



PAS-006/2015

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: San Salvador, a las dieciséis horas con veinte minutos del día once de mayo de dos mil dieciocho.

El presente procedimiento administrativo sancionador, se inició de manera oficiosa mediante auto dictado a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día 10 de agosto de 2015, en contra de la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, que en lo sucesivo se podrá denominar "la SAC", o "la supervisada", indistintamente, con el propósito de determinar si existe o no responsabilidad administrativa respecto a las posibles infracciones relacionadas en los memorando IRG-033/2014 de fecha 5 de diciembre de 2014 e IRG- RL-042-2014 de fecha 18 de septiembre del mismo año, y sus respectivos anexos, remitidos por la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia, ahora Dirección de Riesgos, los cuales se detallan de la forma siguiente:

I. RELACIÓN DE LOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS

a) Presunto incumplimiento al **capítulo III Identificación de Clientes, Normas Particulares, literal a) Aperturas, numeral 5 del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera** (Derogado por el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos) en relación con el romano IV. Mecanismos de control e instrumentos de debida diligencia, literal C Aceptación de Clientes numeral 1) Entrevista, Declaración Jurada, Formulario de Registro de Clientes y al numeral **3.5) Administración de la relación con el cliente, numeral i. párrafo tercero y al numeral 5) Monitoreo de**

PSA

cuentas, párrafo cuarto del “Manual operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo”.

La presunta infracción se ha configurado porque a la fecha de la inspección se identificaron 11 casos en los que se detectó falta de información en los expedientes de depósito, lo cual evidencia la falta de realización de la debida diligencia en el conocimiento del cliente, su actividad económica y operaciones, y se identificaron 6 casos en los que se detectó la falta de revisión del perfil del cliente y actualización de su documentación, habiendo realizado estos clientes operaciones fuera del monto declarado y operaciones inusuales.

b) Presunto incumplimiento al Art. 4 literal h) del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, debido a la falta de recursos humanos y tecnológicos en la Oficialía de Cumplimiento para que desarrolle las actividades requeridas en materia de prevención de lavado de dinero y activos y financiamiento del terrorismo.

c) Presunto incumplimiento al Capítulo III Identificación de Clientes, Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, literal b) Entrevista, del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera (Instructivo UIF).

El presunto incumplimiento se ha configurado debido a que en 13 casos, se corroboró que no se ha identificado fehacientemente el origen o procedencia de los fondos ni la actividad económica del cliente.

d) Presunto incumplimiento al Art. 44 literal d) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, por no acatar las instrucciones giradas a través de circular nota N° BCO-SO-1904 de fecha veintinueve de enero de dos mil trece, en referencia al Art. 4 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y



de Activos y a la Disposición Décima del Instructivo de la UIF, debido a que en dicha nota se instruyó que cuando se produzcan ausencias del Oficial de Cumplimiento por más de una semana, se deberá nombrar a un sustituto interino por parte de la Junta Directiva que tenga las habilidades necesarias y pleno conocimiento de las actividades y herramientas de gestión de riesgo desempeñadas y utilizadas respectivamente por el titular.

e) Presunto incumplimiento al **romano III, B. Deberes específicos, 1) Junta Directiva de su “Manual Operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo”**, debido a que la Junta Directiva no ha cumplido con lo establecido en dicho manual en cuanto a: “iii. Dotar a la Unidad de Cumplimiento de los recursos humanos y materiales necesarios y la autoridad suficiente para el cumplimiento de sus funciones; iv. Incluir periódicamente en su agenda de reuniones, la presentación del informe del Oficial de Cumplimiento sobre las actividades de prevención; y V. Apoyar con los fondos necesarios, la capacitación del personal de la Unidad de Cumplimiento dentro y fuera del país a fin de garantizar el conocimiento en riesgos y prevención de lavado de dinero y de activos y el financiamiento al terrorismo.”

II. TRAMITACIÓN DE PROCESO SANCIONATORIO

- 1) Visto los memorándum antes citados y la documentación probatoria anexa a los mismos, esta Superintendencia, dictó auto a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día 10 de agosto de 2015, y mandó a emplazar a la SAC, con el propósito de que ejerciera sus derechos tanto de defensa como de audiencia, y en consecuencia se pronunciara sobre los hechos que se le atribuyen.
- 2) La SAC, fue legalmente emplazada en fecha 18 de agosto de 2015, según consta en acta que corre agregada a folio 142 de este expediente administrativo.

- 3) Mediante escrito de fecha 1 de septiembre de 2015, la SAC por medio su Apoderada General Judicial con Cláusula Especial, Licenciada Anabel Menéndez de Berdugo, se mostró parte en este procedimiento, solicitó se absuelva a mandante de las presuntas infracciones atribuidas y se abriera a pruebas por el término de Ley.
- 4) Que esta Superintendencia mediante auto de fecha 2 de septiembre de 2015, tuvo como parte a la Licenciada Menéndez de Berdugo, requirió a la Dirección de Análisis de Entidades informe sobre el patrimonio de la SAC al 31 de diciembre de 2013, y ordenó abrir a pruebas el presente procedimiento por el término de 10 días hábiles -auto que fue notificado a la SAC en fecha 7 de septiembre 2015, según consta a folios 157 de este expediente administrativo-.
- 5) La Dirección de Análisis de Entidades mediante informe No. DAE-307/2015 de fecha 10 de septiembre de 2015, evacuó el requerimiento relacionado en el párrafo anterior.
- 6) La apoderada de la SAC, en fecha 22 de septiembre de 2015, haciendo uso de sus derechos de audiencia y defensa presentó escrito ofreciendo prueba documental para desvirtuar los señalamientos hechos a su poderdante.
- 7) Esta Superintendencia mediante auto de fecha 9 de diciembre de 2015, resolvió agregar el informe de la Dirección de Análisis de Entidades y la prueba presentada por la abogada de la SAC, auto que fue notificado en fecha 4 de abril de 2016, según a folios 291 de este expediente.
- 8) Para mejor proveer, esta Superintendencia emitió de auto de fecha 24 de abril de 2018, solicitó a la Dirección de Análisis de Entidades de esta



Superintendencia, informe de la capacidad económica de la SAC, con base a los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2017- dicho auto que fue notificado a la SAC en fecha 27 de abril de 2018- según consta en acta agregada a folios 294.

9) En fecha 11 de mayo de 2018, se recibió informe de fecha 8 del mismo mes y año, de la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, evacuando el requerimiento hecho en el párrafo anterior.

10) Mediante auto de fecha 11 de mayo de 2018, se ordenó agregar el informe anterior, el cual se hizo del conocimiento de la SAC, el mismo día, mes y año, según consta en acta que corre agregada a folios 312 de este expediente administrativo.

III. PRUEBA INCORPORADA AL PROCEDIMIENTO

➤ PRUEBA DE CARGO:

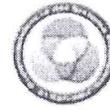
- ✓ Memorando IRG-033/2014 y sus respectivos anexos, de fecha 5 de diciembre de 2014 de la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia.
- ✓ Memorando IRG-RL-042-2014 y sus respectivos anexos, de fecha 18 de septiembre de 2014 de la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia.

➤ PRUEBA DE DESCARGO:

- ✓ Muestra de tres expedientes de formularios (Anexo A). A folios 170 al 177.

DA

- ✓ Borrador de Manual o guía de usuarios para determinar origen de fondos (Anexo B). A folios 178 al 182
- ✓ Manual de usuario del Sistema de Administración de Riesgo y Financiamiento al Terrorismo (Anexo C). A folios 183 al 200.
- ✓ Acta número 25 de Junta Directiva del 25 de marzo del año 2009, mediante la cual nombró al señor Wilson Jaime Aparicio Martínez (Anexo D). A folios 201 al 202.
- ✓ Copia de contrato individual de trabajo de Wilson Jaime Aparicio Martínez (Anexo E). A folios 203 al 204.
- ✓ Copia de Manual de descripción de puestos de la sociedad de ahorro y crédito CREDICOMER (Anexo F). A folios 205 al 208.
- ✓ Copia del Plan de Anual de Trabajo del año 2012 (Anexo G). A folios 209 al 213.
- ✓ Copia del Plan de Anual de Trabajo del año 2013 (Anexo H). A folios 214 al 217.
- ✓ Muestras de informes de auditoría y al Vicepresidente ejecutivo (Anexo I). A folios 218 al 255.
- ✓ Punto número 10 de acta 114, de la Sesión de Junta Directiva del día 11 de diciembre del año 2013 (Anexo J). A folios 256 al 258.
- ✓ Copia de entrevista realizada el 27 de enero de 2014 al oficial de cumplimiento Wilson Jaime Aparicio (Anexo K). A folios 259 al 262.
- ✓ Contrato laboral y acción de personal del analista de cumplimiento efectiva a partir del 16 de agosto 2015 (Anexo L). A folios 263 al 265.
- ✓ Organigrama de la oficialía de cumplimiento (Anexo M). A folios 266 al 267.
- ✓ Formato de Declaración Jurada, observada en los 3 expedientes revisados en la auditoría (Anexo N). A folios 268 al 269.
- ✓ Formato de nuevo modelo de Declaración Jurada que ha sido sustituida en los 13 expedientes observados. (Anexo Ñ). A folios 270 al 271.



- ✓ Impresión de correo electrónico que respalda que el analista de cumplimiento fue inscrito en el curso "Certificación FIBA AMLCA" (Anexo O). A folios 272 al 273.
- ✓ Copia de organigrama de la estructura organizacional de CREDICOMER (Anexo P). A folios 274 al 275.
- ✓ Punto número 15 del Acta 120, de fecha 14 de mayo de 2014 (Anexo Q). A folios 276 al 277.
- ✓ Acta numero 41 de la Sesión de Junta Directiva del 14 de julio de 2010 (Anexo R). A folios 278 al 279.
- ✓ Acta numero 74 de la Sesión de Junta Directiva del 21 de diciembre del año 2011 (Anexo S). A folios 280 al 281.
- ✓ Acta numero 95 de la Sesión de Junta Directiva del 19 de diciembre de 2012 (Anexo T). A folios 282 al 283.
- ✓ Punto número 13 de acta 114 de la Sesión de Junta Directiva del 11 de diciembre de 2013 (Anexo U). A folios 284 al 285.
- ✓ Punto número 11 de acta numero 114 la Sesión de Junta Directiva del 11 de diciembre de 2013 (Anexo V). A folios 286 al 287.
- ✓ Punto número 14 de acta numero 114 de la Sesión de Junta Directiva 11 de diciembre de 2013 (Anexo W). A folios 288 al 289.

IV. APLICACIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 44 DE LA LRSRF

1. De la facultad sancionadora de la Superintendencia del Sistema Financiero y la obligatoriedad de aplicación del artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero

En este apartado se hará referencia a la Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo a las 15 horas 8 minutos del día 24 de enero de 2018 en

el juicio marcado con la referencia 131/2015, en virtud de lo cual dicha Sala declaró inaplicables los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, relativos a la facultad sancionatoria de esta administración pública. En tal sentido estimo oportuno el análisis sobre las facultades de aplicación de tal disposición.

El artículo 14 de la Constitución de la República "CORRESPONDE UNICAMENTE AL ORGANO JUDICIAL LA FACULTAD DE IMPONER PENAS. NO OBSTANTE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA PODRÁ SANCIONAR, MEDIANTE RESOLUCIÓN O SENTENCIA Y PREVIO EL DEBIDO PROCESO, LAS CONTRAVENCIONES A LAS LEYES, REGLAMENTOS U ORDENANZAS, CON ARRESTO HASTA POR CINCO DIAS O CON MULTA, LA CUAL PODRA PERMUTARSE POR SERVICIOS SOCIALES PRESTADOS A LA COMUNIDAD." Las negritas y el subrayado son propios.

Señala la Sala de lo Constitucional (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97, Considerando 4), que la potestad sancionadora de la Administración es tan antigua como ésta misma y durante varios siglos fue considerada como un elemento esencial de la policía; sin embargo, a partir del constitucionalismo moderno cambiaron profundamente las concepciones dominantes y el desprestigio ideológico de la autoridad administrativa terminó por negar la existencia de la potestad sancionadora, en beneficio de los Jueces y Tribunales. En la actualidad, se acepta la existencia de dicha potestad dentro de un ámbito más genérico, y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste.

Por otra parte, de acuerdo al artículo 3 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, establece el carácter de institución de derecho público de la



Superintendencia, así como, su personalidad jurídica y patrimonio propios, pero más importante para el caso que nos ocupa, su **autonomía para el ejercicio de sus atribuciones establecidas por las leyes secundarias.**

Ahora bien, el ejercicio autónomo e independiente de las facultades atribuidas en las leyes, en el caso de la administración pública encuentra su limitación en el artículo 86 de la Carta Magna, el cual establece que el poder público emana del pueblo, y los órganos del Gobierno lo ejercerán independientemente dentro de las respectivas atribuciones y competencias que establecen esta Constitución y las leyes; señalando además que los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.

La Sala de lo Constitucional (Sentencia de 16-XII-97, Amp. 21- C-96), ha señalado que *"La vinculación de la Administración al principio de legalidad "rige a la Administración, por lo que toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido previamente por ley, la que lo construye y delimita. Lo anterior significa que las entidades administrativas -incluidos, en los que a efectos de este proceso interesa, los consejos municipales- deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca, entendiendo tal expresión como indicativa - por lo específico del análisis- del concreto sistema de derecho administrativo que rige en un ordenamiento jurídico dado".*

En tal sentido, el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia reconocida por la Constitución, debe regirse por lo que establece el principio constitucional de legalidad, en virtud del cual, ésta administración pública tiene por obligación la aplicación de la Legislación secundaria, siempre y cuando concurren dos situaciones: 1) que la ley secundaria haya pasado por el proceso de formación,

DHA

promulgación y vigencia de la ley, y 2) que la norma no haya sido declarada contraria al ordenamiento Constitucional con efectos erga omnes.

En cuanto al primero de los requisitos, la Constitución en su artículo 140 establece que ninguna ley obliga sino en virtud de su promulgación y publicación, lo que entendido en sentido positivo, se traduce en que una ley es de obligatorio cumplimiento cuando ha ingresado al ordenamiento jurídico positivo cumpliendo el proceso constitucional pertinente.

En consonancia con lo anterior, el artículo 6 del Código Civil establece que: *"la ley obliga en el territorio de la República en virtud de su solmene promulgación y después de transcurrido el tiempo para que se tenga noticia de ella. Esto mismo se aplica a los reglamentos, decretos y demás disposiciones de carácter general, emanados de la autoridad legítima en el ejercicio de sus atribuciones. La publicación deberá hacerse en el periódico oficial, y la fecha de la promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico."*

Ahora bien, en cuanto al segundo de los requisitos señalados y conforme al artículo 183 de la Constitución, el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, con efectos generales y obligatorios es la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La Ley de Procedimientos Constitucionales deja fuera de toda duda razonable el hecho que la resolución de inaplicación dictada conforme al artículo 185 de la Constitución por parte de un tribunal ordinario solo tiene efectos en el proceso en concreto en la que se produce (artículo 77-D), y tal inaplicación da paso al examen de Constitucionalidad de la norma afectada, obligando la remisión de certificación de la sentencia correspondiente a la Sala de lo Constitucional, para que sea esta



entidad la que se pronuncie en definitiva sobre la constitucionalidad de la declaratoria emitida por los tribunales ordinarios.

La Sala de lo Constitucional (Sentencia 25-2006/1-2007, de fecha 9 de abril de 2008) al respecto ha señalado: *"Para comprender dicha afirmación -se dijo-, es preciso tener clara una de las diferencias entre la declaratoria de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad: la primera posee efectos obligatorios inter partes -arts. 77-D de la L.Pr.Cn. y 185 Cn.-, mientras que la segunda conlleva efectos erga omnes, o sea, de obligación general -arts. 77-F inc. 3° de la L.Pr.Cn. y 183 Cn.-, a través de la eliminación de la disposición inconstitucional"*.

Como corolario de lo expuesto en párrafos anteriores, debemos afirmar que con base al principio de legalidad de los actos de la administración pública (artículo 86 Cn.), ésta Superintendencia tiene por mandato legal el ejercicio de la facultad sancionatoria (artículo 14 Cn.), consagrado en los artículos 4 literal i), 19 literales f) y g), 43, 44 y siguientes de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, en tanto las normas secundarias que establecen tal potestad se encuentre vigentes en el ordenamiento jurídico positivo, pues en caso contrario, incurriría en el incumplimiento de sus obligaciones y en responsabilidad para sus funcionarios.

La Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, pasó por el proceso de formación de Ley, de conformidad a lo establecido en los artículos 133 y siguientes de la Constitución de la República y lo prescrito en el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, inclusive por el escrutinio del Presidente de la República, quien ejerció un primer control Constitucional a Priori, lo cual robustece la presunción de constitucionalidad de la ley existente, y por lo tanto, los actos administrativos emitidos con base a dicha Ley son y dictados "conforme a derecho".

DH

Esta Superintendencia actúa dentro de los límites y sobre el fundamento de la Constitución y la Ley en este caso en particular, puesto que podemos entender que toda ley se presume constitucional, hasta que la Sala de lo Constitucional determine que tiene vicios de inconstitucionalidad, esto, de acuerdo a lo establecido en artículo 185 de la Constitución de la República.

Respecto de la presunción de constitucionalidad, el doctrinario Giovanni Azael Figueroa Mejía¹, en su ensayo "La presunción de constitucionalidad de la Ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso Mexicano", señala: "*Este tipo de estándares interpretativos², generalmente se justifican y dependen jerárquicamente de un principio, lo que origina una subordinación del criterio respecto del contenido del principio que desarrolla.³ En particular, el respaldo del criterio de presunción de constitucionalidad de la ley es el principio de conservación del derecho, el cual es asimilado en derecho constitucional y revalorizado en tanto pasa a ser catalogado de conservación de la Constitución. Conservar ésta implica primordialmente desarrollar la fuerza normativa de todos y cada uno de los contenidos incluidos en ella⁴. Pero para que no se desvirtúe la operatividad del principio de conservación del derecho, es necesario que también queden protegidos los conceptos contenidos en las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. De ahí que uno de los objetivos de cualquier tribunal constitucional, no solo debe consistir en garantizar la fuerza y conservación de los contenidos de la propia constitución, sino que, a la par, debe procurar la conservación de las demás normas que componen el sistema, toda vez*

¹ Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Investigador y profesor de tiempo completo en la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit UAN, México. Coordinador de maestrías en derecho civil y mercantil, derecho penal, derecho constitucional y administrativo y amparo en la unidad académica de derecho de la UAN. Director de la Escuela judicial del Poder Judicial del Estado de Nayarit, México.

² Llamados así por Franeschi, Paolo y Zagrebelsky, Gustavo "Il legislatore e il Parlamento" *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, pp.162 y ss.

³ Para un estudio profundo sobre la diferencia entre principios y criterios es imprescindible la obra de Canosa Usera, Raúl, *Interpretación constitucional y formula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, en especial pág. PP. 141-247

⁴ Lucas Verdú, Pablo, *El sentimiento constitucional*. Madrid, Reus, 185, p. 119.



que mantenerlas vigentes se convierte en un herramienta adecuada para asegurar la certeza del derecho.”

El ejercicio de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se convierte en una herramienta para asegurar la certeza del derecho, y que **no debe dejar de ejercerse**, ya que esta entidad fue creada con el propósito de darle cumplimiento al artículo 101 de la Constitución que determina que el Estado deberá promover el desarrollo económico del país y para ello, es condición necesaria el funcionamiento transparente, eficiente y ordenado de los mercados financieros.

En ese orden de ideas, para que los mercados funcionen de manera eficiente es un requisito indispensable que las instituciones y entidades que lo integran, cumplan las regulaciones prudenciales y de buenas prácticas de gestión del riesgo y gobierno corporativo. Para cumplir con dicho objetivo se vuelve necesario contar con sistemas efectivos de supervisión y regulación financiera.

El sistema no puede ser efectivo si la regulación no cuenta con el elemento coercitivo, dejando a opción de los supervisados el cumplir o no con lo establecido en el marco regulatorio. A esta Superintendencia se le ha dado el mandato legal de velar porque las entidades cumplan con los más altos estándares en materia de servicios financieros y prevención de riesgos. Si el mandato establecido en el marco legal vigente es de cumplimiento opcional, ello conlleva una disminución y debilitamiento de la capacidad fiscalizadora y sancionadora del supervisor, volviéndolo un ente sin capacidad de corregir conductas que pueden afectar directamente en la estabilidad de las entidades del sistema financiero y protección a los usuarios, ni de incidir en el ánimo de los integrantes del sistema financiero para darle un estricto cumplimiento de las normas reguladoras.

El cumplimiento de dicho mandato Constitucional antes enunciado es de interés del Estado, debido a que, para la consecución del bienestar social es necesario mantener un sistema financiero sólido y estable, debiendo contar la autoridad administrativa que se encuentra a cargo de la supervisión financiera con los instrumentos y mecanismos que le permitan dictar oportunamente las medidas correctivas necesarias que minimicen los costos sociales asociados a dificultades financieras, prevaleciendo en estos casos el interés social, dentro de las cuales se encuentran las sanciones que se impongan por infracciones cometidas por los supervisados.

2. Cumplimiento del principio de tipicidad de la formula infractora contenida en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, en relación a Leyes financieras, reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan obligaciones establecidas en leyes secundarias

En referencia a la sentencia emitida en el juicio con referencia 131/2015, los magistrados concurrentes que emitieron la sentencia en mención – existe un voto disidente de la Magistrada Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo al que más adelante se hará referencia – consideraron que los literales a) y b) del artículo en mención violentan el principio tipificación derivado del principio de legalidad de los artículos 2, 5, 8 15 y 86 de la Constitución, en síntesis fundamentando que (i) tal norma jurídica posee una indeterminación del tipo administrativo sancionador, (ii) que no existe descripción concreta de una prohibición o mandato categórico – deber jurídico-, y (iii) que no existe ninguna conducta típica infractora delimitada de la cual deban abstenerse sus destinatarios sino que, por el contrario, la materia de prohibición se determinaría hasta el momento de la aplicación de la norma que se comenta.



De acuerdo a la sentencia en comentario *"No hay aquí ningún tipo de determinación posible, ni determinación de conductas específicas descritas con suficiencia para comprender el alcance de la prohibición sin necesidad de interpretación del intérprete y relacionar ese comportamiento prohibido con la consecuencia jurídica esperada con algún grado de relación causal. Esa indeterminación y vaguedad impide que los destinatarios del artículo 44 de la LSRSF, a partir de su texto, pueda prever o conocer anticipadamente qué conductas pueden ser consideradas como infracción o cuáles serán las consecuencias de su actuación, situación que resulta violatoria de los principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad material."*

Dicho análisis no es compartido por esta administración pública debido a que resulta claro que el legislador, al momento de emitir la norma jurídica, **no consideró el artículo 44 LSRSF como un "tipo sancionador"**, en el que pretendiera agotar todos los elementos del mismo -sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, prohibición u obligación, bien jurídico protegido, sanción, etc.-, lo cual se desprende de la simple lectura del mismo.

Ahora bien, lo que sí resulta evidente de la simple lectura del artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, es que el legislador estableció una **"fórmula infractora"**, y consagró el citado artículo como una disposición de **remisión normativa**.

Dicha técnica legislativa de tipificación indirecta ha sido aceptada por la Sala de lo Constitucional (Sentencia de Inconstitucionalidad del 24 de agosto de 2015, Inc. 53/2013-54/2013-55/2013 y 60/2013 considerando 4) quien ha señalado que el contenido fáctico de la infracción no debe ser el resultado de la capacidad

interpretativa del órgano aplicador, sino de la capacidad expresiva y redactora del órgano legislativo.

Además, señaló la Sala que *“Lo que importa es si en la base de dicho ejercicio interpretativo existe un texto legal que determine con precisión suficiente un comportamiento objetivo, al que quepa atribuirle esa calidad o condición. 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.”*

La mencionada sentencia, en su considerando 5, señala que la exigencia contenida en el párrafo que antecede *“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...”*

Aclarado lo anterior en cuanto a que el artículo 44 LSRSF evidentemente no constituye un “tipo sancionador”, sino el de una norma de remisión que establece una técnica legislativa de tipificación indirecta mediante normas de remisión, es pertinente el análisis de si la “fórmula infractora” establecida cumple con los requisitos de la **remisión normativa**.

En la Sentencia de Inconstitucionalidad del 24 de agosto de 2015 antes citada, la Sala ha señalado que cuando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la



identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas (disposición remitente y disposición remitida) debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción.

Esta Superintendencia se adhiere al criterio manifestado por la Doctora Dafne Sánchez, Magistrada Presidenta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, especialista en Derecho Administrativo, en la Sentencia, emitida a las 15 horas 8 minutos del día 24 de enero de 2018, en el juicio marcado con la referencia 131/2015, quien acertadamente en el voto disidente ha sostenido que en el ámbito administrativo sancionador, la ley debe definir exhaustivamente las conductas constitutivas de infracciones administrativas, las sanciones a imponer o al menos, establecer una regulación esencial de las conductas administrativamente punibles, y qué sanciones se pueden aplicar.

Sostiene la magistrada en su voto disidente que la tipificación y atribución de sanciones incumbe a dos planos sucesivos, el primero en cuanto a que la ley ha de declarar cuales son las conductas que se consideran infracción administrativa, y en segundo lugar la de atribuir a cada infracción la sanción que corresponde; considerando, sin embargo, que existen excepciones en las cuales el mecanismo de tipificación no es directa sino por medio de la técnica de remisión.

El tratadista Alejandro Nieto⁵, sostiene "(...) *En definitiva y resumiendo: 1° El mandato de tipificación (en sentido amplio) se manifiesta en dos planos sucesivos, imponiendo que la norma describa primero la infracción (tipificación en sentido*

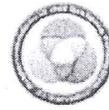
⁵ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A, S.A), 2012, Madrid, Quinta Edición, pagina. 285.

estricto) y luego atribuya una sanción. 2° Para cumplir este doble mandato de forma individualizada, directa y completa, la norma tiene que comprender los siguientes elementos: una descripción concreta de la infracción y una atribución de la sanción, también concreta que le corresponde. 3° Pero la norma también puede realizar la tipificación a través de una estructura más complicada declarando genéricamente – y sin precisión de contenido alguno- que constituye infracción incumplimiento de un mandato establecido en otro precepto, de tal manera que la tipificación resulta de la conjugación entre la norma que establece el mandato (o prohibición) concreto y la norma que declara genéricamente que su violación es una infracción. Con cualquiera de estas formulas se cumple suficientemente la tipificación de la infracción”.

Retomando el voto disidente de la Magistrada Presidente en la sentencia antes mencionada, debemos compartir la validación constitucional de la fórmula infractora contenida en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, afirmando que ésta no violenta los principios de *lex previa* y *lex certa*, ya que, la misma permite en todo momento que el sujeto pasivo de la obligación conozca la misma, así como las consecuencias de su incumplimiento, plasmándose dicho criterio en los párrafos siguientes del voto razonado en mención:

“Como se advierte, la construcción de las infracciones administrativas se produce de manera indirecta y en dos planos sucesivos -tipificación indirecta-, en el siguiente sentido:

- (i) Existe una norma jurídica en la ley secundaria que contiene una concreta obligación, esta última, a su vez, es desarrollada en un reglamento, norma técnica o instructivo como determinada carga o deber del administrado.*
- (ii) El incumplimiento de esa concreta obligación - contenida en la ley formal y desarrollada en la ley material- es la materia de prohibición. En otras palabras, al verificarse que el administrado incumple la regulación*



contenida en la ley, reglamento, norma técnica o instructivo de que se trate, se configura la infracción administrativa.

Como se observa, de la conjunción sistemática del artículo 44 inciso 1° letras a) y b) de la LSRSF con las normas jurídicas que desarrollan las obligaciones objeto de control de la parte actora, surge el tipo.

En este orden de ideas, para la suscrita Magistrada la disposición normativa a la base de los actos administrativos impugnados contiene una descripción suficiente de los parámetros necesarios para la configuración de la infracción administrativa. Evidentemente, no existe una remisión en blanco a una norma jurídica dado que la infracción se configura, en el caso de la letra a) de la disposición aludida, con el incumplimiento de las concretas obligaciones contenidas en las leyes secundarias.

Ahora, en cuanto a la letra b) de la misma disposición, la infracción se produce con el incumplimiento de normas contenidas en reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan concretas obligaciones contenidas en las leyes que regulan a las instituciones del sistema financiero, con lo cual resulta clara la conducta típica: incumplimiento de normativa que desarrolla las obligaciones concretas que imponen las leyes a que se refiere la disposición.”

En conclusión en la tramitación del presente procedimiento sancionador se ha implementado a cabalidad la formula sancionadora establecida en la Ley de Supervisión del Sistema Financiero, la cual, como se advirtió en párrafos anteriores, no violenta los principios de lex certa y lex previa.

PAA

V. ALEGACIONES, VALORACIÓN DE PRUEBA Y FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN

1) Sobre la supuesta inobservancia al Capítulo III Identificación de Clientes, Normas Particulares, literal a) Aperturas, numeral 5 del Instructivo de la UIF con relación al Romano IV. Mecanismos de control e instrumentos de debida diligencia, literal C Aceptación de Clientes numeral 1) Entrevista, Declaración Jurada, Formulario de Registro de Clientes, y al numeral 3.5) Administración de la relación con el cliente, numeral i. párrafo tercero y al numeral 5) Monitoreo de cuentas, párrafo cuarto del “Manual operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo”.

De acuerdo a los informes IRG-033/2014 de fecha 5 de diciembre de 2014 y IRG-RL-042-2014 de fecha 18 de septiembre del mismo año, de la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia, ahora Dirección de Riesgos, en la inspección realizada a la SAC se identificaron 11 casos en los que se detectó falta de información en los expedientes de depósito, y se identificaron además, 6 casos en los que se detectó la falta de revisión del perfil del cliente y actualización de documentación, habiendo estos clientes realizado operaciones fuera del monto declarado.

Para sustentar tales hallazgos los auditores agregaron prueba de cargo que corre agregada a folios 1al 5, del 9 al 14, 20, 22 al 25, del 53 al 57, del 58 al 61 de este expediente administrativo.

Mediante escritos de fecha 1 de septiembre de 2015 y 22 del mismo año, la abogada de la SAC, expuso en lo fundamental que: 1) Su mandante emplea la debida diligencia en el conocimiento del cliente, para lo cual cuenta con expedientes que contienen los documentos requeridos en el Capítulo III del Instructivo de la UIF; 2) Se documenta la entrevista al cliente, se cuenta con declaraciones juradas firmadas por estos y además, se cuenta con información sobre sus actividades económicas;



3) Que no omite mencionar que los formularios han sido diseñados para capturar la información del cliente de acuerdo a lo que establece en el artículo 10 literal e) numerales I y II de la Ley Contra el Lavado de Dinero; 4) Que estos formularios fueron presentados al grupo de esta Superintendencia antes de la autorización para operar y no se hicieron recomendaciones o se recibió alguna retroalimentación al respecto, entendiéndose así la conformidad con los mismos; 5) Que a raíz de las observaciones realizadas ha existido una mejora progresiva de mecanismos de conocimiento del cliente, en razón que la situación de esa entidad ha cambiado desde el período de auditoría realizada por esta Superintendencia; 6) Que se reitera que aún cuando la actuación de su representada se apega a las exigencias, se han implementado nuevos métodos considerando las sugerencias de esta Superintendencia en aras de mejora de operaciones.

Para fundamentar lo aseverado incorporara las pruebas de descargo que corren agregados a folios 170 al 200 de este expediente administrativo, consistente en: Borrador guía para documentar el origen y/o procedencia de fondos (Anexo B) e Implementación de sistema automatizado, cuyo funcionamiento se detalla en el Manual de Usuario del Sistema de Administración de Riesgos y Financiamiento al Terrorismo (Anexo C).

Del examen de las argumentaciones y las pruebas presentadas por la abogada de la SAC, se ha podido verificar que las mismas en no son fehaciente para comprobar que la supervisada aplicó la debida diligencia específicamente en los 17 casos señalados en este procedimiento sancionador, puesto que la entidad encausada no ha logrado justificar -tomando en cuenta algunos de los casos observados- que en la cuenta numero 102015024399, con fecha de apertura 30 de agosto de 2013, de la Fundación San Pablo de El Salvador, que en el expediente revisado por los auditores de esta Superintendencia, se demuestre el ingreso de las donaciones

recibidas por tal fundación; tampoco se ha logrado comprobar que la entidad supervisada haya corroborado en el domicilio de dicha fundación si ésta ciertamente se encuentra operando a fin de verificar la certeza de su actividad económica y procedencia de fondos -habiéndose está plasmado en tal declaración de manera genérica como actividad económica: Otros Tipos de Organizaciones No Clasificadas Previamente -.

De igual manera, la SAC, no ha logrado comprobar lo afirmado por la jefe de la agencia de Paseo, referente que se habían realizado visitas a la fundación para verificar el origen de los fondos, tal como consta en acta de evaluación de expedientes de cuentas de depósito en agencia de Paseo. Folios 53 al 57 del expediente administrativo.

Asimismo, en la cuenta número 101001005401, fecha de apertura 30 de agosto de 2011, consta que el cliente plasmó en la declaración jurada que los depósitos mensuales serían de US\$200.00 dólares; no obstante, en mayo de 2012 el monto superó lo declarado en tal declaración, puesto que fue de US\$ 71.7 miles y en julio 2013 fue de US\$125.0 miles; es decir, que a pesar que había una marcada inconsistencia entre lo declarado por el cliente y sus transacciones, no se evidenció de parte de la entidad supervisada haber aplicado la debida diligencia pues no consta que requirió al cliente la documentación que respaldara o justifica los cuantiosos montos que excedieron lo plasmado en tal declaración y tampoco se evidencia acciones para monitorear tales movimientos.

Tampoco dentro de este procedimiento la entidad supervisada, ha logrado comprobar que en el caso de la cuenta 101019012401 de fecha 19 de febrero de 2013, el cliente justificara documentalmente su actividad económica, evidenciándose que tal entidad no ha identificado fehacientemente a su cliente y tampoco ha realizado las acciones correspondientes para verificar tal circunstancia.



Con lo anterior, se llega a la conclusión, que la SAC no aplicó los dos principios fundamentales que tiene la imperativa obligación de aplicar de acuerdo al Instructivo de la UIF, los cuales son el principio de conocimiento al cliente y el de inconsistencia, mediante el primero se podrán conocer las condiciones específicas de cada uno de los Clientes, tales como actividad profesional, giro comercial o el correspondiente objeto o finalidad social; el segundo principio participa usualmente en toda operación sospechosa, ya que en su realización suele presentarse una inconsistencia entre dicha operación y las actividades propias del Cliente; estos principios se complementan entre sí, ya que el sujeto obligado debe de conocer al Cliente, para estar en condición de determinar si sus operaciones son consistentes con sus actividades comerciales o personales.

Respecto al argumento que no hubo retroalimentación de parte del grupo de esta Superintendencia con relación a los formatos de entrevista del cliente y declaración jurada, y que por tal razón estima vulneración al principio de buena fe; que, de conformidad a lo estipulado en el artículo 8 del Código Civil "***No podrá alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona***"; por tanto, la disposición del Instructivo antes indicado es basto en establecer el **contenido elemental** que deben de llenar tanto la entrevista del cliente como la declaración jurada y no requiere de un esfuerzo intelectual para comprender tal precepto.

Por tanto, no se ha quebrantado el principio de buena fe, pues es responsabilidad del sujeto obligado tener conocimiento pleno del marco legal vigente atinente a la prevención de lavado de dinero y de activos.

Por otro lado, debe tomarse en consideración que esa entidad ha implementado nuevos métodos en aras de mejorar el tema de las operaciones y tales afirmaciones confirman que la supervisada encausada cometió la infracción administrativa en la

fecha específicamente de los hallazgos, lo que se puede corroborar al verificar los anexos B y C, antes relacionados.

En consecuencia, se considera que la entidad ha sido negligente y consecuentemente su responsabilidad administrativa, por lo que es procedente sancionarla al respecto.

2) En cuanto a la presunta inobservancia al artículo 4 literal h) del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

Según el informe de la Intendencia de Riesgos, se evidenció que la Oficialía de Cumplimiento de la SAC no contaba con recursos humanos y tecnológicos para desarrollar las actividades requeridas en materia de prevención de lavado de dinero y de activos y financiamiento al terrorismo a fin de identificar factores de riesgo, pues observaron que la Oficialía de Cumplimiento está conformada sólo por el Oficial de Cumplimiento, y que la entidad no había tomado en cuenta que tal entidad ha crecido en volumen de operaciones y agencias; en consecuencia consideran, que tales hechos infringen la disposición antes señalada.

En lo sustancial la SAC, afirmó que la normativa invocada no exige que la Oficialía de Cumplimiento debe de tener varias personas, sino que habla de "recursos humanos y materiales necesarios", que la exigencia de recursos "necesarios" y autoridad "suficiente" conlleva a la determinación de conceptos jurídicos indeterminados.

Sobre los argumentos y pruebas agregadas en este punto, se considera preliminarmente que, el sólo nombramiento del Oficial de Cumplimiento y las gestiones que éste realiza no puede colegirse que la SAC, cuente con los recursos suficientes para desarrollar con eficiencia y eficacia su labor en materia de prevención de lavado de dinero y de activos, y evitar ser puente para que personas o entidades la usen como puente para introducir dinero ilícito al sistema financiero.



No obstante lo anterior, es menester advertir que, la prueba de cargo incorporada a este procedimiento que corre agregada a folios 62 al 68 de este expediente -entrevista al oficial de cumplimiento Licenciado Wilson Jaime Aparicio- no se considera concluyente; en el sentido que, ésta no refleja los elementos objetivos para establecer que a la fecha de la visita in situ llevada a cabo por los auditores de esta Superintendencia, el oficial de cumplimiento contaba con una carga de trabajo que excediera la capacidad para afrontarla, y tampoco tal prueba aporta elementos de prueba que permitan objetivamente concluir que el recurso tecnológico no era el adecuado.

En consecuencia, se concluye que no se ha logrado comprobar la existencia de responsabilidad administrativa respecto a la SAC, por el supuesto de hecho atribuido; por tanto, esta Superintendencia se abstiene de sancionar a la supervisada por las razones apuntadas en los párrafos anteriores, y así deberá de determinarse en la parte resolutive de este proveído.

3) Respecto a la supuesta inobservancia al Capítulo III Identificación de Clientes, Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, literal b) Entrevista, del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera.

E la visita in situ realizada a la SAC, se detectaron 13 casos en los que no se identificó fehacientemente el origen de los fondos, ni la actividad económica del cliente; asimismo algunas declaraciones juradas contienen una clasificación confusa y en otras no se relaciona ninguna actividad económica o procedencia de fondos, lo

que hace presumir infracción a la disposición del Instructivo en referencia, según prueba agregada a folios 15, 69 al 81 de este expediente.

En respuesta a esta imputación la SAC, sostuvo en lo esencial que la exigencia no contempla un formato pre-elaborado en la forma de consignar la información, por lo cual el presunto hallazgo referente a haberse consignado en un mismo campo la procedencia de los fondos para la apertura de la cuenta y la actividad económica no constituye per se un incumplimiento; que las declaraciones juradas cumplían con el requisito de contar con una manifestación personal por medio de la cual el cliente o usuario aseguraba la veracidad de lo expuesto en relación a la procedencia de los fondos, así como su actividad económica.

Afirman además que aunque no se perfilaba un incumplimiento a raíz de las observaciones realizadas a los formatos de declaración jurada, éste fue cambiado, y que las declaraciones de los 13 expedientes observados por este ente contralor fueron sustituidas. Asimismo, manifiesta que si se cumplía con el requisito de contar con la firma del cliente, y el hecho que apareciese además la firma de un empleado de CREDICOMER no afectaba en forma alguna tal declaración. A folios 268 al 271 corre agregada prueba de descargo.

De los hechos y argumentos antes expuestos y de la prueba instrumental relacionada, considera de relevancia citar la disposición del Instructivo de la UIF, el cual claramente determina: *"(...) 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 proyectados mensualmente, y deberá firmar dicha declaración en presencia del funcionario o empleado de la Institución.**"*



Ahora bien, de tal disposición se desprende una obligación legal para la SAC, en el sentido que, su responsabilidad no se limita a llenar un formulario previamente elaborado y agregarlo al expediente del cliente; sino que como parte de la debida diligencia debe de cerciorarse que la información que plasme el cliente en tal declaración sea clara y que además, éste indique ciertamente el origen de los fondos, su actividad económica y los movimientos proyectados mensualmente.

No obstante lo anterior, si bien es cierto que la SAC ha cumplido con el requisito formal de contar con formatos de declaraciones juradas para los 13 casos observados por los auditores de esta Superintendencia, ésta no ha cumplido con el requisito de fondo que exige taxativamente el Instructivo en cuestión, puesto que a folios 15, 70 al 81, es evidente identificar que de manera negligente se ha omitido expresar de forma específica y clara el origen o procedencia de fondos y la actividad económica de los clientes, puesto que sólo con el hecho de enunciar de manera genérica en tales declaraciones la actividad económica: ***“Otros tipos de organizaciones no clasificadas previamente”, “otros servicios de telecomunicaciones” “venta de productos en establecimientos especializados”***, entre otros, no se cumple con el imperativo en referencia; y tampoco en ninguno de los folios que conforman este expediente administrativo se evidencia que la SAC, como parte de su debida diligencia haya verificado con los documentos pertinentes lo que tales clientes expresaron en las declaraciones observadas.

Aunado a lo anterior, la disposición del Instructivo demanda que el cliente plasme en tal declaración los fondos proyectados mensualmente; no obstante, en la prueba de cargo antes relacionada se evidencia que tales declaraciones omiten tal exigencia, y que de manera discrecional la SAC, ha incorporado tal proyección solamente en una de las 13 declaraciones juradas observadas por los auditores de este ente supervisor (lo que consta a folios 69 de este expediente administrativo).

PM

En la misma línea, a folios 269 y 270 corre agregada prueba de descargo con la que se pretende desvirtuar la imputación hecha a su poderdante; sin embargo, al revisar la misma se puede comprobar que el primer formato de declaración jurada omite plasmar los fondos proyectados mensualmente; y el segundo formato es de fecha 5 de mayo de 2015, es decir, ha sido creado posterior a la inspección materializada por este organismo supervisor; por lo tanto, no es prueba pertinente para entrar a valorarla.

Por otra parte, con respecto a que el hecho que apareciese además la firma de un empleado de CREDICOMER en las declaraciones juradas no afectaba en forma alguna tal declaración, se considera que, por excelencia la declaración jurada es un acto personalísimo, y que además, la misma disposición del Instructivo estatuye que el cliente es quien: (...) ***deberá firmar dicha declaración en presencia del funcionario o empleado de la Institución***".

Se colige de lo antes expuesto, que tal disposición es clara al establecer que es el cliente el que debe de firmar tal declaración, y no otorga ninguna facultad a empleado alguno del sujeto obligado para firmarla conjuntamente con el cliente, como de manera discrecional lo ha realizado el empleado de la supervisada encausada, y como expresamente lo reitera su apoderada; por tanto, tal acción se considera en contrasentido a la obligación que categóricamente determina la disposición del Instructivo infringido.

En otras palabras, la SAC, no ha incorporado prueba de descargo específicamente de los casos objetados en este procedimiento pues haber sustituido las declaraciones juradas no la exonera de la responsabilidad a la fecha de los hallazgos; y tampoco sus argumentaciones han sido determinantes para desvanecer la infracción cometida por su representada; en consecuencia, queda comprobada su grave negligencia y



culpabilidad en el ilícito administrativo atribuido, y siendo responsable administrativamente es procedente sancionarla al respecto.

4) En cuanto a la supuesta inobservancia al artículo 44 literal d) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, con relación a la Circular N° BCO-SO-1904 de fecha 29 de enero 2013.

Según informe de la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia, el presunto ilícito administrativo se originó porque la SAC, no acató las instrucciones giradas a través de circular nota N° BCO-SO-1904, de fecha 29 de enero de 2013, con relación al artículo 4 del Reglamento de la Ley Contra del Lavado de Dinero y de Activos, en el sentido que, en la referida nota se instruyó que cuando se produzca ausencia del Oficial de Cumplimiento por más de una semana, se deberá nombrar un sustituto interino por parte de la Junta Directiva que tenga habilidades necesarias y pleno conocimiento de las actividades y herramientas de gestión de riesgos desempeñadas y utilizadas respectivamente por el titular, es decir, que los suplentes deberán contar con los conocimientos y habilidades necesarias, debiendo provenir en cumplimiento de estos requisitos de la Unidad de Cumplimiento y no de otras unidades, como el jefe de riesgos de activos.

En su defensa la SAC afirmó en lo esencial que la norma citada alude a una obligación de comunicación y no contempla reglas específicas para el nombramiento de sustitutos, que tampoco contempla un plazo específico para considerar la ausencia del titular, que no estipula el perfil de los sustitutos interinos y no contempla que el sustituto del oficial de cumplimiento debe ser parte de la Unidad de Cumplimiento.

También expuso que la nota remitida por esta Superintendencia, exigía que ante ausencias del oficial de cumplimiento por vacaciones, capacitaciones, incapacidades

u otro tipo de licencias por más de una semana, se nombrara un sustituto interino por parte de la Junta Directiva que tuviera las habilidades necesarias y pleno conocimiento de las actividades en la gestión de riesgo, sin embargo, en tal nota se impone una serie de requisitos no contemplados en la norma antes referida, que por tanto, de imponerse una eventual sanción se violentaría con el principio de tipicidad.

El suscrito, luego de haber examinado los planteamientos y revisado las pruebas de cargo y de descargo incorporadas en este procedimiento respecto a este punto, concluye que efectivamente son atendibles las argumentaciones de la SAC, en razón que, la disposición del Reglamento en cuestión, impone al supervisado una obligación de comunicación a los organismos de fiscalización en el supuesto de designación y cambio de funcionarios y no establece expresamente que en el caso de sustituto del oficial de cumplimiento éste debe tener expertis en el tema de lavado de dinero y de activos.

En consecuencia de lo anterior, en la parte resolutive de este proveído se deberá de determinar que no se ha configurado la conducta anti jurídica imputada a la supervisada.

5) Sobre la supuesta inobservancia al Romano III, B. Deberes específicos, 1) Junta Directiva del Manual Operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo.

De conformidad a los informes IRG-033-2014 e IRG-RL-042-2014 de la Intendencia de Riesgos de esta Superintendencia, en la inspección realizada a la SAC, se detectó que la Junta Directiva no ha cumplido con lo establecido en el Manual Operativo para la Prevención de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo, en razón que, no ha dotado a la Unidad de Cumplimiento de los recursos humanos y materiales necesarios y la autoridad suficiente para el cumplimiento de sus funciones.



La SAC en lo medular manifestó entre otros puntos, que la posición administrativa del Oficial de Cumplimiento a nivel gerencial depende directamente de la Junta Directiva tal como lo establecen los parámetros y protocolos nacionales e internacionales, que por tanto, dicho oficial cuenta orgánicamente con un alto nivel de independencia y decisión para realizar sus funciones, y que únicamente se encuentra sometido jerárquicamente a la Junta Directiva.

No obstante lo que precede, el suscrito Superintendente es de la consideración que el numeral 2 de este proveído (en el que se cuestionó la posible inobservancia al artículo 4 literal h) del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos) esta interrelacionado con aquella presunta inobservancia, la cual ya fue analizada y valorada ampliamente en aquel apartado; por lo tanto, la misma ha quedado subsumida en tal razonamiento; en consecuencia, no se estima procedente entrar a evaluar este punto en concreto.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE SANCIÓN A IMPONER Y PROPORCIONALIDAD

En virtud de lo anterior, es importante ahora valorar tanto la jurisprudencia local como la comparada, y la doctrina de tratadistas nacionales e internacionales en materia de derecho administrativo sancionatorio, los cuales convergen en la aplicabilidad general de los principios y garantías fundamentales del derecho penal público, en la actividad administrativa sancionatoria del Estado. En ese sentido, es pertinente indicar que uno de los pilares fundamentales para la imposición de la sanción administrativa, debe ser el de proporcionalidad, en virtud del cual se constituye una frontera o límite de la actuación represiva de la Administración Pública. Como resultado de la aplicación de dicho principio, es dable afirmar que la sanción imponible debe ser la necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, factor que debe tomarse en consideración al momento de determinar la sanción correspondiente; y como consecuencia de la aplicación del principio de

proporcionalidad, la Administración Pública se ve obligada a que al momento de imponer la sanción correspondiente al caso en particular, se determinen los perfiles y circunstancias en virtud de los cuales se impone la misma.

Sobre el fundamento que antecede, el suscrito considera necesario también citar específicamente el criterio adoptado por la Sala de lo Constitucional de este país, en el proceso de inconstitucionalidad marcado con referencia 4-2005, de fecha 21 de marzo de dos mil seis, en el que ha sostenido categóricamente que para la imposición de las sanciones -dentro de un debido proceso- deben de tomarse en cuenta dos elementos esenciales los cuales son: la racionalidad y la proporcionalidad, por cuanto ha expresado atinadamente lo siguiente:

"Consecuentemente, la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una alternativa, entre varias, más o menos restrictivas de derechos o principios constitucionalmente reconocidos, valiéndose de ciertos criterios que han tratado de ser objetivados. En sentido amplio, conlleva una serie de elementos a la hora de su aplicación al caso concreto que pueden ser: (i) adecuación o idoneidad frente al caso concreto; (ii) necesidad o indispensabilidad para el análisis de la situación; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto. En el juicio de adecuación las leyes deben tener un fin en sí mismas y, conocido este, su desarrollo normativo ser el adecuado para obtenerlo; en el de necesidad o indispensabilidad se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restrictiva de los derechos fundamentales, de entre las igualmente eficaces la menos lesiva de los derechos -vale decir, se refiere a la elección de la medida necesaria-; finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto es una relación entre medio y fines donde se trata de examinar si esa medida es o no "excesivamente gravosa.

El principio de proporcionalidad, incluido en el más general de "prohibición de exceso", supone un límite al ejercicio de la actividad represiva del Estado, pues obliga



a que cualquier acción pública de esta índole observe una proporción o justa medida con el objetivo pretendido con su puesta en práctica, de forma que cuando el mismo pueda lograrse a través de cauces alternativos manifiestamente menos gravosos, se imponga la utilización de estos últimos. Se puede formular entonces la proporcionalidad como *un criterio de justicia de una adecuada relación medios y fines en los supuestos de injerencias de la autoridad sobre los derechos fundamentales; es decir como un patrón de medición que posibilite el control de cualquier acto excesivo mediante la contraposición del motivo y los efectos*. Es justamente un límite frente a las intromisiones del poder en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Pero también se constituye como un límite en el ejercicio de los derechos, cuando en el ámbito de los mismos resulta que puede menoscabar o lesionar otros derechos, principios o valores constitucionales. Por eso, como afirma Fassbender, el principio de proporcionalidad se constituye como límite de límites de los derechos”.

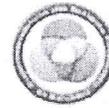
Aunado a lo anterior, el artículo 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, establece los criterios para la adecuación de las sanciones, los cuales deben de considerarse al momento de determinar la multa a un supervisado por la comisión de una infracción los cuales son: la gravedad 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, en los casos en que ésta no haya sido considerada expresamente por el legislador para el establecimiento de la sanción respectiva. Además, cuando la sanción a imponer sea una multa, deberá tomar en consideración la capacidad económica del infractor.

El suscrito ciñéndose a las bases antes citadas, y respetando las reglas de la Sana Crítica enmarcadas en el artículo 72 de la Ley de Supervisión y Regulación del

Sistema Financiero, considera que las conductas antijurídicas cometidas por la SAC, son de carácter grave, pues la negligencia e irresponsabilidad en la debida diligencia en la identificación del cliente y la verificación del origen o procedencia de los fondos, es cuestionable a la luz de la normativa referente a la prevención de lavado de dinero y activos; en razón que, la declaración jurada es un elemento indispensable para establecer y fortalecer el perfil del cliente y más aún el supervisado tiene la obligación de cerciorarse que los fondos a utilizar por parte del cliente, no sean producto de conductas delictivas cometidas en territorio nacional o internacional; es decir, que tal negligencia pone en completa e indiscutible fragilidad al supervisado para que se personas o entidades puedan aprovecharse de su régimen legal para lavar dinero negro circulante en todas las esferas, locales e internacionales como antes se ha expuesto.

En relación a la duración de la conducta y la reincidencia de la misma, el suscrito considera que es un evento y caso contado en el que se ha verificado la falta de debida diligencia de parte de la SAC en las infracciones apuntadas en esa resolución. No obstante, debido a la relevancia y trascendencia de la materia respecto al daño causado o posible peligro de quienes podrían resultar afectados por la infracción cometida, el suscrito considera que, el descuido en la identificación y conocimiento del cliente y su respectiva documentación, la falta de monitoreo, control y verificación de las transacciones antes referidas, pueden llevar a un manejo impropio de las cuentas por parte de los clientes del supervisado; y además, podría entre otros factores, provocar la desconfianza de los usuarios del sistema financiero en la banca del país.

Por tanto, este ente fiscalizador no puede pasar por alto los hallazgos identificados en la auditoría relacionada en este proveído, los cuales ha sido debidamente comprobados luego de haberse realizado el correspondiente examen tanto de las pruebas de cargo como las de descargo; puesto que, de conformidad a lo estipulado en el artículo 2 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, es de



su competencia velar por la seguridad y solidez del sistema financiero; y le corresponde vigilar el actuar de las entidades que por Ministerio de ley le atañe fiscalizar y sancionar aquellas conductas que quebrantan el ordenamiento jurídico positivo al que éstas están imperativamente sometidas.

Ahora, tomando en cuenta la razonabilidad y la proporcionalidad antes apuntadas, el suscrito para poder establecer la capacidad económica de la SAC, ha requerido al área especializada de esta Superintendencia, un informe técnico e integral sobre el estado de solvencia o liquidez patrimonial del supervisado con base a los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2017, el cual consta a folios 295 al 311 de este expediente administrativo, y mediante el cual objetivamente ha determinado que el patrimonio de la SAC al 31 de diciembre de 2017, alcanzó un total de US\$15,798,913.50, conformado por capital social US\$13,000.00 (82.28%), reserva de capital US\$1,173,726.08(7.43%), resultados por aplicar US\$846,002.26 (5.35%) y patrimonio restringido US\$779,185.16 4.93%); concluyó tal Dirección que en general la supervisada presentó indicadores de rentabilidad, liquidez y solvencia aceptables, lo que le permitió cumplir con sus obligaciones de corto plazo.

Finalmente luego de las valoraciones técnicas y jurídicas expresadas, es procedente que esta Superintendencia imponga las sanciones que corresponden a la SAC, por haberse comprobado que cometió las infracciones administrativas a las disposiciones contenidas en: el Capítulo III Identificación de Clientes, Normas Particulares, literal a) Aperturas, numeral 5 del Instructivo de la UIF con relación al Romano IV. Mecanismos de control e instrumentos de debida diligencia, literal C Aceptación de Clientes numeral 1) Entrevista, Declaración Jurada, Formulario de Registro de Clientes, y al numeral 3.5) Administración de la relación con el cliente, numeral i. párrafo tercero y al numeral 5) Monitoreo de cuentas, párrafo cuarto del "Manual operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo"; y en el

Capítulo III Identificación de Clientes, Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, literal b) Entrevista, del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera.

Por las razones ampliamente apuntadas en las líneas que preceden esta Superintendencia se abstiene de sancionar a la SAC, por las supuestas infracciones al artículo 4 literal h) del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; al artículo 44 literal d) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, con relación a la Circular N° BCO-SO-1904 de fecha 29 de enero 2013; y al Romano III, B. Deberes específicos, 1) Junta Directiva del Manual Operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo.

POR TANTO,

De conformidad a los anteriores considerandos y sobre la base de los artículos siguientes: 11, 12, 14, 86 inciso final de la Constitución de la República; 43, 44, 50, 72 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, esta Superintendencia, **RESUELVE:**

a) **DETERMINAR** que la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió infracción administrativa al Capítulo III Identificación de Clientes, Normas Particulares, literal a) Aperturas, numeral 5 del Instructivo de la UIF con relación al Romano IV. Mecanismos de control e instrumentos de debida diligencia, literal C Aceptación de Clientes numeral 1) Entrevista, Declaración Jurada, Formulario de Registro de Clientes, y al numeral 3.5) Administración de la relación con el cliente, numeral i. párrafo tercero y al numeral 5) Monitoreo de cuentas, párrafo cuarto del "Manual operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo", e imponer multa por la cantidad de **DOCE MIL**



SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TRECE CENTAVOS DE DÓLAR (\$12,639.13), equivalente al 0.08% de su patrimonio;

b) DETERMINAR que la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, no cometió infracción administrativa al artículo 4 literal h) del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos;

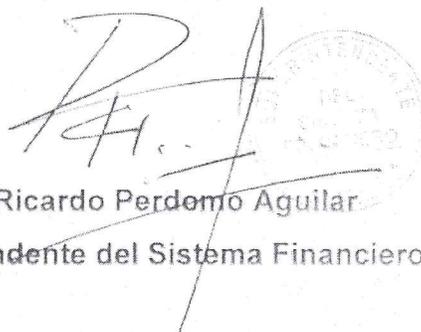
c) DETERMINAR que la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, cometió infracción administrativa al Capítulo III Identificación de Clientes, Procedimiento de Apertura de Cuentas o Contratos, literal b) Entrevista, del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos en las Instituciones de Intermediación Financiera e imponer multa por la cantidad de **DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON TRECE CENTAVOS DE DÓLAR (\$12,639.13)**, equivalente al 0.08% de su patrimonio.

d) DETERMINAR que la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, no cometió infracción administrativa al artículo 44 literal d) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, con relación a la Circular N° BCO-SO-1904 de fecha 29 de enero 2013;

e) DETERMINAR que la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, no cometió infracción administrativa al Romano III, B. Deberes específicos, 1) Junta Directiva del Manual Operativo para la prevención de lavado de dinero y activo y el financiamiento al terrorismo;

f) Hágase del conocimiento de la **SOCIEDAD DE AHORRO Y CRÉDITO CREDICOMER, SOCIEDAD ANÓNIMA**, la presente resolución, para los efectos legales consiguientes.

NOTIFÍQUESE.



Handwritten signature of José Ricardo Perdomo Aguilar and a circular official stamp of the Superintendente del Sistema Financiero.

José Ricardo Perdomo Aguilar
Superintendente del Sistema Financiero