parte de la Auditoría Interna del Banco Agrícola, S.A.

Es importante señalar que uno de los pilares fundamentales para la lucha contra el lavado de dinero y activos es la prevención, para lo cual, es indispensable que los sujetos obligados (art. 2 LCLDA) se apeguen al marco normativo señalado; es así que, como primer mecanismo para verificar el cumplimiento de los destinatarios de las obligaciones normativas, se encomienda que la auditoría interna se encargue de verificar el cumplimiento de la LCLDA por parte de la institución financiera; sin embargo, en el caso conocido en autos, quedó acreditada la pasividad por parte de la auditoría interna del Banco Agrícola, S.A., quien a pesar de tener una programación anual, no evidenció la existencia de las listas de exclusión de alertas, y los incumplimientos a la LCLDA que ello acarreó.

---

[32] Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo a las 8 horas 31 minutos del día 19 de marzo de 2014 en el proceso 142-2011.

A partir de lo anterior, el grado de intensidad derivaba del hecho de que la adecuada aplicación de la LCLDA es trascendental, siendo de vital importancia el conocimiento de los clientes, así como el monitoreo de la consistencia de sus transacciones con la actividad económica de éstos, ya que en palabras del señor Superintendente *"(...)debe prevenirse y contrarrestar a toda costa la utilización de las entidades para el blanqueo de capitales"* (folio 690 frente). Y es que, el proceso de los delitos de lavado de dinero y activos, producto de la actividad delictiva, conduce siempre a una descomposición de las estructuras sociales, políticas y económicas; y el dinero proveniente de esas actividades genera distorsión y competencia desleal para las economías legítimas. Tal como señala el considerando IV de la LCLDA, el lavado de dinero puede poner en peligro la solidez y la estabilidad de las instituciones que son utilizadas para ese objetivo, ocasionando o pudiendo ocasionar la pérdida de confianza del público.

Al analizar el acto impugnado, este comité identifica que el señor Superintendente hizo referencia a la gravedad que representa la falta de monitoreo, así como también la importancia que recae que la Auditoría Interna verifique el cumplimiento de la adecuada observancia a la normativa, trascendiendo el mero conocimiento a su efectiva aplicación a efecto de prevenir y contrarrestar la utilización de las entidades financieras para el ilícito de lavado de dinero y de activos. Asimismo, en el acto impugnado se estableció la importancia de llevar a cabo el conocimiento del cliente, así como el monitoreo de sus transacciones e identificar si éstas superan los montos establecidos por el cliente en la declaración, siendo por tanto la entidad responsable de verificar con el cliente de las razones de las diferencias entre los mismos.

En cuanto a los restantes criterios de dosimetría punitiva, la Superintendencia, a folio 690 vuelto del expediente PAS-027/2017, señala: *"Con respecto a la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma, consideramos que al ser un evento que duró casi 5 años reviste importancia debido a la relevancia y trascendencia de la materia, el daño probable que puede ser causado, así como el peligro de que la falta de monitoreo propio debe ser evitado a toda costa por el Banco, quien debe contar con los medios adecuados para cumplir con sus obligaciones en esta materia, situación que no puede pasar desapercibida por esta Superintendencia (...)"*.

En consecuencia, lejos de considerar la motivación del señor Superintendente solo contiene elementos genéricos o que hizo una infructífera transcripción de frases, este comité identifica que dicho funcionario ejerció una potestad discrecional suficientemente motivada al imponer la sanción, la cual se mantuvo dentro de los elementos reglados de dosificación punitiva que explican la

decisión de imponer una multa US$431,414.72. Por lo que no procede validar este punto de apelación.

En razón del análisis antes realizado con el cual se concluyó desestimar los alegatos de apelación propuestos por el licenciado Jorge Arístides Belloso Posada con excepción al hecho que no se le puede atribuir responsabilidad durante el período que él ya no laboró para el Banco Agrícola, S.A. y al desestimar todos los puntos de apelación propuestos por el Banco Agrícola, S.A., es procedente modificar la resolución impugnada.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los artículos 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; artículos 2, 8, 12, 14, 15 y 86 inc. 3° de la Constitución, el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero **RESUELVE:**

I. **Modifícase** la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las 14 horas con 30 minutos del 18 de abril de 2018, en los siguientes términos:

a. **Modifícase** la multa impuesta al licenciado Jorge Arístides Belloso Posada por la infracción prevista en el art. 44 letra a) LSRSF relacionado con el romano II) de la letra c) del art. 10 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, contenido en el texto del Decreto Legislativo número 498 de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 240 Tomo 341 de fecha 23 de diciembre de 1998, en relación al romano XVIII Monitoreo y Elaboración de Informes, letra A. Monitoreo, numerales 1,2, y 5 del "Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo", disminuyendo el monto de la multa impuesta a DIECISEÍS MIL OCHOCIENTOS DÓLARES (US$16,800.00).

b. **Confírmase** la multa de CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CATORCE CON SETENTA Y DOS DÓLARES (US$431,414.72) impuesta a **Banco Agrícola, S.A.** por haber cometido la infracción prevista en el art. 44 letra a) de la LSRSF en relación a la letra d) del art. 10 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos de acuerdo al texto del Decreto Legislativo número 498 de fecha 2 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial número 240 Tomo 341 de fecha 23 de diciembre de 1998, en relación al romano XX, letra A. Sistema de Auditoría y Cumplimiento, numerales 1 y 2 del "Manual de Políticas Generales para la Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo".

II. **Devuélvase** a la Superintendencia del Sistema Financiero el expediente administrativo sancionador referencia PAS-027/2017.

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

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

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

SECRETARIA

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Es...

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

SECRETARÍA
COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero