



**Superintendencia
del Sistema Financiero**

PAS-050/2016

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

El presente procedimiento administrativo sancionador inició de forma oficiosa por medio de auto pronunciado a las 16 horas y 05 minutos del día 20 de diciembre de 2016, en contra de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, S.A.** que puede abreviarse **AFP CRECER, S.A.**, en adelante la AFP, procedimiento que se ha llevado a cabo con el propósito de determinar si existe o no responsabilidad de parte de la AFP respecto del incumplimiento relacionado en el Memorándum No. ISP-118/2016, de fecha 12 de septiembre de 2016, remitido por la Intendencia del Sistema de Pensiones de esta Superintendencia.

En el memorándum No. ISP-118/2016, antes referido, se evidenció un presunto incumplimiento, de acuerdo a lo siguiente:

Incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44 inciso primero de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con relación a los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones.

El incumplimiento se verificó al realizar una visita focalizada en el proceso de afiliación de la AFP, a fin de comprobar si las solicitudes y contratos eran elaborados por agentes debidamente acreditados; así, se identificó que para el período de enero a

mayo de 2016, el agente Fabricio Arturo López Góchez suscribió 6,203 contratos, de los cuales solo 1,047 fueron elaborados directamente por él, 48 por la agente Hassell Yasmina Deras y el resto por 30 empleados que no están autorizados ni registrados como agentes en la Superintendencia del Sistema Financiero.

Asimismo, se evidenció que para el período de febrero a mayo de 2016, la agente Hassell Yasmina Deras suscribió un total de 4,532 contratos, de los cuales 964 solicitudes fueron elaboradas por ella y el resto de 3,568 por 13 empleados, que no son agentes autorizados ni registrados en la Superintendencia del Sistema Financiero.

El suscrito, con base a sus facultades establecidas en los artículos 4 literal i), 19 literal g) y 55 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, hace las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. Visto el contenido del Memorandum No. ISP-118/2016 antes citado y la documentación probatoria anexa al mismo, por medio de auto de fecha 20 de diciembre de 2016, se ordenó instruir el presente procedimiento administrativo sancionatorio y emplazar a **AFP CRECER, S.A.**, informándole sobre el contenido del presunto incumplimiento atribuido; lo cual se llevó a cabo en legal forma en fecha 28 de diciembre de 2016, según consta en acta agregada a folios 101 del expediente.
2. AFP CRECER, S.A. hizo uso de su derecho de audiencia compareciendo en el presente procedimiento administrativo sancionador a través de su Director Legal y Representante Legal, Licenciado Fernando José Arteaga Hernández, quien contestó en sentido negativo respecto de los supuestos incumplimientos

atribuidos a su representada, por medio de escrito de fecha 10 de enero de 2017, presentado en esta Superintendencia ese mismo día, tal como consta al folio 112 del expediente.

3. Por medio de auto de fecha 18 de enero de 2017, que consta al folio 135 del expediente, se agregó el Informe No. DAE-451/2016 de esa misma fecha, remitido por la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, el cual contenía el análisis de la capacidad económica de la AFP. Asimismo, en dicho auto se resolvió agregar el escrito presentado por el licenciado Fernando José Arteaga Hernández, relacionado anteriormente, a quien se le tuvo por parte en su calidad de Director Legal y Representante Legal de AFP CRECER, S.A. Dicho auto fue notificado el 20 de enero de 2017, tal como consta al folio 136 del expediente.

4. Por medio de escrito de fecha 3 de febrero de 2017, recibido en esta Superintendencia esa misma fecha, el Director Legal de la AFP reiteró sus argumentos y pidió se declare no ha lugar la sanción; tal como consta en el folio 137 al 138 del expediente.

5. Mediante auto de fecha 17 de marzo de 2017, se agregó al presente procedimiento administrativo sancionador, el escrito de fecha 3 de febrero de 2017, suscrito por el Licenciado Fernando José Arteaga Hernández, antes relacionado; y se resolvió que por haberse agotado la etapa probatoria se emitiera la resolución final correspondiente; tal como consta a folio 139. Dicho auto fue notificado en legal forma el día 4 de abril de 2017, según folio 140 del expediente.

[Handwritten signature]

6. A través de resolución de fecha 24 de abril de 2018, se solicitó a la Dirección de Análisis de Entidades un nuevo informe que refleja la información sobre la capacidad económica de AFP CRECER, S.A. determinado con base a los estados financieros auditados al 31 de diciembre de 2017, lo cual se notificó con fecha 25 de abril de 2018, según consta en acta agregada a folios 142 del expediente.
7. La Dirección de Análisis de Entidades remitió el informe solicitado con número DAE-131/2018 de fecha 7 de mayo de 2018, el cual fue agregado mediante resolución de fecha 7 de mayo de 2018 y notificado el día 8 de mayo de los corrientes.

II. PRUEBAS DE DESCARGO Y ARGUMENTOS DE LA AFP

En el escrito presentado por el Licenciado Fernando José Arteaga Hernández, de fecha 10 de enero de 2017, manifestó sus respectivos alegatos en cuanto a la infracción señalada, que la Superintendencia del Sistema Financiero citó como base legal los artículo 56 inciso 3º, 43, 54, 55, 56 y 59 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), en ese sentido el artículo 43 inciso 2 de dicha ley establece que *“Cuando la conducta que ha originado el incumplimiento o infracción se encuentre tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero aplicable al supuesto infractor, la Superintendencia impondrá las sanciones establecidas por el otro cuerpo legal observando el procedimiento sancionatorio establecido en la presente Ley”*.

Asimismo, el representante legal señaló que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia definitiva 249-2012 resolvió que el principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad que exige la delimitación concreta de las

conductas reprochables que ameritan la imposición de una sanción determinada; por tal razón la tipificación no solo es la determinación concreta y terminante de la conducta que constituye una infracción administrativa, sino también de la concreta sanción que corresponde a dicha conducta nociva. Por ello, la tipificación legal involucra 2 elementos básicos: la descripción de la infracción y la comunicación de la sanción, es decir, las consecuencias punitivas de cada una de las infracciones.

Por otra parte, el representante legal de la AFP señaló que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución inciso final, los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley, por lo que en ese sentido la Superintendencia debe enmarcarse en lo que establecen las disposiciones legales y motivar la aplicación de dichas disposiciones al presente proceso, para garantizar el derecho de defensa al existir claridad en la tipificación y sanción.

En ese sentido señaló que la resolución de esta Superintendencia por medio de la cual se le notificó el presunto incumplimiento no fue suficientemente motivada la aplicación del artículo 43 inciso 2 de la LSRSF, pues no se estableció el incumplimiento o infracción tipificada y sancionada en otra ley de carácter financiero, así como las sanciones establecidas por el otro cuerpo legal; sino que la resolución únicamente se ha referido a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones pero sin indicar su tipificación y sanción, haciendo relación a disposiciones reglamentarias; por lo que se afecta la garantía de derechos de contradicción y defensa del administrado.

PH

Aunado a lo anterior manifestó que el artículo 43 inciso 2º de la LSRSF al señalar las infracciones y sus sanciones refiere a otra ley de carácter financiero y su sanción en el otro cuerpo legal, entendiéndose ley en sentido formal, y no a disposiciones reglamentarias; por lo que para establecer conductas constitutivas de infracción debe estar contenida en una ley formal y no en normas de carácter reglamentario.

Asimismo, el representante legal de la AFP también señaló que los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones son contrarios al artículo 44 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, ya que dentro del artículo 44 de dicha ley establece que las instituciones administradoras podrán efectuar actividades de promoción y afiliación a través de Agentes de Servicios Previsionales, es decir que es una potestad de la AFP realizar dichas actividades a través de los agentes o no.

Por otro lado, el Representante Legal de la AFP en su escrito de fecha 3 de febrero de 2017, señaló respecto a las pruebas del presunto incumplimiento agregadas como anexos al Informe ISP-118/2016, que consisten en formularios o contratos de afiliación, de acuerdo al artículo 16 del Reglamento de Afiliación para solicitar su incorporación al SAP, será el interesado quien llenará el formulario, es decir, el trabajador que desea incorporarse al SAP o su empleador. Por lo que el hecho que existan diferentes tipografías en los contratos o formularios no comprueba que el agente no haya realizado la afiliación.

Asimismo, manifiesta que el artículo 13 establece que las AFP deberán poner a disposición del público los formularios de solicitud y contrato de afiliación, en virtud que dichos documentos deben estar al alcance de los trabajadores, y en esa misma línea el artículo 17 establece que para que el formulario sea considerado válido, se




requerirá la participación de un agente, y no que el llenado sea realizado por el agente.

En tal sentido sostiene que la incorporación al sistema de ahorro para pensiones se efectúa con la primera afiliación de una AFP por parte del trabajador, dicha afiliación se perfecciona con la asignación del NUP por parte de la Superintendencia y la firma del contrato por la persona autorizada por la Junta Directiva de la AFP, para tal fin. La fecha en que es otorgado o confirmado el NUP, es la fecha de incorporación al SAP y de afiliación a la primera AFP.

En consecuencia, el representante legal manifiesta que anterior a ese momento no exista "afiliación" ni el concepto "afiliación material" pues adicionalmente requiere la participación de la Superintendencia, es así que la Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP) establece que surte efectos a partir de la fecha que entra en vigencia la afiliación, es decir, hasta que la persona está afiliada.

Aunado a lo anterior, el Representante Legal en su escrito de fecha 10 de enero de 2017, también alegó respecto al presunto incumplimiento al artículo 44 de la LSAP y artículo 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones que el principio de legalidad y reserva legal se refiera a la prohibición de regular ciertas materias por otro medio distinto a la ley formal, es así que el artículo 43 inciso 2 de la Ley de Regulación y Supervisión del Sistema Financiero al señalar las infracciones y sus sanciones, refiere a otra ley de carácter financiero y su sanción en el otro cuerpo legal, entendiéndose ley en sentido formal y no a disposiciones reglamentarias.

[Handwritten signature]



Por otra parte el Representante Legal argumentó que los artículos 40 y 50 del Reglamento antes mencionado, son contrarios al artículo 44 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, ya que en el inciso primero de dicho artículo establece que las AFP podrán efectuar actividades de promoción y afiliación a través de agentes de servicios previsionales, es decir es una potestad de las AFP y no es de carácter obligatoria como lo plantea el reglamento.

III. ANÁLISIS DEL CASO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El artículo 44 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones establece que *“Las Instituciones Administradoras podrán efectuar actividades de promoción y afiliación a través de Agentes de Servicios Previsionales, contratados por ellas. Estos agentes deberán ser autorizados por la Superintendencia de Pensiones, previa aprobación de los requisitos que la misma establezca, para tal efecto (...)”*.

En tal sentido, la ley establece que las Administradora de Fondos de Pensiones que quieran efectuar actividades de promoción y afiliación deberán inscribir a sus agentes de servicio previsionales ante la Superintendencia para realizarlas y no podrán hacerlo otros empleados que no cumplan tal requisito. Cuando se habla de afiliación, el artículo 4 de la misma ley la define como la relación jurídica entre una persona natural y una Institución Administradora del Sistema, de la cual nacen derechos y obligaciones, las cuales surgen a partir de la fecha de vigencia del contrato de afiliación.

Asimismo, el artículo 43 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, establece que las Instituciones Administradoras podrán efectuar promoción, es decir, brindar

obligaciones y beneficios; siempre que los agentes cuenten con la respectiva resolución de autorización dictada por la Superintendencia.

El Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones determina en su artículo 40 que *“está prohibido contratar para la incorporación de trabajadores al Sistema de Ahorro Previsional (SAP) a personas distintas a los Agentes”*; y el artículo 50 del mismo reglamento establece que *“(...) deberán necesariamente estar inscritos en el Registro de Agentes, por lo que toda persona no se encuentre inscrita en dicho Registro no estará autorizada a desempeñar las labores de promoción y afiliación(...)”*

En el escrito presentado por el Licenciado Fernando José Arteaga Hernández, de fecha 10 de enero de 2017, manifestó respecto a la presunta infracción señalada por la Superintendencia, que se citó como base legal los artículos 56 inciso 3º, 43, 54, 55, 56 y 59 de la LSRSF, por lo que no se tipificó adecuadamente la infracción; además, señaló que la Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro de su jurisprudencia resolvió que el principio de tipicidad es una extensión del principio de legalidad que exige la delimitación concreta de las conductas reprochables que ameritan la imposición de una sanción determinada.

Asimismo, el representante legal de la AFP señaló que de conformidad al principio de legalidad recogido en el artículo 86 de la Constitución inciso final, la Superintendencia debe enmarcarse en lo que establecen las disposiciones legales y motivar la aplicación de dichas disposiciones al procedimiento sancionatorio respectivo, a fin de garantizar el derecho de defensa estableciendo con claridad la tipificación y sanción.

De lo anterior se recoge que dentro de los procedimientos administrativos, la tipificación es uno de los principios de la potestad sancionatoria, en el cual además de la legalidad, lo que en sentido amplio se traduce en la exigencia de que la actividad de la atribución de la potestad administrativa, se cumpla por una Ley en sentido formal, lo que se traduce también en la correcta determinación, referida a la legislación vigente.

Así la tipificación como -tipo normativo- de la infracción constituye la descripción literal que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas, y su posterior sanción como consecuencia. Dicha descripción, a pesar de no tener un destinatario concreto -de ahí lo genérico-, incorpora elementos específicos perfectamente constatables por el aplicador de la ley. Entre ellos se encuentran la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción.

En tal sentido, la tipificación de la infracción objeto del presente procedimiento administrativo, tiene su base en una ley formal, es decir, el artículo 44 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, lo cual se complementa y relaciona con los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial, por lo que no es cierto que la conducta sancionable no se encuentre descrita de forma específica en una ley formal.

En ese sentido al analizar el artículo 44 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, establece claramente que para ejercer actividades de promoción y afiliación, deberá realizarse por medio de agentes autorizados, así el artículo 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones, recogen la prohibición de hacer promoción o afiliación por agentes no autorizados por la Superintendencia.



Superintendencia del Sistema Financiero

Por otra parte el representante legal de la AFP CRECER, manifestó que el artículo 43 inciso 2º de la LSRSF al señalar las infracciones y sus sanciones refiere a otra ley de carácter financiero y su sanción en el otro cuerpo legal, entendiéndose ley en sentido formal, y no a disposiciones reglamentarias.

Cabe mencionar que el artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación determina que las personas o instituciones que se encuentran supervisadas por la Superintendencia, están sujetas a las sanciones previstas en el capítulo VI Infracciones y Sanciones, de dicha ley; es así que además que la conducta se encuentra descrita en una ley formal, el literal b) de tal artículo permite extender la sanción por el incumplimiento a normas establecidas en reglamentos, que para este caso se relacionan con el artículo 44 de la LSAP que es la base de la conducta sancionable.

Por otro lado, el Representante Legal de la AFP en su escrito de fecha 3 de febrero de 2017, señaló respecto a las pruebas del presunto incumplimiento agregadas como anexos al Informe ISP-118/2016, que de acuerdo al artículo 16 del Reglamento de Afiliación para solicitar su incorporación al SAP, es el interesado quien llenará el formulario, es decir, el trabajador que desea incorporarse al SAP o su empleador. Por lo que el hecho que existan diferentes tipografías en el contrato no comprueba que el agente no haya realizado la afiliación.

Asimismo, manifestó que el artículo 13 de la LSAP establece que las AFP deberán poner a disposición del público los formularios de solicitud y contrato de afiliación, en

virtud que dichos documentos deben estar al alcance de los trabajadores, y en esa misma línea el artículo 17 establece que para que el formulario sea considerado válido, se requerirá la participación de un agente, y no que el llenado sea realizado por el agente.

Al respecto, tal como se manifiesta en el informe ISP-118/2016, consta que además de los formularios o contratos anexos, se realizaron investigaciones in situ en los lugares donde se ejecutan las afiliaciones, por lo que se pudo constatar que personas distintas a los agentes y a las personas interesadas realizaban el llenado del formulario.

En conclusión, si bien dentro de la tipificación del derecho administrativo se basa en que las infracciones deben estar en una ley formal, por lo que debe tener cobertura legal, también permite la colaboración reglamentaria en la creación de infracciones y sanciones. Así, al hablar de una "Ley", el apartado se comprenderá que las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente, lo cual faculta la participación reglamentaria en la tipificación de las sanciones administrativas, por lo que no es cierto que no se haya tipificado correctamente la infracción.

Por lo anterior se considera que la AFP ha cometido la infracción señalada, producto de negligencia en su actuar, por lo que corresponde imponerle una sanción por su actuar e instruirle que se abstenga de realizar actividades de promoción y afiliación por personas que no sean agentes autorizados por esta Superintendencia.

IV. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN A IMPONER

El presente incumplimiento se considera que efectivamente infringió lo dispuesto en el artículo 44 inciso primero de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con relación a los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones, por haber permitido que agentes no autorizados realizaran funciones de promoción y afiliación, de conformidad a lo establecido por la ley.

Cabe mencionar que para la determinación de la sanción dentro del presente caso, se deberá aplicar la norma que se encuentre contenida dentro de la ley especial, es decir, el artículo 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, el cual establece que por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contenidas en dicha ley, sin que exista una sanción específica, se sancionará con una multa de diez mil colones.

POR TANTO: De conformidad a los anteriores considerandos y según lo establecido en los Arts. 43, 55 y 61 de Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero y **Art. 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con relación a los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones**, el suscrito **RESUELVE:**

- a) **DETERMINAR** que la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, S.A.** que puede abreviarse **AFP CRECER, S.A.**, cometió infracción a lo dispuesto en el artículo 44 inciso primero de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, con relación a los artículos 40 y 50 del Reglamento de Gestión Empresarial



de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones, y se sanciona con multa de **UN MIL CIENTO CUARENTA Y DOS CON OCHENTA Y CINCO CETAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1,142.85)** con base en lo dispuesto dentro del artículo 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones;

b) INSTRÚYASE a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CRECER, S.A.** que puede abreviarse **AFP CRECER, S.A.**, que se abstenga de realizar actividades de promoción y afiliación por personas que no sean agentes autorizados por esta Superintendencia.

NOTIFÍQUESE.



José Ricardo Perdomo Aguilar
Superintendente del Sistema Financiero

AJ5