

La Infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las diez horas del día cinco de octubre de dos mil dieciocho, pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-05-2018, promovido por el señor Nelson Humberto López Jiménez ex Oficial de Cumplimiento de Banco Promérica, S.A., por medio de su apoderado general judicial y administrativo, abogado Ricardo Alfredo Martínez Rivas y Banco Promérica, S.A., por medio de sus apoderados generales judiciales y extrajudiciales, abogados Rodolfo Esteban Ramírez Fuentes y Julio Miguel Soriano Cruz, y que literalmente dice:



CA-05-2018

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO: San Salvador, a las diez hora del cinco de octubre de dos mil dieciocho.

Por agregado el escrito del 24 de agosto del corriente año, por medio del cual el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero, emite opinión en el presente recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 67 inciso final de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF).

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el señor Superintendente a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-008/2017, promovido contra el señor Nelson Humberto López Jiménez, ex oficial de cumplimiento de Banco Promérica y al Banco Promérica, S.A.

En la mencionada resolución se impuso las siguientes multas: I) Contra el señor Nelson Humberto López Jiménez la cantidad de diez mil seiscientos cuarenta y cinco dólares con noventa y cinco centavos (US\$10,645.95), equivalentes a 35 salarios mínimos urbanos mensuales del sector comercio, por infracción al art. 10 letra e) romano III de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (en adelante LCIDA), en relación con el romano VIII. Monitoreo y Verificación número I. Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (en adelante MCCLAPT) de Banco Promérica, S.A.; y, II) Contra Banco Promérica, S.A.: i) la suma de once mil veintiocho dólares con noventa centavos (US\$11,028.90), equivalentes al 0.01% de su patrimonio, por infracción al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08, Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo (en adelante referida solo como NRP-08); ii) la cantidad de cinco mil quinientos catorce dólares con cuarenta y cinco centavos (US\$5,514.45), equivalentes al 0.005% de su patrimonio, por infracción al romano VIII. Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo, del MCCLAPT; iii) el monto de cuarenta y cuatro mil ciento quince dólares con cincuenta y nueve centavos (US\$44,115.59), equivalentes al 0.04% de su patrimonio, por infracción al art. 12 de la NRP-08; y, iv) la

RECIBIDO
 ASUNTOS
 Superintendencia del Sistema Financiero

Fotocopia
 ...
 ...

Fecha: 09 OCT, 2018 3:23 PM
 Firma: Mariana Angela Orellana

cantidad de ochenta y ocho mil doscientos treinta y un dólares con dieciocho centavos (US\$88.231.18), equivalentes al 0.08% de su patrimonio, por infracción al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08.

Y CONSIDERANDO:

I. Que el señor Nelson Humberto López Jiménez, actuando por medio de su apoderado general judicial y administrativo, abogado Ricardo Alfredo Martínez Rivas, interpuso recurso de apelación contra la resolución emitida por el señor Superintendente por no estar de acuerdo con la responsabilidad administrativa que se le atribuyó respecto a la infracción antes citada, por considerar que adolece de vicios que en síntesis se relacionan así:

A) MOTIVOS DE APELACIÓN DEL SEÑOR NELSON HUMBERTO LÓPEZ JIMÉNEZ

1) Sujetos

Expresa de acuerdo al organigrama del Banco, en el tiempo que acontecieron los hechos, el cargo de Oficial de Cumplimiento se situaba bajo la Junta Directiva y que su trabajo estaba en concordancia con las responsabilidades otorgadas a un Comité de Cumplimiento. Que conforme al romano IV) del MCCLAFI, denominado Estructura Institucional, dicho Comité estaba conformado por un Director Externo, el Presidente Ejecutivo, el Gerente de Banca de Personas, Gerente de Banca Comercial y Regional, Gerente Legal, Gerente de Operaciones y Tecnología y, Oficial de Gobierno Corporativo, su conformación estaba integrado por varios niveles de autoridad al frente de la labor preventiva del Banco, por lo que la responsabilidad en dicha labor todos son imputables, pudiendo ser sujetos activos de la probable infracción.

Según el romano IV, número 4, letra A, número 5 del MCCLAFI, la obligación de asignar los recursos humanos, tecnológicos y de capacitación necesarios a la Oficialía de Cumplimiento, para el adecuado desempeño de sus funciones corresponde a la Junta Directiva para prevenir el lavado de dinero.



2) Acción

Al referirse a la acción, afirma que el Superintendente ha calificado de dolosa la actitud del señor Nelson López y que por haber planificado una decisión mental con el propósito de causar un daño y de obtener un provecho para sí o para otra persona. En ese orden, señala que el Superintendente no pudo señalar el daño causado porque no existe; que el perjuicio derivado del efecto producido por el manejo de la lista verde ni siquiera vinculó qué parte de la normativa que imputa vulnerada se amarra con un daño específico. No indicó la prueba sobre la preparación del hecho atribuido, no obstante señalar que la lista se mantuvo del 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016.

Prosigue el apelante, que ha actuado con transparencia en el procedimiento en su contra, al estar en disposición, colaboración y proporcionar la información que le fuera solicitada, como consta en correos electrónicos que menciona. Por otro lado, expone que el sistema fue implementado y manejado bajo la supervisión de las autoridades del banco; que existió y existe la concurrencia de múltiples sujetos que están involucrados. Por consiguiente, resulta impropio suponer que una persona, maliciosamente pueda planificar un daño y obtener un provecho sin que pueda advertirse, máxime si el Superintendente auditó las operaciones antes, durante y posterior al período en que se ubica el cometimiento de la infracción.

Al referirse a los hechos atribuidos, aduce que si bien se activó en el sistema la opción de la denominada “lista verde”, esta ya formaba parte de las tecnologías ofrecidas dentro del sistema de monitoreo *Advance Compliance Risk Managment* (ACRM) por parte del proveedor y que la implementación fue una decisión estrictamente técnica con el único objetivo de hacer más eficiente la atención de las alertas generadas en función del recurso humano disponible para su proceso y gestión, en el sentido que, dada la cantidad que se disponía en su momento para resolver o atender las alertas que generaba el sistema, estos se volvían recursos limitados en relación a la cantidad de alertas que se generaban.

La falta de recurso humano disponible para atender las alertas generadas en el sistema de monitoreo es una situación que se dio desde que se implementó dicho sistema en su primera versión. Por lo que en sesión del Comité de Cumplimiento del 13 de noviembre

de 2009, en la presentación del Informe de Gestión de la Oficialía de Cumplimiento, el recurrente notificó que no obstante se contaba con el sistema de monitoreo Monitor Plus, no era posible atender en su mayoría las alertas generadas debido a las limitantes de recursos humanos. Se expuso además que para mitigar dicho riesgo se debía contratar más empleados para la Oficialía de Cumplimiento.

3) Tipicidad

Expresa que en el Manual de Cumplimiento no existe el romano VIII ni el número 1, por lo que no existe coherencia, en la relación normativa señalada por la autoridad.

Alega que la conducta atribuida no está descrita en ninguna disposición de las que se le imputan como infringidas; que no se ha causado ningún daño; y, que lo establecido en la resolución impugnada respecto a que el Oficial de Cumplimiento eliminó el monitoreo de operaciones en el período que se manejó la lista verde es impreciso, porque la mencionada lista era una opción del sistema que existió dentro de su esquema informático desde que se adquirió, instaló y operó en el Banco, cuya situación fue de conocimiento del Superintendente.

Lo expuesto anteriormente se confirma con el memorándum de la Dirección de Riesgos DR-13/2017 del 16 de marzo y el informe DR-RL-012/2017 del 1 de febrero, ambos de 2017, en los cuales no se solicita o recomienda abrir un proceso administrativo sancionador en su contra.

Para fundamentar el vicio de tipicidad del art. 44 de la LSRSF, transcribe fragmentos de la sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo (en adelante SCA) en el proceso con número de referencia 48-2010 que declara la inaplicabilidad del art. 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (en adelante LOSSF), argumentando que las mismas causas invocadas en esa sentencia son aplicables para este caso.

d) Culpabilidad

El apelante trae a consideración lo afirmado por el Superintendente respecto a que 228 clientes que formaron parte de la lista verde se dejaron de monitorear y, por lo tanto, de



controlar sus operaciones. Que la anterior afirmación es falsa porque el banco presentó prueba de descargo (Anexo 9)¹ que comprende 3,204 alertas generadas por los clientes que formaron parte de la lista verde, por haberse cumplido 26, 333 condiciones del sistema de monitoreo. No obstante, el Superintendente se refiere a que la generación de estas alertas obedeció aun cuando 12 condiciones invocadas en la lista verde, los clientes sí fueron monitoreados por 309 reglas de monitoreo.

Que con el referido anexo 9 se evidencia que los clientes no fueron excluidos del monitoreo y se debe tomar en cuenta que si no se generaron alertas es porque sus transacciones no cumplieron las condiciones establecidas en el sistema de monitoreo.

El apelante hace referencia a la prueba pericial solicitada por el banco, respecto a que la perito fue nombrada por la Superintendencia por medio de acta, en la cual se definieron los puntos de la pericia sobre la evaluación del sistema Monitor Plus con el que cuenta el banco como mecanismo de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

Respecto al resultado del peritaje, el apelante transcribe lo concluido en el informe sobre lo designado en las letras j), k) y l), aduciendo que con esto se controvierte la afirmación del Superintendente de que se han excluido del monitoreo clientes que formaron parte de la lista verde, tal como se ha probado con la información del Anexo 9 antes citado. El apelante asevera que los clientes fueron monitoreados y que por lo tanto nunca fueron excluidos del monitoreo.

El recurrente disiente con lo afirmado por el Superintendente en relación al período de permanencia de los clientes en la lista verde, relativo a que los clientes formaron parte de dicha lista en diferentes fechas de ingreso y salida desde el 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016; sin embargo, de acuerdo con el informe No. DR-ROT-229/2016 del 9 de diciembre de 2016 se observa que la primera fecha de incorporación de un cliente es el 17 de septiembre de 2013. Siendo importante señalar que los clientes no formaron parte de la

¹ Prueba de descargo presentada por el Banco en el procedimiento sancionatorio con referencia PAS-008/2017.

lista verde en iguales períodos y tampoco a partir de la fecha indicada por la Superintendencia. En tal sentido, es falsa la afirmación que 228 clientes permanecieron en dicha lista durante el plazo señalado.

En relación al impacto sobre las operaciones realizadas por los clientes, que en algún momento formaron parte de la lista verde, el Superintendente expuso que se afectaron 437,200 transacciones, por un monto total de US\$1,414,100,603.48. El recurrente alega que este dato es incorrecto porque se sumaron los créditos (ingresos) y débitos (egresos) de las cuentas pasivas, sin tomar en cuenta que el monitoreo se aplica sobre los ingresos (créditos) de las cuentas. Expone que de haber existido algún impacto, este debía ser calculado sobre los ingresos de las cuentas, es decir las 268, 634 transacciones detalladas en el Anexo B del informe No. DR-ROT-229/2016 del 9 de diciembre de 2016.

Asimismo, manifiesta que Auditoría Interna del banco determinó que no ha existido impacto en la lista verde en el envío de reportes de operaciones en efectivo y por otros medios electrónicos sujetos a informarse, habiéndose cumplido a lo dispuesto en el art. 9 de la LCLDA.

Que el Superintendente afirma que la lista de exclusión se implementó con el objetivo de dejar de monitorear a los clientes y con la intención expresa de excluir a ciertas entidades para no generar alertas y que por tanto actuó con dolo.

Sobre lo anterior, el apelante reitera que la lista verde formaba parte de las tecnologías ofrecidas dentro del sistema de monitoreo por parte del proveedor y la implementación de esta fue una decisión estrictamente técnica con el único objetivo de hacer más eficiente la atención de las alertas generadas, en función del recurso humano disponible para su proceso y gestión. Por tanto, en ningún momento se ha actuado con la intención de incumplir lo establecido en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos ni dejar de controlar a un cliente o grupo de ellos, mucho menos con dolo.

Para comprobar lo antes manifestado, el apelante hace alusión a lo expresado por el Presidente Ejecutivo del Banco mediante carta del 13 de enero de 2015, referente a que la Auditoría Interna concluyó que no se encontraron aspectos que hicieran suponer que existió intención por parte de la Gerencia de Cumplimiento de omitir monitorear a un cliente o



grupo de clientes. Esa aseveración está fundamentada en el memorando del 23 de agosto de 2016 elaborado por el Auditor Interno.

e) Violación al principio de proporcionalidad

Por principio de eventualidad, el apelante alega violación al principio de proporcionalidad.

Expresa que sin admitir las imputaciones hechas, el art. 50 de la LSRSF establece que la autoridad para determinar la capacidad económica del justiciado, más en el caso de personas naturales, refiere a la última declaración de renta del presunto infractor; sin embargo, en el presente caso, el Superintendente no utilizó esa fuente para medir la capacidad económica y en su lugar se basó en la nota del 19 de marzo de 2018 de AFP CRECER, en la cual se refleja el monto recibido mensualmente por el apelante en concepto de pensión.

Expone que según la última declaración de impuesto sobre la renta, la renta gravada es igual a veintiún mil ochocientos dos dólares con ochenta y cuatro centavos (US\$21,802.84), cantidad que es inferior al valor del monto recibido como pensión en un año, la cual asciende a treinta y cinco mil novecientos sesenta y cuatro dólares con setenta y dos centavos (US\$35,964.72), por simple deducción, la fijación del monto está excedida.

Solicita que se tome en cuenta la condición de jubilado y los gastos que este debe de cubrir, tomando en cuenta el incremento del costo de la vida y el estado de salud en que se encuentra, el cual es un costo económico fuerte para el apelante.

Concluye que, si la sanción se hubiera establecido de acuerdo a la última declaración de renta, su rango no hubiese excedido de seis mil dólares.

f) Valoración de la prueba

Alega que la prueba documental de descargo presentada en el procedimiento sancionador y que ofrece en el recurso de apelación, no fue analizada ni valorada por el Superintendente.

Finalmente, argumenta que el Superintendente utilizó como prueba en su contra un cuestionario simple denominado “CREACIÓN DE LISTAS DE EXCLUSIÓN” (folio 24 del expediente PAS-008/2017) sin consignarse la fecha en que fue respondido, a petición de delegados de la Superintendencia, sin haberle notificado que dicho cuestionario sería utilizado como prueba incriminatoria en el proceso sancionador y sin la asistencia de un defensor como lo establece el art. 259 del Código Procesal Penal. Esto invalida su utilización como prueba en su contra. Y que, en todo caso, no contiene algún dato distinto a sus argumentos de descargo.

B) MOTIVOS DE APELACIÓN DE BANCO PROMÉRICA, S.A.

1) Solicitud de inaplicación del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF, con fundamento en el art. 77-A de la Ley de Procedimientos Constitucionales (en adelante, LPrCn)

1.1) Naturaleza de la acción presentada y disposición infra constitucional impugnada, el art. 44 letras a) y b) de la LSRSF

El banco apelante transcribe el art. 77-A de la LPrCn y sobre la base del art. 185 de la Constitución (en adelante Cn) solicita la declaratoria de inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF, contenida en el Decreto Legislativo No. 592 del 14 de enero de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 23, Tomo 390, de fecha 2 de febrero de 2011.

1.2) Presupuestos mínimos para la procedencia

Alega que conforme lo exige el art. 77-B de la LPrCn existen requisitos mínimos que debe reunir la pretensión de declaratoria de inaplicabilidad para su promoción y aceptación ante la Sala de lo Constitucional (en adelante SCN), siendo estos los siguientes:

- *La ley, disposición o acto a inaplicarse debe tener una relación directa y principal con la resolución del caso, es decir, debe ser relevante para la resolución que deba dictarse.*

Sobre este punto, expone que la Superintendencia ha determinado que el banco ha cometido cuatro infracciones y su correspondiente sanción pecuniaria (descritas en el



preámbulo de esta resolución). Que la base legal para la imposición de las sanciones es el referido art. 44 letras a) y b) de la LSRSF. Dicha disposición tiene relación directa y principal con la resolución del caso.

- *La norma a inaplicarse debe resultar incompatible con la Constitución, aún después de haberse acudido a interpretarla de conformidad con ella.*

Afirma que la norma impugnada lesiona los principios de reserva legal o legalidad, tipicidad y de seguridad jurídica y, como consecuencia de esas violaciones constitucionales, la imposición de las cuatro sanciones afectan el derecho de propiedad en su manifestación concreta en su patrimonio (art. 2 Cn), en tanto que resulta evidente que la determinación de las multas tienen su base en la aplicación del art. 44 letras a) y b), disposición que contiene una cláusula de remisión mediante la cual, según la Superintendencia, se tipifican de manera indirecta las conductas sancionadas en contra del Banco.

1.3) Competencia del Comité de Apelaciones para declarar la inaplicabilidad de las letras a) y b) del art. 44 de la LSRSF

a) La constitución, su primacía, acatamiento y responsabilidad por parte de los funcionarios públicos por no cumplir u obedecer la misma

El banco apelante transcribe los arts. 235, 244, 245 y 246 todos de la Cn. Con relación al art. 245 que se refiere a la responsabilidad por daños que incurren los funcionarios públicos como consecuencia de una vulneración de derechos constitucionales, dicha disposición ha sido interpretada por la SCN, en lo relativo a la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la Constitución (Sentencia del 15 de febrero de 2013 en el proceso 21-2011).

b) Inaplicabilidad de leyes por disposiciones contrarias a los preceptos constitucionales, por funcionarios y empleados de la administración pública como operadores jurídicos

El peticionario alega la inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) de la LRSRF haciendo alusión a lo dispuesto en el art. 185 Cn y jurisprudencia de la SCN, en la cual desarrolla el tema de la derogatoria genérica² del art. 249 y el 235 de la Ley Suprema.

Explica que el término operador jurídico a que hace referencia la sentencia 618-2009 de la SCN incluye a cualquier empleado o funcionario responsable de la aplicación de la ley, tanto en el ámbito judicial como en la administración pública.

1.5) Motivos o razones que fundamenta la solicitud de inaplicación

1.5.1) Violación de los principios de reserva (legalidad) y tipicidad por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero a través del Superintendente del Sistema Financiero

El banco apelante expone que la tipicidad en materia administrativa sancionatoria supone dos consecuencias:

- Primera, que los actos u omisiones que legalmente se contempla como infracciones estén claramente determinados en ley, con lo que se proscriben las cláusulas abiertas, remisiones en blanco o conceptos excesivamente amplios o vagos; y,
- Segunda, la exigencia de la identidad de los presupuestos fácticos de la conducta realizada y la descrita en la norma, por lo que se prohíbe una interpretación extensiva, analógica o inductiva del tipo sancionador administrativo.

Sobre la primera, el apelante transcribe fragmentos de la sentencia de inconstitucionalidad de las quince horas del 14 de febrero de 1997 en la cual la SCN desarrolló la prohibición de la analogía, en el sentido que solo pueden ser sancionados como actos antijurídicos los que de modo riguroso o estricto coinciden con los tipos descritos en la norma, excluyéndose interpretaciones extensivas o inductivas que conduzcan a sancionar hechos o comportamientos no previstos como infracciones.

Expone que el Superintendente se encuentra habilitado para ejercer el poder sancionador única y exclusivamente en el evento en que la conducta de un supervisado o

² Sentencia del 15 de febrero de 2002, pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 9-97.



regulado, se encuentre tipificada como infracción administrativa y tenga competencia para la imposición de una sanción. Además, actualmente dicha potestad se ha encaminado cada vez más a la consecución de fines preventivos, paralelos a la aplicación de principios y garantías para sus destinatarios.

Lo anterior tiene su respaldo en la consagración del carácter supremo de la Constitución, concebida no solo como norma primaria, sino vinculante y de aplicación directa. La aplicación de estos principios, si bien tienen asidero constitucional, derivan como referente directo del Derecho Penal.

Por su parte, la SCA ha sentado la premisa que garantizar al destinatario de las sanciones, la sujeción a la ley y protección a cualquier arbitrariedad, ha llevado a extender al campo de las sanciones administrativas los principios fundamentales del Derecho Penal³

Alega que los principios que constituyen limitantes fundamentales al ejercicio de la potestad sancionatoria son el de legalidad, tipicidad, responsabilidad e irretroactividad y proporcionalidad. Respecto al principio de tipicidad transcribe jurisprudencia⁴ de la SCN en el que establece que el mandato de tipicidad implica que la inobservancia de las estipulaciones relativas a la protección de bienes e intereses serán sancionados conforme a una ley que defina de forma clara, precisa e inequívoca los elementos básicos de cada infracción.

Argumenta que lo expuesto por la SCN se encuentra vinculado con el presupuesto de hecho, elemento formal del acto administrativo, que persigue que toda actuación administrativa encuentre su justificación en una situación de hecho existente en el momento en que es adoptada, porque la norma hace de aquel presupuesto fáctico condición o requisito necesario para el ejercicio de competencias. En ese marco, el presupuesto de hecho en materia sancionatoria exige un grado más alto de descripción.

³ Sentencia del 6 de mayo de 2004 en el proceso contencioso referencia 206-C-2001.

⁴ Sentencia del 16 de abril de 2018 en el proceso de amparo con referencia 20-2016.

1.5.2) Inaplicabilidad por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo de las letras a) y b) del art. 44 LSRSF

El banco apelante trae a consideración las sentencias pronunciadas por la SCA, la primera del 29 de septiembre de 2017 en el proceso contencioso con referencia 251-2015, en la cual la Sala declaró inaplicable la letra b) del art. 44 de la LSRSF porque dicha disposición no tipifica ninguna conducta, pues se trata de definiciones puramente formales o aparentes, similar a un círculo vicioso, en la que se presenta como elemento básico de una descripción fáctica, lo que en realidad es una calificación normativa imprecisa y carente de la descripción conductual exigida por el principio de tipicidad; y, la segunda, del 24 de enero de 2018 pronunciada en el proceso contencioso 131-2015, en la cual la Sala inaplicó el art. 44 letras a) y b) de la LSRSF también por considerar que las fórmulas infractoras no tipifican ninguna conducta, pues se trata de definiciones puramente formales o aparentes, similares a un círculo vicioso, en las que se presenta como elemento básico de una descripción fáctica lo que en realidad es una calificación normativa imprecisa y carente de la descripción conductual exigida por el principio de tipicidad. Además, contiene una remisión normativa difusa o excesivamente indeterminada que en la práctica sustituye la debida provisión normativa del tipo sancionador, por el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación.

Sobre este punto, el apelante concluye que es incuestionable el hecho fáctico que el art. 44 letras a) y b) fueron la base para la determinación de las sanciones impuestas por el Superintendente; sin embargo, estas carecen de robustez constitucional, lo que impide su aplicación, por lo que solicita que este Comité declare inaplicable las disposiciones y deje sin efecto la resolución impugnada.

1.5.3) Aplicación del principio *Stare Decesis* por precedente emitido por el Comité de Apelaciones en la resolución del 29 de noviembre de 2017

Expone que de acuerdo al principio *stare decesis*, en el presente caso es posible la aplicación de este principio en la inaplicación del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF que se somete a conocimiento del Comité. Según el apelante, existe precedente idéntico respecto



de los fundamentos constitucionales que llevaron al Comité a revocar la resolución del 29 de noviembre de 2017 en el recurso de apelación con referencia CA-06-2017.

Alega que jurisprudencia de la SCN confirma el carácter vinculante del auto precedente (Sentencia del 23 de noviembre de 2011 en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 11-2005).

En la resolución que invoca como precedente, el Comité revocó la resolución emitida por el Superintendente el 7 de agosto de 2017, mediante la cual sancionaba a Banco Promérica, S.A. con sanciones pecuniarias por transgredir los principios de legalidad y de tipicidad consagrados en los arts. 2, 8, 14 y 86 inciso 3° de la Constitución. En dicha resolución el Comité consideró que las obligaciones por cuyo incumplimiento se multó al banco, contenidas en la normativa NPB4-40, no encuentran su respaldo en la Ley de Bancos.

Alega que se está en un caso idéntico, respecto de la inexistencia de respaldo de una ley formal, por lo que solicita que se revoque la resolución impugnada.

1.5.4) Análisis de las normas presuntamente infringidas por Banco Promérica, S.A. y su consecuente sanción, a la luz de los principios que rigen la potestad sancionatoria

El apelante manifiesta que la potestad sancionadora está sujeta al principio de legalidad y a la exigencia de tipicidad en la configuración de un presupuesto de hecho claramente configurado.

Analiza cada uno de los presupuestos de hechos de las normas que presuntamente infringió, para ello transcribe la parte resolutive del acto impugnado y las disposiciones relacionadas, así:

- Determinar que el Banco Promérica, S.A. cometió infracción al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08 y sancionarlo con una multa por la cantidad de US\$11,028.90, equivalentes al 0.01% de su patrimonio a la fecha referida.

Según el apelante, el presupuesto de hecho contenido en el art. 10 letra a) de la LCLDA es: a) identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios, así como la identidad de cualquier otra persona natural o jurídica en cuyo nombre están ellos actuando.

Presupuestos de hecho contenidos en el art. 18 letra a) de la NRP-08

Presupuesto 1: a) Identificar al cliente de forma fehaciente mediante sus documentos de identidad y otra información básica que las entidades solicitan al momento de la contratación, cerciorándose que el documento sea original.

Presupuesto 2: en el caso de las personas jurídicas, aparte de identificarlas, deberán también conocer y documentar su naturaleza jurídica, razón social, actividad económica a la que se dedica, acreditación e identificación del representante legal, accionista y socios con una participación patrimonial arriba del 10% y miembros de la Junta Directiva, entre otros.

Presupuesto 3: debiendo conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente, establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guarden relación con la actividad económica de los mismos.

- Determinar que el Banco Promérica, S.A. cometió infracción al romano VIII. Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo de su Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y sancionarlo con multa por US\$5,514.45, equivalentes al 0.005% de su patrimonio a la fecha de referencia.

Presupuesto de hecho contenido en el romano VIII, Monitoreo: a partir de la definición del perfil de los clientes, particularmente el perfil transaccional, se llevará a cabo el monitoreo de sus operaciones, principalmente con la utilización de herramientas tecnológicas. Para esos propósitos se ha adquirido el sistema de Monitoreo denominado Monitor Plus que, considerando el perfil establecido del cliente, la naturaleza de sus



operaciones y las reglas establecidas genera alertas cuando un cliente presenta comportamiento u operaciones inusuales que posteriormente al analizarlas permiten establecer si la operación detectada se deberá considerar como normal o como sospechosa, que a su vez puede implicar la generación de Reporte de Operación Sospechosa.

El sistema de monitoreo no se limita únicamente a detectar la operación o actividades inusuales del cliente, el sistema de monitoreo deberá considerar además otros aspectos a evaluar cuando un cliente realiza una operación o cuando se encuentra en proceso de aceptación del mismo; en tal sentido el sistema de monitoreo deberá considerar entre otros los siguientes:

1. Monitoreo de Operaciones
 2. Verificar que el cliente no se encuentra incluido en listas internacionales de excepción tales como OFAC, ONU (por terrorismo) o bases de datos de carácter privado tales como World Compliance, World Check, etc.
 3. Lista PEP
 4. Listas internas de excepción
- Determinar que el Banco Promérica, S.A. cometió la infracción al art. 12 de la NRP-08 y sancionarlo con una multa de US\$44, 115.59, equivalentes al 0.04% de su patrimonio a la fecha de referencia.

Presupuesto de hecho del art. 12: las entidades deben aplicar la debida diligencia para identificar los riesgos y eventos que pueden dar origen a hechos de LD/FT. Esta identificación se realiza tomando en cuenta los factores de riesgo inherentes a la actividad que realiza. Para identificar el riesgo de LD/FT, las entidades deben establecer metodologías para segmentar los factores de riesgo.

- Determinar que el Banco Promérica, S.A. cometió la infracción al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08 y sancionarlo con una multa de US\$88,231.18, equivalentes al 0.08% de su patrimonio a la fecha de referencia.

Presupuesto de hecho del art. 10 LCLDA: d) establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley.

Presupuesto de hecho del art. 9 NRP-08: La Auditoría Interna de la entidad deberá darle cumplimiento a lo estipulado en el art. 10 literal d) de la Ley Contra el Lavado de Dinero de Activos y al art. 4 literal “d” de su Reglamento; asimismo, deberá evaluar la gestión de la Oficialía de Cumplimiento e informar a la Junta Directiva tanto de los hallazgos de auditoría en la materia como de los resultados de la evaluación de la gestión de la Oficialía.

Para todos los presupuestos de las normas infringidas, el apelante estableció que no existe una descripción concreta o prohibición o un mandato categórico —deber jurídico—; es decir, no existe conducta típica infractora delimitada de la cual deban abstenerse sus destinatarios.

Expone que las disposiciones en leyes ordinarias, normas técnicas y el manual interno del banco, la conducta de hacer se encuentra típicamente descrita; sin embargo, el legislador no tipificó la sanción a la inobservancia de dicha conducta.

Argumenta que las normas jurídicas en estudio, poseen una indeterminación del tipo administrativo sancionador porque no existe consecuencia alguna en la descripción concreta de la obligación de hacer o de mandato categórico —deber jurídico—; es decir, no existe conducta típica infractora delimitada de la cual deban abstenerse sus destinatarios. Por el contrario, la prohibición la determinó el Superintendente, no estando habilitado para ello.

Expone que las disposiciones constituyen una norma macro, de carácter general, que impone una obligación, pero que no fueron provistas por el legislador de consecuencia alguna, es decir, que no vincula los efectos a ninguna sanción, pues no se les ha llenado de contenido sancionador alguno. En consecuencia, imponer una sanción implicaría atentar contra los principios de legalidad, tipicidad y la exigencia del presupuesto de hecho.

Es así que las previsiones contenidas en las letras a) y b) del art. 44 de la LSRSF poseen una indeterminación del tipo administrativo sancionador. No existe descripción concreta de una prohibición o un mandato categórico, es decir, no existe conducta típica infractora delimitada de la cual deban abstenerse sus destinatarios. La ausencia de prohibición concreta, se contrapone a la imputación atribuida por la Superintendencia al



Banco transgrediendo el principio de legalidad, en su vinculación negativa, derecho consagrado en el art. 8 de la Cn.

Argumenta que la inclusión del principio de vinculación negativa a la que se encuentra sujeta el banco es también uno de los argumentos de esta apelación, ya que obedece al hecho que la Superintendencia le atribuye infracciones sobre supuestos fácticos y conductas que no se encuentran prohibidas por el ordenamiento jurídico, tales como, los conceptos de violación contenidos en las infracciones y sanciones impuestas.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

1) Inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF

El banco apelante manifiesta que se ha desarrollado de manera extensa las razones en que se fundamenta la inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) y que, habiendo hecho uso del principio de eventualidad, solicita al Comité que los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos sean analizados en este *iter lógico* de argumentación de la resolución emitida el 25 de abril de 2018, la cual está desprovista de cobertura legal y transgrediendo los arts. 2, 8, 25 y 86 de la Constitución, por lo cual debe revocarse por este Comité.

Manifiesta que es obligatorio referirse a la postura adoptada por el Superintendente en la resolución impugnada respecto de la declaratoria de inaplicabilidad emitida por la SCA que consta en el apartado IV. “Aplicación y constitucionalidad del art. 44 de la LSRSF”. De la lectura y análisis de este, dicho funcionario se aparta de las consideraciones constitucionales consignadas en las sentencias y se adhiere al voto razonado de uno de los integrantes de la SCA, para sostener y fundamentar la imposición de las sanciones al Banco Promérica.

2) Presunto incumplimiento al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08

a) **Existencia de documento que comprueba la relación contractual entre clientes del banco.**

El apelante expone que la prueba documental para desvirtuar el presunto incumplimiento se presentó en la etapa pertinente que corre agregada en el expediente sancionador, identificada como Anexo No. 1, Anexo No. 2 y Anexo No. 3. El objeto de presentar la prueba antes relacionada es demostrar el error en el señalamiento indicado en el literal a) párrafo segundo de la resolución que se refiere al incumplimiento de no documentar contractualmente la relación entre Air Pak, S.A. de C.V. y Western Union y entre la primera y RAC, S.A. de C.V., para demostrar que sí se realizaron oportunamente los procesos de debida diligencia.

Alega que la relación comercial con RAC, S.A. de C.V. da inicio desde 2004 y eso ha permitido al banco no solo documentar la relación contractual e identificar plenamente al cliente, sino conocer apropiadamente el giro del negocio, por lo que no existe infracción que deba sancionarse.

b) Ausencia de tipicidad

Afirma que la supuesta infracción descansa en que la falta de documentación de los contratos, evidencia una debilidad en el control, debido a que el banco no realizó un entendimiento de las operaciones de Air Pak, que justificaran la relación comercial entre Western Union y Air Pak y entre este y RAC. Que con la presentación del contrato queda demostrado que el banco sí ha documentado contractualmente la relación entre Air Pak y RAC, por lo que de forma inequívoca sí ha realizado un entendimiento de las operaciones correspondientes.

Que la supuesta conducta reprochable es no documentar contractualmente una relación comercial entre terceros, conducta omisiva que contraviene los arts. 10 letra a) de la LCLDA y 18 letra a) de la NRP-08; no obstante, se advierte que ninguna de esas disposiciones legales exige y obliga a tener copia de los contratos que documentan las relaciones comerciales de determinados clientes. En consecuencia, la Superintendencia ha efectuado un juicio de tipicidad (proceso de adecuación valorativa conducta-tipo) de las disposiciones mencionadas, habiendo determinado que la conducta objeto de examen, coincide con la descripción típica contenida en las disposiciones.



Sin embargo, el apelante argumenta que no existe coincidencia en la adecuación valorativa de la conducta y el tipo infractor que efectuó el Superintendente, por lo que este ha incurrido en una interpretación extensiva o analógica del tipo sancionatorio administrativo no autorizado por el ordenamiento constitucional. Además el Superintendente adiciona un hecho nuevo respecto del argumento inicial, que jamás fue invocado por la Superintendencia y sobre el cual el banco no se defendió consistente en la no presentación, ahora ya no del contrato sino que la prueba documental con la que el Banco puede demostrar que se realizó la debida diligencia para verificar la relación contractual existente entre Air Pak y Western Union. En consecuencia, el Superintendente vulneró el principio de congruencia procesal y el derecho de defensa.

Finalmente, el apelante arguye que en materia administrativa sancionadora, para la imposición de una sanción es indispensable que la presunción de inocencia sea desvirtuada mediante la aportación de pruebas contundentes y suficientes, sin la vulneración de otros derechos constitucionales, es decir, por un lado se requiere certeza de los hechos imputados mediante pruebas de cargo y, por el otro, certeza en el juicio de culpabilidad sobre hechos que tengan una base legal que tipifiquen la conducta y la sanción.

3) Presunto incumplimiento al romano VIII Monitoreo y Verificación, número 1, Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo de Banco Promérica, S.A.

Expone el banco apelante que en la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador, el presunto incumplimiento que se le atribuye, se debió a que en el monitoreo de clientes PEP no incluye las operaciones de giros y tarjeta de crédito, sino que está limitado a transacciones de depósitos y pago de cheques de "Cuenta Integra", ahorro y corriente. Además, se le acusa de que en el listado de alertas proporcionados por el banco, se verificó que las mismas no están relacionadas a una lista de validación, lo que significa tal procedimiento no es llevado a cabo y que no forma parte del monitoreo de operaciones en cuentas PEP, por lo que si uno de estos clientes efectúa operaciones de transferencias de pagos, de préstamos y transferencias ACH, estas transacciones no son monitoreadas como parte de su perfil sino de forma global, de ahí que su análisis posterior al monitoreo queda a criterio y se vuelve subjetivo.

a) Comprobación técnica de la existencia de monitoreo de operaciones de cuentas PEP que tienen como objeto probar de forma veraz y fehaciente los siguientes aspectos:

- Inclusión del factor PEP en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM que impliquen suma de puntaje a dicha clasificación; su fecha de implementación, así como si ha sido dicho parámetro sujeto de modificaciones.
- Inclusión del factor Producto Tarjeta de Crédito en sus diferentes variantes, en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM que impliquen suma de puntaje a dicha clasificación; su fecha de implementación, así como si ha sido sujeto dicho parámetro de modificaciones.

El banco apelante expone que para acreditar y comprobar la existencia de un monitoreo de las operaciones de las cuentas PEP, adjunta recortes de pantalla de una condición exclusiva para los clientes PEP, la que se encuentra parametrizada en cada uno de los factores estáticos realizada como mejora continua el 24 de junio de 2013 y que a junio de 2017 no ha presentado modificaciones.

Manifiesta que si el sistema encuentra que el cliente es un PEP, automáticamente le asignará un puntaje de 500 de 1,000 puntos posibles y genera alerta por factor de riesgo, porque está sobrepasando el umbral de los 450 puntos, este valor se encuentra en el global 503 – ACRM, denominado UMBRAL FACTORES.

Lo anterior se puede verificar en los documentos que conforman el Anexo No. 5, presentado en la etapa probatoria del procedimiento sancionador. Además, esto quedó determinado de forma fehaciente e inequívoca a través del peritaje técnico.

En relación al producto Tarjeta de Crédito, el apelante certifica que al analizar el factor de riesgo para productos, según documento de implementación, se encuentra parametrizado desde el 13 de junio de 2013, el sub-factor se denomina “Naturaleza del Producto”.



Sobre el monitoreo de tarjetas de crédito manifiesta que el elemento de prueba quedó determinado de forma fehaciente e inequívoca en el peritaje técnico generado en el procedimiento sancionador. 8

Respecto al producto de tarjeta de crédito se incorpora dentro de la clasificación de riesgo de los clientes en el factor productos, sumando puntos en el puntaje de riesgos.

b) Prueba documental que se encuentra agregada en el expediente en poder de la Superintendencia

Expone que la prueba de descargo presentada por el Banco la constituye: a) el Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo del Banco Promérica, S.A.; b) la resolución de creación de la política para la supervisión de Personas Expuestas Políticamente o PEP, con esos documentos se pretende demostrar que las personas con tal calidad no quedan librados a subjetividad alguna; y, c) el informe pericial presentado por el banco, el que solicita sea analizado por el Comité, a efecto que los señalamientos sean desvanecidos.

4) Presunto incumplimiento al art. 12 de la NRP-08

Alega que el banco cumple plenamente con el contenido del art. 12 de la NRP-08 porque sí tiene mediciones de su exposición al riesgo de lavado de dinero y de activos. Reafirma que no existen clientes excluidos del monitoreo que realiza el banco de manera seria, eficiente y responsable; agrega que existen alertas específicas y no hay operaciones de clientes de alto riesgo que no sean identificadas y monitoreadas.

a) Comprobación técnica de la existencia de mediciones de exposición al riesgo de lavado de dinero y de activos y mecanismos de control por cliente, que tienen como objeto probar de forma veraz y fehaciente lo siguiente:

Dentro de los parámetros de clasificación de riesgo de los productos en el sistema de monitoreo se incluye el producto "Cuenta Integra" en sus diferentes variantes, en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM lo que implica una suma de puntaje a dicha clasificación.

Que el factor de riesgos para productos se encuentra parametrizado desde el 13 de junio de 2013, el sub factor se denomina "Naturaleza del Producto". La tabla de riesgo para este sub factor lo compone el código 514 denominado Naturaleza del Producto, en dicha tabla se encuentran parametrizados todos los productos de la institución y existen 14 productos de "Cuenta Intgra" que mantienen parametrizados por nivel de riesgos (riesgo bajo, riesgo medio, riesgo alto y total general).

Alega que se efectuó validación de cinco casos de clientes con el objeto de determinar que en estos se generaron las alertas en el evento 590 denominado "Investigaciones". Además, se incorporó como prueba de descargo el Anexo No. 8 "Alertas de "Cuenta Intgra" de 5 clientes, que indican que el sistema generó una consulta de 435 registros generando alertas por el producto de "Cuenta Intgra" de los clientes antes mencionados.

Aduce que con los elementos de prueba consignados en el escrito de apelación, han quedado establecidos a través del peritaje técnico que se encuentra agregado en el proceso sancionatorio.

Respecto a la transaccionalidad mencionada por la Superintendencia en el procedimiento sancionatorio como operaciones que han fluido en la región, agrega un cuadro que detalla las operaciones que efectuaron los clientes en el período de enero a junio de 2016 en la región (desde Guatemala a Panamá incluyendo República Dominicana) y aclara que el producto "Cuenta Intgra" también maneja operaciones locales, las cuales no deben ser consideradas como operaciones hacia o desde la región.

Finalmente, expone que el informe pericial revela lo siguiente: a) en el producto "Cuenta Intgra" se ha medido su exposición al riesgo de lavado de dinero y activos, lo que implica que el banco no ha incurrido en el incumplimiento del art. 12 de la NRP-08; b) que en los parámetros de clasificación por nivel de riesgo en ACRM de los productos en el sistema de monitoreo se incluye el Producto "Cuenta Intgra", lo que implica una suma de puntaje al sistema de monitoreo; c) que se evidencia que se han efectuado alertas generadas para 5 casos de clientes detallados por la Superintendencia originadas por producto "Cuenta



Integra"; y, d) que el número de transacciones que ha determinado la Superintendencia es incorrecto.

5) Presunto incumplimiento al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08

El banco apelante alega que no hay cuentas exentas o excluidas en el sistema monitor, por lo tanto, al no existir dicha exclusión, tampoco se puede incluir dicho hallazgo en una auditoría.

Reitera que la Gerencia de Auditoría Interna ha dado cumplimiento al art. 9 de la NRP-08, en cuanto a que su Plan de Trabajo del período señalado, es decir los años 2014, 2015 y 2016, han incluido auditorías a la Gerencia de Cumplimiento. Dicho plan de trabajo fue enviado en su oportunidad en los meses de diciembre del año inmediato anterior de cada plan, en cumplimiento a la norma NPB2-04 vigente a esas fechas.

Que el art. 5 de la NRP2-04 establece la finalidad de la Unidad de Auditoría Interna, habiendo dado cumplimiento y en estricto apego a las atribuciones propias de la unidad; en consecuencia, el señalamiento del presunto incumplimiento formulado por la Superintendencia resulta ser incorrecto e inexistente ya que obedece a una interpretación intencional de dicho ente regulador, y no a la finalidad derivada de las normas aplicables.

Afirma que la Superintendencia requirió a la Auditoría Interna del banco, por medio de correo electrónico del 27 de julio de 2016, elaborar un informe sobre el impacto de la creación y uso de lista verde, en la que se estableciera, entre otros, el período exacto en que cada cliente estuvo sin monitoreo, la transaccionalidad total por cliente y todos los productos a efecto de determinar el impacto total. El banco advierte que la Superintendencia parte del hecho que existieron clientes sin monitoreo, cuando en el informe presentado por Auditoría Interna ha quedado establecido que los clientes registrados en la lista verde no se excluyeron del monitoreo de las 309 condiciones restantes, por lo tanto, todos los clientes de dicha entidad fueron monitoreados bajo dichas condiciones y se concluyó que la lista verde no tuvo impacto en el proceso de envío de reportes de operaciones en efectivo reguladas por el marco normativo.

Alega que en la resolución impugnada, el Superintendente ha utilizado el documento que consta a folio 28 del expediente PAS en el acápite 2., denominado "Falta de Gestión de Auditoría Interna en la determinación del cumplimiento del marco regulatorio en materia de LA/FT", el cual ha sido sacado de contexto ya que el Superintendente establece que existió una falencia por parte de la Auditoría Interna del Banco en el desarrollo de sus funciones con respecto a la verificación del cumplimiento del marco de prevención de lavado de dinero, pues no fue objeto de comprobación la existencia de la lista de exclusión en el sistema Monitor Plus.

El apelante afirma que ante los señalamientos tendenciosos y sesgados consignados en la resolución, reitera que nunca existieron clientes sin monitorear y en consecuencia, el Ex oficial de Cumplimiento, del Auditor Interno y el banco no actuaron de forma ilícita como tampoco existió una exposición al riesgo en materia de LD/FT.

Argumenta que la valoración de la prueba que el Superintendente ha otorgado, no ha sido apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, los razonamientos que ha hecho han prescindido de racionalidad, lo que ha conducido de forma brusca a la conclusión del cometimiento de una infracción que no existe. A la conclusión que ha llegado el Superintendente se deriva de una apreciación subjetiva y no de un elemento de prueba porque el informe o dictamen pericial de manera inequívoca y contundente ha determinado en la letra j) que no existieron clientes excluidos del Modelo de Monitoreo para la prevención de lavado de dinero y activos del banco. Por lo que las valoraciones de prueba que ha realizado la Superintendencia no han sido efectuadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Respecto a la valoración de la prueba pericial realizada por el Superintendente, manifiesta que quedó demostrado que esta no fue analizada según las reglas de la sana crítica, ya que en dicho informe existen los elementos que desvirtúan las conductas reprochables al banco.

6) Valoración de la prueba

Alega que la prueba pericial, generada en el procedimiento sancionador, solamente fue valorada en apariencia por el Superintendente porque realizó una lectura e



interpretación sesgada de dicho informe pericial, prescindiendo del principio de unidad de la prueba a la que está obligado por mandato legal, tomando únicamente partes del informe que ayudaron a sustentar su actuación, haciendo relación de un conjunto de características, elementos y conclusiones que según él contiene el peritaje, pero en realidad estos elementos no existen, convirtiéndolos en supuestos hallazgos e incumplimientos.

Expone que de acuerdo al derecho de aportar prueba es una manifestación del derecho de defensa con rango constitucional que permite una conclusión sobre la verdad de su conducta.

Por todo lo expuesto, solicita a este Comité que valore todos los argumentos técnicos que constan en el peritaje presentado en el procedimiento sancionador.

III. Mediante auto de las nueve horas cincuenta minutos del veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, el Comité de Apelaciones dio intervención a los abogados Ricardo Alfredo Martínez Rivas, en calidad de apoderado general judicial y administrativo del señor Nelson Humberto López Jiménez; y, a Rodolfo Esteban Ramírez Fuentes y Julio Miguel Soriano Cruz, en calidad de apoderados generales judiciales y extrajudiciales de Banco Promérica, Sociedad Anónima, que se abrevia Banco Promérica, S.A.; se admitieron los recursos de apelación interpuestos, respectivamente; se suspendió provisionalmente los efectos del acto impugnado; se abrió a prueba el presente recurso de apelación; se solicitó información a la Administradora de Fondos de Pensiones Crecer, Sociedad Anónima y al Banco Promérica, S.A.

Los abogados Rodolfo Esteban Ramírez Fuentes y Julio Miguel Soriano Cruz mediante escritos presentados, el primero el día 24 y el segundo el día 28 de mayo de este año, solicitaron, respectivamente, los siguientes documentos: copia certificada del escrito de apelación y documentos adjuntos presentado por el apoderado del señor Nelson Humberto López Jiménez; y, fotocopia certificada del informe pericial de la profesional Ana María de Alba, que consta en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-008/2017.

Con fecha 30 de mayo de 2018 AFP CRECER, S.A. presentó nota en la cual detalla las cotizaciones reportadas a favor del señor Nelson Humberto López Jiménez, en el

período comprendido de enero de 2013 a octubre de 2014 y manifestó que en la planilla de noviembre de 2014 el empleador reportó al afiliado con código de observación 7, que significa afiliado con edad legal para retirarse; además, adjuntó impresión de resolución de beneficios número 121263 del 30 de septiembre de 2016.

IV. En autos de las diez horas once minutos del día veinticinco de mayo y de las once horas treinta minutos del día treinta y uno de mayo del presente año, el Comité de Apelaciones, respectivamente, ordenó se extendiera la certificación del escrito solicitada por los apoderados de Banco Promérica, S.A. y, por las razones expuesta, se extendiera la copia simple del informe pericial de fecha 29 de noviembre de 2017.

El 31 de mayo de 2018 el abogado Ricardo Alfredo Martínez Rivas, apoderado del señor Nelson Humberto López Jiménez presentó escrito en el cual reiteró y amplió los motivos de impugnación expuestos en el escrito de apelación y ofreció como prueba la documentación que corre agregada de folios 17 al 20 del expediente de apelación y documentos que constan en el expediente PAS-008/2017. Asimismo, los abogados Rodolfo Esteban Ramírez Fuentes y Julio Miguel Soriano Cruz, apoderados de Banco Promérica, S.A., presentaron escrito el 1 de junio de este año en el cual remiten nota suscrita por la Analista de Compensación de Banco Promérica, S.A. en la que consta el período que fungió como Gerente de Oficialía de Cumplimiento el señor López Jiménez para dicha institución.

En auto de las diez horas treinta minutos del 29 de junio de 2018 se tuvieron por agregados los escritos de ambos apelantes; por cumplidas las solicitudes realizadas respectivamente a AFP CRECER, S.A. y Banco Promérica, S.A.; se solicitó a la Superintendencia del Sistema Financiero que remitiera, dentro del plazo establecido, fotocopia de la nota SABAO-DR-23091 del 19 de octubre de 2015; y, se previno al señor Nelson Humberto López Jiménez que, en el plazo establecido, presentara prueba en cuanto a su capacidad económica, respecto de los años 2012 y 2015.

Mediante escrito presentado el nueve de julio de este año por el abogado Ricardo Alfredo Martínez Rivas, apoderado del señor Nelson Humberto López Jiménez en el cual anexa la documentación que corre agregada a folios 227 y 228.



Por medio de auto de las once horas cincuenta y cinco minutos del 1 de agosto de 2018 se tuvo por cumplida la prevención efectuada al señor Nelson Humberto López Jiménez y se solicitó a Banco Promérica, por medio de sus apoderados que, dentro del plazo establecido, remitiera fotocopia de la nota No. SABAO-DR-23091 del 19 de octubre de 2015.

El licenciado Luis Edgardo Vides Martínez, Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero, presentó escrito el 2 de agosto de 2018, junto con fotocopia del Memorando DR-RL-025/2018 de fecha 9 de julio de 2018 y la fotocopia de nota No. SABAO-23091 del 19 de octubre de 2015. Asimismo, el abogado Rodolfo Esteban Ramírez Fuentes, apoderado de Banco Promérica, S.A., presentó escrito el 10 de agosto de este año, al cual anexó el documento requerido por este Comité el 1 de agosto de 2018.

V. En auto de las once horas cincuenta y cinco minutos del 14 de agosto de 2018 se tuvo por agregados los escritos presentados respectivamente por el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero y los apoderados de Banco Promérica, S.A. en ese acto, el comité confirmó audiencia al señor Superintendente en los términos señalados en el inciso final del art. 67 LSRSF.

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

A. Argumentos de Apelación de Banco Promérica, S.A.

A.1 Sobre la solicitud de inaplicación del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF

El delegado del Superintendente expone que los argumentos respecto a la inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) no son procedentes porque de acuerdo con el art. 86 inc. 3° de la Cn., el Superintendente somete su actuación a las facultades que expresamente le concede la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, particularmente el art. 19 letra g) señala que le corresponde imponer las sanciones correspondientes de conformidad a las leyes.

Expone que las sentencias a que hace alusión el banco, han sido dictadas en procesos contenciosos administrativos, lo que significa que su vinculación tiene efectos para las partes intervinientes en cada caso específico (art. 77-D de la LPrCn), por tanto, la Superintendencia se encuentra legitimada para aplicar el art. 44 letras a) y b) de la LSRSF por continuar siendo vigente y positiva. Que de acuerdo al procedimiento establecido en la LPrCn si la SCN determina que no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún juez o funcionario podrá negarse a acatarla por tener efecto *erga omnes*.

Asimismo, ratifica lo dicho en la resolución de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-008/2017, en lo relativo a la defensa de la aplicación y constitucionalidad del art. 44 de la LSRSF.

Que con base en el principio de legalidad de los actos de la administración, la Superintendencia tiene por mandato legal el ejercicio de la facultad sancionadora, en tanto que las normas secundarias que establecen tal potestad se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico positivo, pues en caso contrario incurriría en el incumplimiento de sus obligaciones y en responsabilidad para sus funcionarios.

Afirma que la LSRSF pasó por el proceso de formación de ley establecido en la Constitución y el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, lo que robustece la presunción de constitucionalidad de la ley existente y, por lo tanto, los actos administrativos emitidos con base a dicha ley son dictados conforme a derecho.

Expone que la facultad sancionatoria de la Superintendencia se convierte en una herramienta para asegurar la certeza del derecho y que no debe dejar de ejercerse porque la entidad fue creada para darle cumplimiento al art. 101 de la Cn. en cuanto a 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. Para ello, es 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.



Que 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.

Cumplimiento del principio de tipicidad de la fórmula 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

Manifiesta que al momento de emitir la norma jurídica, el legislador no consideró el art. 44 de la LSRSF como un tipo sancionador, en el que pretendiera agotar todos los elementos del mismo, esto se desprende de la simple lectura.

El legislador estableció una fórmula infractora y consagró el referido art. como una disposición de remisión normativa. Dicha técnica de tipificación ha sido aceptada por la SCN 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.

A.2 Incumplimiento al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08

Sobre el contrato que justificaba la relación contractual existente entre Air Pack y Western Union, el equipo técnico de la Superintendencia verificó en el Anexo No. 1 del expediente (prueba presentada por el banco), la copia del contrato de fecha 11 de diciembre de 2008, que es un subcontrato de prestación de servicios entre Air Pack y RAC, pero no demuestra la relación contractual entre Air Pack y Western Union, en razón de lo cual no se desvanecía en su totalidad el incumplimiento, por tanto no se incluyó ningún hecho fáctico distinto ni nuevo respecto del argumento inicial, en consecuencia, no se violentó el principio de congruencia procesal ni el principio de inocencia del banco.

Respecto a la ausencia de tipicidad ratifica lo manifestado en la resolución final referente a que no existe tal error de tipificación, ya que sí existe una conducta esperada por parte del administrado que se reputa incumplida y se encuentra descrita en el literal a) del

art. 10 LCLDA, que es determinante en establecer como obligación de las instituciones identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios. Además, la letra a) del art. 18 NRP-08 particulariza una de las medidas para llevar a cabo los procedimientos de debida diligencia, regulando el deber de identificar al cliente de forma fehaciente mediante sus documentos de identidad. Debiendo además conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran.

Que no es válido ni sostenible sustraerse de la obligación de aplicar la debida diligencia argumentando que la disposición presuntamente incumplida no establece que tenga que guardarse copia de los documentos, ya que no basta manifestar que se realizó la debida diligencia identificando fehacientemente al cliente, sino se demuestra documentalmente que tal verificación se efectuó.

Asimismo las entidades conocen perfectamente las disposiciones en la LCLDA que establece el deber de contar con el respaldo documental necesario como el art. 10 letra b) que regula la obligación de archivar y conservar la documentación de las operaciones por un plazo de 5 años contados a partir de la fecha de la finalización de cada operación. Por igual plazo deberán archivar y conservar datos de identificación, archivos de cuentas y correspondencia comercial de sus clientes, a partir de la terminación de una cuenta o relación comercial. Además, el instructivo de la UIF en el apartado de Normas Particulares, número 5 establece que deberá mantenerse un expediente por cliente.

Concluye que se ha respetado el principio de tipicidad, en razón de la existencia de una disposición legal y otra normativa que establecen un deber consistente en identificar fehacientemente al cliente. Niega que la disposición haya sido construida por vía de la interpretación extensiva o analógica.

A.3 Incumplimiento al romano VIII Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A.

Expone que el equipo técnico determinó inconsistencias entre lo expuesto por los apoderados del Banco y el peritaje incorporado por el banco porque, por un lado



argumentaron que al momento de la auditoría realizada por la Superintendencia tenían un especial monitoreo y verificación de las operaciones relacionadas a los PEP; por otro lado, al revisar lo afirmado por el Banco, se identifica un contraste pues este expresó que los clientes PEP están incluidos en dicho monitoreo de forma general y que el sistema ACRM Monitor Plus sería sujeto al proyecto de reingeniería que incluiría fortalecer las alertas específicas para todas las operaciones de clientes PEP.

Expresa que el Banco no aplicó la debida diligencia ampliada como lo exige tanto la LCLDA y su Manual interno, sino que incluyó de manera general en su monitoreo las transacciones realizadas por los PEP, a sabiendas que estos son clientes de alto riesgo a los que les debe asignar mayor vigilancia o verificación de todos sus movimientos transacciones y generar alertas acorde a su perfil transaccional.

A folios 30 corre agregada la prueba de descargo incorporada por el Banco, en el que se afirma que en el sistema existe el factor producto de tarjeta de crédito en sus diferentes variantes y que en la parrilla de parámetros se encuentra la clasificación de cliente por nivel de riesgo (ACRM) y que la misma fue creada e implementada el 4 de mayo de 2010 y las seis modificaciones que se hicieron para robustecer el control tienen fecha de 2010 y 2011.

No obstante, en el sistema de tarjeta de crédito no especifica si este producto correspondía concretamente al PEP y si además, estaban incluidos los pagos de préstamos entre otros, sino que el sistema no hacía distinción con el cliente normal o estándar, circunstancia que al equipo técnico de supervisión le llevó a evidenciar el hallazgo, puesto que la entidad, no logró desvirtuar el señalamiento imputado, lo que es congruente con la prueba de descargo incorporada al procedimiento sancionador que consta a folios 1, 12 y 83 del expediente.

A.4 Incumplimiento al art. 12 de la NRP-08

El banco afirma que el cumplimiento del art. 12 de la NRP-08 es contrario al informe de auditoría y sus documentos anexos que sustentan el incumplimiento relacionado al periodo de enero a junio de 2016. La operatividad de la “Cuenta Integra” que detalla transferencias y faltas de monitoreo en un periodo determinado evidencian hallazgos

encontrados por los auditores de la Superintendencia lo que motivó que la Junta Directiva del banco presentara un proyecto de reingeniería para efectuar las adecuaciones observadas por la SSF las cuales serían implementadas en el año 2017; en consecuencia, las transacciones realizadas carecieron de un debido control y monitoreo.

Las acciones tomadas por el Banco para clasificar los factores de riesgo y adecuar las alertas específicamente para la “Cuenta Integra” son acciones tomadas por la entidad a raíz de la inspección realizada por este ente contralor. El equipo técnico indicó que al momento de la visita *in situ* no existía el monitoreo apropiado o adecuado para este tipo de cuenta y que el Banco no contaba con alertas basadas en reglas que advirtieran de cambios inusuales en el comportamiento transaccional del cliente, ya que este realizaba operaciones en canales no acordes a su giro o actividad económica, sino que contaba con alertas planas o estándares sin criterio de riesgo, pues no se había tomado en cuenta los canales de distribución, zona geográfica, entre otros, específicamente para las operaciones de “Cuenta Integra”, poniendo en grave fragilidad al supervisado por su incompleto y deficiente sistema de monitoreo interno y falta de reglas de parametrización para la generación de alertas y falta de evaluación de riesgo. Provocando que por medio de esa entidad se pudiera introducir fácilmente al sistema financiero dinero ilícito, producto de actividades delictivas.

Por otra parte, sobre la afirmación del Banco que no existen clientes excluidos del monitoreo, se contrapone con lo manifestado por el apoderado legal del ex oficial de cumplimiento del Banco, quien argumentó que: *“se reafirma que la implementación de la lista verde fue una decisión estrictamente técnica con el único objetivo de hacer más eficiente la atención de las alertas generadas en función del recurso humano disponible para su proceso y gestión, en el sentido de que, dada la cantidad de recurso humano que se disponía en su momento para resolver o atender las alertas que generaba el sistema, dichos recursos se volvían limitados en relación a la cantidad de alertas que se generaban”*. Lo anterior constituye un elemento objetivo de ponderación que conduce a desvirtuar la afirmación realizada por los apoderados legales del Banco.

Del análisis de las valoraciones técnicas efectuadas por la Superintendencia se evidencia que el Banco cometió la infracción por la cual fue sancionado.



A.5 Incumplimiento al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08

En el procedimiento se evidencia la existencia de una lista de exclusión de monitoreo de clientes, por lo que en la resolución final se valoró lo relativo a la Auditoría Interna, en el cumplimiento del marco de lavado de dinero. Consta que el Banco cesó del incumplimiento como reacción a los hallazgos realizados por la SSF en sus labores de supervisión, tal como puede establecerse en la nota y anexos agregados a folios 28 y siguientes del expediente sancionador. Actuación que denota negligencia grave por parte del Banco, pues no se determinó que se llevaran a cabo las actividades de auditoría que advirtieran la existencia de la lista de exclusión en los sistemas de monitoreo del banco; en consecuencia, fue sancionado por la Superintendencia.

B. Sobre los argumentos de descargo del apoderado legal del licenciado Nelson Humberto López Jiménez

B.1 Sujetos

Expresa que el ex oficial de cumplimiento al ser responsable que la lista de exclusión existiera, se ha establecido incumplimiento por el grado de responsabilidad inherente a su cargo en el debido control y monitoreo de las operaciones del banco.

B.2 Acción

Sobre este punto expone que los argumentos vertidos sobre la existencia de listas de exclusión de monitoreo está lejos de ser una conducta apegada a la ley y las normas y dista de hacer más eficiente la atención de las alertas generadas.

Que ninguna decisión técnica puede ni debe estar al margen de las disposiciones legales y normativas, el banco debe estar altamente capacitado a través de su personal, para que su actuar en la implementación de medidas de prevención en materia de lavado de dinero y de activos esté dentro de dicho marco normativo. El art. 3 letra s) de la NRP-08 determina que el oficial de cumplimiento es un funcionario designado por la Junta Directiva y responsable del cumplimiento del marco regulatorio de lavado de dinero. Este debe ocupar como mínimo un cargo gerencial dentro de la organización, contar con

suficiente facultad e independencia, a efecto de gestionar los riesgos de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo.

Por lo tanto, la auditoría de la Superintendencia al determinar la actuación reprochable del oficial de cumplimiento al implementar una lista de exclusión del monitoreo de operaciones en el sistema ACRM que provocó un indebido monitoreo, generó el inicio del procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.

B.3 Tipicidad

Que existe un deber expreso por parte de los empleados y funcionarios, principalmente del oficial de cumplimiento de realizar el monitoreo de operaciones, al que debe ceñirse, y al no hacerlo incumple las disposiciones antes relacionadas; en consecuencia, es susceptible de ser sancionado.

B.4 Culpabilidad

Sobre este punto, el Director de Asuntos Jurídicos de la SSF señala que es importante denotar la acreditación documental que obra en el procedimiento sobre la existencia de una exclusión de ciertas entidades respecto a alertas, por lo que cualquier argumento en el sentido de justificar tal decisión técnica es reprochable, por cuanto no se puede hacer más eficiente el monitoreo eliminando del mismo a ciertos clientes y productos. En el respectivo procedimiento administrativo se evidenció los hallazgos, lo cual denota un actuar no apegado a la ley. Al respecto, la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y el Manual de Cumplimiento del banco no contemplan excepción alguna, por lo que no se puede alegar el desconocimiento de la gravedad del incumplimiento, no solo de tipo administrativo.

El delegado del Superintendente transcribe parte del romano VIII Monitoreo y Verificación del MCCLAFI del banco, para fundamentar que se ha dispuesto la obligación del monitoreo a efectos de llevar a cabo la determinación de umbrales, montos consistentes con el perfil del cliente o la inusual e inconsistencia de la operación. Lo anterior solo es posible si en el sistema se tienen las alertas que adviertan que se han sobrepasado los



umbrales o montos. Evidentemente, esto no es posible si se excluye del monitoreo del sistema a un listado de clientes.

Expresa que en el procedimiento administrativo sancionador se agregó evidencia que se incumplió con la obligación de monitorear las operaciones de los clientes, tomando en cuenta que dicho monitoreo es obligatorio. Se ha infringido lo dispuesto en el art. 10 letra e) romano III de la LCLDA, en relación con el romano VIII. Monitoreo y Verificación numeral 1. Monitoreo del MCCLAFT, considerándose todos los elementos técnicos ponderados para este caso.

Finalmente, para rebatir los argumentos del apelante, basa su opinión en lo dicho por el autor Alejandro Nieto sobre el dolo y la culpa, en la que concluye que el oficial de cumplimiento no puede alegar ignorancia en el desarrollo de sus funciones, impericia o negligencia, debido a que dicho cargo le exige el conocimiento, pericia y cuidado, no siendo admisible una actuación negligente por parte del mismo, por ello la resolución impugnada fundamenta que se considera que el ex oficial de cumplimiento ha cometido la infracción con su consecuente responsabilidad.

B.5 Sobre la violación al principio de proporcionalidad

En este punto, el Director de Asuntos Jurídicos manifiesta que la proporción de la sanción está íntimamente ligada al ingreso y a la gravedad del daño, que en el presente caso tal incumplimiento es grave. El art. 50 de la LSRSF establece que dicha capacidad también puede ser determinada por cualquier medio probatorio, según lo requiera la SSF, en la resolución impugnada se consideró el informe de AFP CRECER, S.A., respecto al ingreso mensual percibido en concepto de pensión por un monto de US\$3,427.59, por consiguiente la sanción de US\$10,645.95, equivalente a 35 salarios mínimos urbanos mensuales del sector comercio por el cometimiento de la infracción. Dicho monto está dentro del rango establecido en el art. 44 de la LSRSF, que en el caso de las personas naturales podrán ser de hasta quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio.

Por lo anterior, solicita se confirme la sanción impuesta al ex oficial de cumplimiento a la fecha de la infracción.

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

En primer lugar se analizarán los argumentos planteados por ambos apelantes relativos a la inaplicabilidad del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF. Posteriormente los motivos de apelación planteados por el señor Nelson Humberto López Jiménez y finalmente los expuestos por Banco Promérica, S.A.

1) SOLICITUD DE INAPLICABILIDAD DEL ART. 44 LETRAS A) Y B) DE LA LEY DE SUPERVISIÓN Y REGULACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO, CON FUNDAMENTO EN EL ART. 77-A DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES

En síntesis el banco apelante solicita que este Comité declare inaplicable el art. 44 letras a) y b) de la LSRSF porque, según él, se cumplen con los requisitos esenciales para tal pronunciamiento; que de acuerdo a la Constitución, la Ley de Procedimientos Constitucionales y Jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Sala de lo Constitucional, la Administración Pública puede declarar inaplicable las normas infra constitucionales. Por su parte, el señor López Jiménez expresa que son válidas para el presente caso las causas invocadas en la sentencia pronunciada en el proceso contencioso administrativo 48-2010 en la cual la SCA inaplicó el art. 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero y que cita la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada a las trece horas cincuenta y tres minutos del 24 de agosto de 2015 en el proceso con referencia 53-2013/54-2013/55-20013/60-2013.

Sobre lo anterior, este Comité acota lo siguiente:

a) Sobre la competencia del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero para declarar inaplicable el art. 44 de la LSRSF

Como es conocido, la inaplicabilidad es una modalidad de control difuso de la Constitución, consagrada para los tribunales, a quienes corresponde declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición infralegal que sea contraria a los preceptos constitucionales (art. 185 de la Constitución). La Ley de Procedimientos Constitucionales



(en adelante, LPrCn) es el cuerpo normativo que la desarrolla, estableciendo reglas sobre sus elementos, efectos y modo de proceder.

Es así que, el art. 77-D inciso 1° de la LPrCn dispone que: *“Todo juez o tribunal, a instancia de parte o de oficio, debe enjuiciar previamente la constitucionalidad de cualquier ley o disposición de cuya validez dependa la tramitación de cualquier proceso o el fundamento de las resoluciones que se pronuncien en el mismo, y si alguno de ellos contradice la Constitución, la declarará inaplicable al dictar sentencia interlocutoria o definitiva”* (resaltado propio).

Al respecto, la Sala de lo Constitucional⁵, determinó que: *“La posibilidad de iniciar un proceso de inconstitucionalidad a partir del ejercicio de la potestad de inaplicación o inaplicabilidad de una norma solo fue prevista por el art. 185 Cn. para funcionarios judiciales y fue incorporada a la Ley de Procedimientos Constitucionales por medio del Decreto Legislativo n° 45, de 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo n° 372, de 7-VIII-2006. Sin embargo, esta reforma no determinó expresamente que los funcionarios distintos a los judiciales puedan ejercer la potestad de inaplicación (...)”* [subrayado agregado].

En ese sentido, aunque el art. 44 de la LSRSF pueda ser objeto de control de constitucionalidad, el Comité de Apelaciones no tiene competencia para realizar tal pronunciamiento por ser un ente carente de función jurisdiccional.

Para robustecer la petición sobre la inaplicabilidad del art. 44 de la LSRSF, el banco hace alusión a jurisprudencia de la SCN⁶ en la cual sostiene que el término “operador jurídico” incluye a cualquier empleado o funcionario responsable de la aplicación de la ley; sin embargo, este término fue dotado de contenido para interpretar el “derecho fundamental de igualdad” y no para determinar la competencia al inaplicar una disposición infra constitucional. Por lo que su aplicación no es procedente para el presente caso.

⁵ Auto de las 14 horas 3 minutos del 19 de diciembre de 2016 en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 8-2016.

⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia pronunciada a las once horas y veintitrés minutos del día cinco de octubre de dos mil doce, en el proceso de amparo con referencia 618-2009.

Asimismo, de acuerdo a jurisprudencia de la SCN, citada por el banco, esa Sala reconoce que los funcionarios públicos pueden ejercer “*un cierto control*” en sede administrativa, pues con ello cumplen con su protesta de atenerse al contenido de la Constitución cualquiera que sea el contenido de las disposiciones generales u órdenes concretas que la contraríen, pero esta no es en razón del art. 185 de la CN sino del art. 235 de la Ley Suprema. Por consiguiente, no es sustento para que este Comité inaplique el art. 44 de la LSRSF.

En cuanto a la derogatoria genérica que consagra el art. 249 de la Constitución, desarrollada por la SCN en la sentencia de las doce horas y cinco minutos del día quince de febrero de dos mil dos en el proceso de inconstitucionalidad 9-97, esta expuso “*(...) Sin embargo, es conveniente señalar que el pronunciamiento que esta Sala realice sobre la compatibilidad con la Constitución de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional es para el solo efecto de producir seguridad jurídica; pues la aplicación de la derogatoria genérica del art. 249 Cn., no es privativa de esta Sala. Cualquier Juez o Magistrado de la República, así como los funcionarios a quienes se refiere el art. 235 Cn. tienen plena potestad para realizar, de oficio o instados, un examen de compatibilidad entre la normativa preconstitucional y la Ley Suprema, y constatar la derogación de tales disposiciones si como resultado de dicho examen encuentran contravención a la Constitución; todo ello, sin necesidad de esperar un pronunciamiento general y obligatorio de esta Sala*”.

El análisis de compatibilidad con la constitución de una disposición jurídica, suscitado en ocasión de la aplicación actual de ésta (derogatoria genérica) es para normas preconstitucionales. En el caso bajo análisis, la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero entró en vigencia en 2011, evidentemente es una ley posterior a la entrada en vigencia de la Constitución (1983) por lo que no es procedente realizar dicho estudio porque no se trata de una ley preconstitucional.



En relación a la responsabilidad patrimonial de los funcionarios regulada en el art. 245 de la Cn, la SCN⁷ ha establecido los siguientes aspectos: *“(i) responden los funcionarios públicos, por lo que se trata de una responsabilidad personal, no institucional; (ii) en cuanto personal, siempre es una responsabilidad subjetiva, nunca objetiva; (iii) se trata de una responsabilidad patrimonial, que abarca todo tipo de daños materiales o morales; y (iv) solo procede cuando se esté ante una vulneración de derechos constitucionales, no de otro tipo de derechos”*. Y la causa de esta es la *“conducta dolosa o culposa de un funcionario público”*. Asimismo ha determinado que *“(...) existe un tipo de obligación a cargo del Estado: la de responder por los daños ocasionados a los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal en el cumplimiento de las funciones estatales y en la gestión de los servicios públicos, a la cual la doctrina denomina “responsabilidad patrimonial de la Administración”*.

Como se ha expuesto en párrafos precedentes, el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero no es competente para inaplicar una norma infra constitucional, por consiguiente no habría ninguna causa dolosa o culposa de parte de los miembros que lo integran al omitir un pronunciamiento de esta índole.

b) Sobre la supuesta violación al principio de tipicidad

Sin perjuicio de las razones relativas a que el Comité no es competente para inaplicar el art. 44 de la LSRSF, se hacen las siguientes consideraciones:

El principio de tipicidad dirige tanto la labor legislativa como la del aplicador de la norma. En el primer plano, la tipificación -tipo normativo- de la infracción consiste en la descripción que hace el legislador de forma genérica sobre la prohibición de determinadas conductas y sobre su sanción como consecuencia. En ese orden de ideas, el mandato de taxatividad, determinación o certeza en el Derecho Administrativo Sancionador exige que la ley describa una conducta (acción u omisión), de sus elementos esenciales o de forma genérica, pero que sea constatable por el aplicador de la ley. Entre estos elementos se

⁷ Sentencia de las diez horas con diez minutos del día quince de febrero de dos mil trece, pronunciada en el proceso de amparo 51-2011.

encuentran la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, el bien jurídico tutelado y la sanción específica merecida⁸.

Desde la perspectiva del aplicador el juicio de tipicidad conlleva un esfuerzo intelectual que implica adecuar la conducta cometida por el supuesto infractor a los elementos previstos en la norma que la describe. Las autoridades administrativas facultadas para imponer sanciones están sujetas a los tipos punitivos, de tal forma que no pueden ejecutar tales potestades respecto a comportamientos que no se encuentren individualizados en las normas respectivas.

Al realizarse un juicio de tipicidad íntegro, se configura la llamada conducta típica, categoría jurídica que se refiere al comportamiento dotado de una identidad entre sus componentes fácticos con los descritos en abstracto por la norma jurídica sancionadora; es decir, la homogeneidad del hecho real con los elementos normativos que fundamentan el contenido material del injusto —en su sentido de prohibición—⁹.

De lo anterior, es posible fijar que Banco Promérica, S.A. controvierte el mandato de tipicidad dirigido al legislador, como el juicio de tipicidad a cargo del Superintendente. En este apartado se analizará si la fórmula tipificadora del art. 44 letras a) y b) de la LSRSF respeta o, por el contrario, vulnera los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica.

Es indiscutible e ineludible que el tipo sancionador deba ser descriptivo, en el sentido que se exprese con suficiencia un supuesto de hecho, aunque sea genérico y abstracto, que sea capaz de identificar o prever cuál es el comportamiento prohibido y que pueda ser verificado mediante la prueba por el órgano aplicador. Lo relevante es que dicha exigencia es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (con los criterios expuestos en la sentencia de Inconstitucionalidad del 8 de julio de 2015 con referencia 105-2012), y también por medio de remisiones normativas. Esto es, precisamente, lo que la Sala de lo Constitucional

⁸Sentencia 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013 de las trece horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de agosto de dos mil quince, en la que se citan las sentencias del 25 de agosto de 20103 y del 13 de julio de 2009, en los procesos contencioso administrativos 47-O-2002 y 174-2005.

⁹Sentencia de las once horas veintisiete minutos del doce de julio de dos mil trece, pronunciada en el proceso contencioso administrativo con referencia 286-2007.



asevera en la sentencia del veinticuatro de agosto de dos mil quince, dictada en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013.

La referida Sala define las remisiones normativas de la siguiente manera: *“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”*. Y a tal técnica le ha denominado *“tipificación indirecta”*.

Adicionalmente, la citada jurisprudencia brinda el siguiente lineamiento: *“(…) 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 postura tiene acogida en la doctrina administrativista. El tratadista Alejandro Nieto califica como absolutamente correcta la modalidad de tipificación remisiva, expresa donde la ley *“prescinde de la reproducción de los mandatos y prohibiciones, remitiéndose de forma expresa a los preceptos en que aparecen”¹⁰*. Asimismo, afirma que, en dichos casos, el tipo *“no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción”¹¹*.

En definitiva, la tipificación indirecta no implica que los destinatarios de la norma estén imposibilitados de predecir o conocer de antemano qué conductas pueden ser consideradas como infracción, como más adelante se evidenciará.

Ahora bien, la Sala de lo Constitucional también es clara en sostener que, a diferencia de la tipificación indirecta, *“son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, que en realidad son fórmulas legales de tipificación simulada y remanente, que*

¹⁰ Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid, 2012. Pg. 277.

¹¹ Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid, 2012. Pg. 277.

establecen infracciones” “por defecto” o “por sobrante” de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador que ya están incorporadas a la ley”.

Es al utilizar este último argumento que la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de los procesos contenciosos administrativos con referencia 251-2015 y 131-2015 (citadas por el banco apelante para sustentar su postura) hace una interpretación que no coincide con los postulados arriba relacionados, concretamente al calificar como cláusula tipificadora general o cláusula sancionadora residual al art. 44 de la LSRSF, cuando ciertamente la técnica utilizada por el legislador en esta última norma es la de la tipificación indirecta, constitucionalmente válida según la citada jurisprudencia.

La Sala de lo Constitucional señala que las fórmulas legales de tipificación aparente y residual constituyen una especie de *“norma de cierre o de clausura”* de lo punible en sede administrativa, dirigidas a evitar la impunidad de conductas *no enumeradas expresamente en los tipos de infracción de la ley*, pero que el órgano aplicador pudiera considerar merecedoras de una sanción administrativa, aunque sea leve. *Se trata de una expresión para incluir todo lo que no había sido comprendido en las categorías de infracción*, sin tener que tipificarlo realmente.

Ejemplo de una cláusula residual es, precisamente, la letra e) del art. 42 de la Ley de Protección al Consumidor declarado inconstitucional en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013; norma que, para efectos ilustrativos y para descartar su equivalencia con la técnica del art. 44 LSRSF, se transcribe: *“Cualquier infracción a la presente ley que no se encuentre tipificada como infracción grave o muy grave”*. Nótese que se trata de una referencia por defecto o por exclusión a los otros tipos de infracciones administrativas graves o muy graves, lo cual consideró la Sala de lo Constitucional que impedía que los destinatarios de la disposición, a partir del texto del tipo sancionador, pudieran predecir o conocer de antemano qué conductas pueden ser consideradas como infracción leve o cuáles serán las consecuencias de su actuación.

El art. 44 LSRSF, específicamente las letras a) y b) es una muestra de la denominada *“tipificación indirecta”* constitucionalmente válida según la Sala de lo



Constitucional. Su redacción es la siguiente: *“Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior que, si se tratare de multas, estas podrán ser de hasta el dos por ciento del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio en caso de personas naturales, cuando incurran en infracciones a lo siguiente: a) Obligaciones contenidas en esta Ley y en las siguientes que les sean aplicables: [...] Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos [...]; b) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas”.*

Como se advierte, lejos de existir un tipo sancionador que comprenda *“lo que sobra”* o *“lo que no ha sido tipificado previamente”*, el art. 44 LSRSF simplemente es la *“disposición remitente”* que dirige, en el caso de la letra a), a otra norma legal [a una obligación contenida en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (*“disposición remitida”*)], en el caso de la letra b), a una normativa infralegal [en este caso, a mandatos de la NRP-08 (*“disposición remitida”*) que desarrolla una obligación establecida en una ley en sentido formal (LCLDA)], *con el objeto de declarar que su incumplimiento será considerado una infracción y señalar cuál es la consecuencia de tal conducta*. Las sanciones han sido determinadas en el art. 43 de la LSRSF que pueden ser: amonestación escrita, multa, inhabilitación, suspensión, cancelación en el registro respectivo o revocatoria de la autorización.

El art. 44 LSRSF no pretende ser un código o cuerpo normativo que reúna y reproduzca el universo de conductas exigibles a los supervisados que ejercen una actividad regulada. No se trata de una fórmula que establezca infracciones *“por defecto”*; tampoco describe ni pretende describir *por sí sola* ningún comportamiento punible en concreto por cuanto requiere para ello ser complementada con otra norma que sí lo detalle; norma última que tampoco tiene autonomía para efectos sancionadores porque sin la indicación del art. 44 LSRSF su inobservancia no podría ser sancionable.

En el caso que se analiza, el mandato de tipicidad y taxatividad se cumple con las siguientes fórmulas: 1- art. 44 letra a) de la LSRSF relacionada con la disposición de la LCLDA y art. 43 de la LSRSF que establece las posibles sanciones; y, 2- art. 44 letra b) de

la LSRSF relacionada con la disposición de la LCLDA y la Normativa Técnica (NRP-08) más el art. 43 de la LSRSF, en la medida que las normas remitidas que describen la conducta punible también son del conocimiento de los destinatarios (en este caso el ex oficial de cumplimiento y Banco Promérica, S.A.).

El contenido *acumulativo* del art. 44 LSRSF (disposición remitente) y de las disposiciones remitidas de la LCLDA y de la NRP-08, satisfacen el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción.

Así las cosas, con la fórmula de tipificación propuesta por el art. 44 LSRSF no hay impedimento alguno para que los destinatarios de la regulación puedan predecir o conocer de antemano qué conductas pueden ser consideradas como infracción o cuáles serán las consecuencias de su inobservancia. Tampoco es una fórmula que permita la interpretación arbitraria de la Administración Pública en la determinación de la conducta típica.

Adicionalmente, sobre la *“previsibilidad de la norma sancionadora”*, vale traer a consideración la jurisprudencia interamericana que cita la Sala de lo Constitucional en la ya mencionada sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013, según la cual: *“La jurisprudencia interamericana exige asimismo que las normas sancionadoras sean: “i) adecuadamente accesible[s], ii) suficientemente precisa[s], y iii) previsible[s]. Respecto a este último aspecto, [se] tiene[n] en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma [...] la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca”. (Sentencia de 1-IX-2011, (Caso López Vs. Venezuela, párrafos 199 y 202)”* (el subrayado agregado).



6

Banco Promérica, S.A. es integrante del sistema financiero, en consecuencia, supervisada por la Superintendencia del Sistema Financiero, por lo que está regida por normativas sectoriales y generales, cuyo conocimiento es esencial para el ejercicio de sus actividades. Por tratarse de un ámbito ampliamente regulado y de alta complejidad técnica, puede afirmarse, sin lugar a dudas, que el apelante está capacitado para identificar las normas que le son aplicables y para conocer y entender, asimismo, su contenido y las consecuencias a las que está sujeta a la luz del marco general de la LSRSF, siendo inexcusable el conocimiento de tales normas (incluso de las infralegales) que sirven de base para sus actividades (art. 35 letra a) de la LSRSF). Lo anterior se trae a consideración porque ha sido definido en la jurisprudencia transcrita como un criterio para afirmar que una norma tipificadora es suficientemente previsible, no para efectos de determinar la culpabilidad o imputabilidad del apelante en el caso concreto, lo cual no es un punto en discusión.

A manera de conclusión sobre este punto, se ha demostrado que la fórmula de tipificación propuesta por el art. 44 LSRSF no es una cláusula residual que entre en pugna con nuestra Constitución, circunstancia que desafortunadamente no fue advertida por la Sala de lo Contencioso Administrativo en las sentencias de los procesos con referencia 131-2015 y 251-2015 (citadas por el apelante) en la que realizó un indiscriminado e irreflexivo traslado de los pasajes de la sentencia de inconstitucionalidad del art. 42 letra e) de la Ley de Protección al Consumidor, sobre las cláusulas residuales, para descartar forzosamente la legítima técnica de tipificación indirecta del art. 44 LSRSF; situación que fue advertida por la magistrada presidente de dicha Sala, según consta en su voto disidente.

Bajo esta misma lógica, en la resolución final, el Superintendente expresó su disenter con el criterio mayoritario de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la ya citada sentencia del proceso 131-2015, acogiendo las razones expuestas por la magistrada presidente de la Sala en su voto disidente. En este punto, el banco apelante expresa su inconformidad de que el Superintendente se aparta de la consideraciones constitucionales consignadas en la sentencias y se adhiere al voto razonado de uno de los integrantes de la SCA que se redujo a una opinión sin fuerza jurisprudencial vinculante.

Y, debido a que una inaplicabilidad de la Sala de lo Contencioso Administrativo no es vinculante sino solo al caso concreto que para su resolución fue declarada, este Comité y el Superintendente están en la posibilidad de analizar el fundamento de tal control difuso de constitucionalidad para retomar los argumentos o para apartarse del resultado de dicha actividad, esto último en caso de existir una falla argumentativa, como en el presente caso.

En definitiva, no se advierte la existencia de una violación a los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica en la configuración del art. 44 LSRSF, en los términos denunciados por los apelantes.

c) Aplicación del principio *stare decesis* por la resolución emitida por el Comité de Apelaciones el 29 de noviembre de 2017 (violación al principio de reserva legal relativa)

Para fundamentar la solicitud de inaplicabilidad del art. 44 de la LSRSF el banco apelante expone que el precedente aludido es idéntico al caso en concreto respecto de los fundamentos constitucionales que el Comité consideró para revocar la resolución pronunciada por el Superintendente (de las once horas treinta minutos del 7 de agosto de 2017).

Respecto a la obligatoriedad del precedente de la Administración Pública, La SCN ha establecido que: *“La igualdad en la aplicación de la ley no implica una igualdad absoluta, que obligue siempre tratar de igual forma todos los supuestos idénticos, lo que si supone es que en aquellos casos en que se traten de forma distinta dos situaciones entre las que exista una identidad sustancial, esta diferencia debe estar suficientemente razonada o motivada. De ahí, el deber de la Administración de motivar todos los actos dictados que se separen del criterio seguido en actuaciones anteriores, lo que en doctrina se ha denominado el precedente administrativo, es decir, aquella actuación de la Administración que, de algún modo, vincula en lo sucesivo sus actuaciones, en cuanto a fundamentar sus resoluciones en contenidos similares para casos semejantes, carácter vinculante que viene dado por la estrecha interrelación en materia tributaria entre el principio de igualdad con los de prohibición de la arbitrariedad y de seguridad jurídica.*



En tal sentido, cuando exista una completa similitud en los sujetos y en las circunstancias objetivas de dos casos concretos, lo más consecuente es que el criterio adoptado en el precedente sea el mismo en ambas situaciones (...)” (Sentencia de las 15 horas 25 minutos del día 30 de noviembre de 2001 en el proceso de amparo con referencia 245-2000).

De la jurisprudencia citada, se concluye que la Administración Pública con base en el principio de igualdad, debe respetar el precedente administrativo y cuando se separe del criterio seguido en actuaciones anteriores debe estar suficientemente razonada.

Al trasladar los anteriores presupuestos al presente caso, resulta que una vez establecida la vinculación con los propios precedentes, la resolución del 29 de noviembre de 2017, pronunciada por la mayoría de los miembros de este Comité, en la que se revocó el acto pronunciado por el Superintendente del Sistema Financiero a las once horas treinta minutos del 7 de agosto de ese año, debido a que consideró que las obligaciones por cuyo incumplimiento se multó a Banco Promérica, S.A. contenidas en la normativa NPB4-40 no tenían cobertura en una ley formal.

Cabe aclarar que el referido antecedente se pronunció de acuerdo a las facultades que el art. 68 inciso 2° de la LRSF confiere a este Comité es decir, revocando el acto impugnado por existir un vicio invalidante y no como resultado de inaplicación de disposición alguna.

Como es sabido, en virtud del principio de legalidad, todo ejercicio del poder público debe estar sometido a la voluntad de la ley y no al de las personas que ejercen funciones públicas (art. 86 Cn), asegurando a los ciudadanos que sus conductas no podrán ser sancionadas sino es en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho considerado como infracción (art. 8 de la Cn).

Por lo anterior, el principio de legalidad es un pilar fundamental para la actividad estatal y en especial para aquellas funciones públicas que impliquen la afectación de derechos y libertades de los administrados, particularmente en materia sancionatoria. A su vez, en este principio concurren dos vertientes, una formal entendida como reserva de ley y una material concretada en la exigencia de tipicidad de las conductas ilícitas. La reserva de

ley puede ser absoluta o relativa, la primera se refiere a una exclusividad de la ley para regular ciertas materias y la segunda a la posibilidad de que normas infralegales colaboren en dicha tarea.

En cuanto a los supuestos de reserva de ley relativa se le reconoce un rol activo a la normativa infralegal, se debe acotar que no puede asumir un papel innovador respecto a los contenidos trazados por ley, es decir, que no deberá constituir una regulación independiente sino que, por el contrario, debe estar subordinada a la ley. Dicho en otros términos, para que una normativa de este tipo surta efectos con fines sancionatorios debe desarrollar una ley secundaria.

De ahí que no se puede dejar de analizar lo dispuesto en el art. 44 letras a), b) y e) de la LSRSF que establece: *“Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior (...) cuando incurran en infracciones a lo siguiente:*

a) Obligaciones contenidas en esta Ley y en las siguientes que les sean aplicables (...)

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

e) (...) normas internas que los supervisados dicten en cumplimiento de la ley (...)”

Como puede observarse, las normas técnicas que se formulen y las normas internas que dicten los supervisados deben ser emitidas en cumplimiento de la ley (de rango formal, es decir, provenientes de la Asamblea Legislativa). En consecuencia, no pueden sancionarse conductas tipificadas exclusivamente en normas de rango inferior a la ley, es decir, comportamientos que no correspondan a obligaciones trazadas, en un primer nivel, por una ley en estricto sentido, en este caso la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

Para tal efecto este Comité debe determinar si los supuestos incumplimientos que se atribuyen al banco desarrollan una obligación establecida en la LCLDA. Este análisis se hará en el apartado número 3 de este considerando respecto de los presuntos



incumplimiento al romano VIII Monitoreo y Verificación, número 1 Monitoreo del MCCLAFT de Banco Promérica, S.A.; y, al art. 12 de la NRP-08. Por otra parte, de los supuestos incumplimientos al art. 10 letra a) de la LCLDA en relación con el 18 letra a) de la NRP-08; y, al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el 9 de la NRP-08 se omitirá tal análisis porque evidentemente, el incumplimiento está anclado a una ley formal.

En caso que del análisis respectivo este Comité concluya que el incumplimiento a una obligación no tiene base en una ley formal, la consecuencia será revocar la sanción impuesta al banco y no la declaratoria de inaplicabilidad de las disposiciones pertinentes del MCCLAFT y de la NRP-08 (como pretende el banco) por las razones expuestas en la letra a) *supra*.

2) ARGUMENTOS PLANTEADOS POR EL SEÑOR NELSON HUMBERTO LÓPEZ JIMÉNEZ, EX OFICIAL DE CUMPLIMIENTO DE BANCO PROMÉRICA, S.A.

A continuación se analizan, en el orden que fueron expuestos, los alegatos de apelación formulados por el ex Oficial de Cumplimiento. En relación a la valoración de la prueba esta se incluirá en el análisis de cada argumento planteado.

A) Sujetos

Sobra la infracción imputada en su contra, alega que los responsables son todos los integrantes del Comité de Cumplimiento.

El delegado del Superintendente manifestó que el ex Oficial de Cumplimiento fue el responsable de que existiera la lista verde, por lo que le imputó el incumplimiento a la disposición infringida. Por tanto, contaba con un grado de responsabilidad en razón del cargo que desempeñaba, en virtud del cual le correspondía realizar el debido control y monitoreo de las operaciones del Banco.

A juicio de este Comité el argumento de apelación tiende a señalar a otros posibles responsables de los hechos sancionados, pero no plantea motivos para desvirtuar la responsabilidad administrativa imputada en su contra. Cabe aclarar, que si bien la estructura institucional del Banco refleja una distribución de roles en la prevención de lavado de

dinero y activos, esto no constituye una eximente o atenuante de la responsabilidad del apelante sobre los hechos atribuidos.

Según se ha constatado, la conducta sancionada ha sido la falta de control y monitoreo de operaciones como consecuencia de la creación e implementación de la lista de exclusión, denominada lista verde. Sobre lo anterior, el ex oficial de cumplimiento ha manifestado que la creación de dicha lista fue instaurada para ser más eficiente la gestión de las condiciones del sistema de monitoreo.

Así las cosas, es preciso señalar que conforme a los arts. 14 de la LCLDA, 3 letra s) y 15 de la NRP-08, el banco como sujeto obligado debe crear una oficialía de cumplimiento a cargo de un Oficial, quien será el principal responsable de acatar el marco regulatorio de LD/FT; también es el responsable de dar un seguimiento sistemático y oportuno a los factores de riesgo de LD/FT, mediante actividades permanentes de monitoreo de las operaciones de los clientes del banco. Dichas actividades estaban asignadas al señor Nelson Humberto López Jiménez, ex oficial de cumplimiento, función que se vio comprometida al excluir a determinados clientes de importantes parámetros de control.

Por lo tanto, es clara la responsabilidad del apelante respecto al comportamiento sancionado, ya que este desempeñaba un rol primordial dentro de la misma estructura organizativa de Banco Promérica, S.A., el cual no fue debidamente cumplido en razón de la lista de exclusión implementada.

B) Acción

Bajo el acápite "*Acción*" el apelante cuestiona el título de imputación doloso que el Superintendente le atribuyó, señalando además que no se individualizó el daño causado o el perjuicio derivado de haberse manejado la lista verde. Agrega que colaboró con todas las tareas de verificación realizadas por la Superintendencia y que la implementación de la lista verde se dio bajo la supervisión de las autoridades del Banco.

Por su parte, el Superintendente manifestó que ninguna decisión técnica puede estar al margen del marco legal y que el equipo de auditoría determinó la actuación reprochable del



apelante al haber implementado una lista de exclusión de operaciones en el sistema ACRM, a raíz de lo cual se estableció un indebido monitoreo de los clientes.

Sobre la supuesta ausencia de daño, este Comité observa que en la resolución apelada se relacionó y cuantificó el impacto de la lista verde tomando como base el informe DR-ROT-229-2016 que consta a folios 175 del expediente PAS-008/2017, en el cual se identificó que fueron 6 las condiciones aplicadas a transferencias internacionales y 7 condiciones a operaciones de depósitos. Asimismo, se generó y se extrajeron las operaciones efectuadas por los clientes que figuraban en dicha lista verde, lo que reflejó una alta transaccionalidad que estuvo excluida de monitoreo del 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016.

Se nota entonces que sí hubo una evaluación de los daños causados por la implementación de la lista verde y la consecuente falta de monitoreo, habiéndose incluso cuantificado los registros de operaciones realizadas por los clientes en la lista de exclusión. Dichas circunstancias ponen de relieve la afectación negativa de la labor preventiva de casos de lavado de dinero que correspondía llevar a cabo el señor López Jiménez como Oficial de Cumplimiento, ya que se excluyeron de ciertos parámetros de monitoreo a esa gran cantidad de transacciones.

En cuanto a la supuesta inexistencia de dolo, este Comité advierte que el apelante, si bien rechaza la calificación como dolosa de la infracción, no ha logrado separar su voluntad de los hechos sancionados, manteniéndose en ese sentido la intencionalidad detectada por el Superintendente. Se afirma lo anterior porque, aunque se ha tratado de justificar la creación de la lista verde desde diferentes perspectivas, no se ha logrado deslindar la voluntad del recurrente respecto de la actuación sancionada, la cual presenta claros signos de intencionalidad, es decir de dolo.

El ex oficial de cumplimiento al usar una lista de exclusión de clientes en el sistema ACRM denominada "lista verde" con el objeto que este no generara alertas por transacciones u operaciones constituye un actuar deliberado, en detrimento de los controles respectivos, conducta que revela la intención y la voluntad en el cometimiento de la infracción. Pues no podemos dejar de mencionar que el ex oficial de cumplimiento sabía

lo ilícito del hecho pero aun así no ejecutó ningún acto para revertir dicha lista de clientes del monitoreo cuando se implementó el sistema ACRM el 1 de julio de 2013. Por lo que su actuar denota un acto voluntario libre y consciente, que tiene un resultado prohibido por la ley, por lo que se advierte la existencia de dolo.

Por lo tanto, se desestiman los argumentos expuestos por el recurrente en el presente apartado, ya que según los informes antes relacionados se estableció el daño causado a la labor preventiva de lavado de dinero y activos, así como el dolo o intencionalidad con la que procedió para limitar los controles respecto a los clientes que formaban parte de la lista de exclusión. Asimismo, el apelante no justifica ni fundamenta las supuestas razones técnicas o de eficiencia atribuidas para la adopción de tal práctica, en adición, el monitoreo no prevé excepciones como las alegadas según la lista verde, las cuales solo refuerzan el grado de intencionalidad con el que se llevó a cabo la infracción.

C) Tipicidad

Como causales de una supuesta atipicidad, el señor López Jiménez expresa que en el Manual de Cumplimiento no existe el romano VIII ni el número 1, por lo que no hay coherencia en la relación normativa que señala la autoridad.

Agrega que la lista verde solo era una opción que el mismo sistema proveía y que en el memorando DR-13/2017 y en el informe DR-RL-012/2017 solamente se solicitó la apertura del proceso administrativo sancionador contra el Banco y no contra el ex Oficial de Cumplimiento.

Por su parte, el Superintendente manifestó que las disposiciones citadas sí tipifican la infracción sancionada en tanto el monitoreo no se limita a detectar operaciones inusuales de los clientes sino que se deben considerar otros aspectos. Considera que existe un deber expreso para el Oficial de Cumplimiento de realizar el monitoreo de operaciones y su incumplimiento es susceptible de sanción.

Sobre las disposiciones del Manual de Cumplimiento mencionadas por el apelante, este Comité aclara que el manual aplicado por el Superintendente ha sido el aprobado en



acta del 23 de septiembre de 2010, sin reformas, el cual sí contiene un romano VIII y un numeral 1).

En cuanto al contenido del memorando DR-13/2017 y del informe DR-RL-012/2017, que destaca el señor López Jiménez, en el que se solicitó la apertura de procedimiento sancionador solamente contra el Banco, es preciso mencionar que ese tipo de documentos no sujetan o limitan los alcances del procedimiento sancionador, siendo el Superintendente o su delegado el competente para su apertura en los términos que estime convenientes (art. 58 LSRSF), de manera que lo anterior no es óbice para determinar la responsabilidad administrativa de aquellos sujetos que resulten infractores.

En cuanto a la conducta objeto de sanción, se advierte que se encuentra identificada en las normas citadas por el Superintendente, las cuales exigen que se establezca que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes guarden relación con su actividad económica, para lo cual el pleno monitoreo de las operaciones es una condición necesaria. Al haberse coartado dicho monitoreo inactivando tres condiciones en el sistema: i) depósitos de efectivo de US\$10,000.00; ii) depósito de efectivo de US\$25,000.00; y, iii) transferencias internacionales de personas naturales mayores a US\$10,000.00 y evitando en el monitoreo la aplicación de las condiciones siguientes: i) transferencias internacionales en Cuenta Intgra, ahorro y corriente acumuladas a US\$57,142.86; ii) transferencias internacionales de Cuenta Intgra, ahorro y corriente de personas jurídicas mayores a US\$50,000.00; iii) transferencias internacionales en "Cuenta Intgra", ahorro y corrientes no declaradas en DJ; iv) transferencias internacionales recibidas de "Cuenta intgra", ahorro y corriente que superan 100 promedio; v) transferencias internacionales enviadas de "Cuenta Intgra", ahorro y corriente que superan 100 promedio; vi) transacciones de depósito de "Cuenta Intgra", ahorro y corriente de personas naturales en cuentas mensuales sobre US\$100,000.00; vii) transacción de depósito en "Cuenta Intgra", ahorro y corriente por montos bajos que sumados son mayores a US\$10,000.00; viii) depósitos en "Cuenta Intgra", ahorro y corriente de personas naturales que sobrepasan US\$10,000.00 sobre actividad; ix) depósitos en "Cuenta Intgra", de ahorro y corriente, varios depósitos menores sobre US\$10,000.00; y, x) transacciones de depósito, pagos de cheques en "Cuenta Intgra", ahorro y corriente de PEP, con lo cual se observa que no se generaron las

alertas que dieran lugar a verificar el perfil y las transacciones de los clientes que figuraban en la lista verde, por lo que no se estableció la coherencia que permitiera establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guardaran relación con la actividad económica de los mismos.

Si bien el apelante aduce que la lista verde era solamente una opción del sistema informático que no eliminaba el monitoreo, las evidencias recabadas por los auditores fueron capaces de demostrar que dicha práctica sí restringió la aplicación de condiciones claves en el monitoreo de operaciones. Las condiciones fueron debidamente identificadas, así como el impacto económico y operativo que causaron. Por lo que, las opciones del sistema informático que estaban previamente establecidas no debieron ser utilizadas con el objeto de reducir controles claves en el monitoreo de operaciones y mucho menos cuando se exceptúe de dichas condiciones a determinados clientes.

En definitiva, existen diversos elementos que indican de manera clara que no existió un monitoreo íntegro de las operaciones de los clientes del Banco debido a la activación de una lista de excluidos, lo cual impidió que se estableciera en debida forma que el volumen, valor y movimiento de fondos de los clientes guardaran relación con su actividad económica, así también se determinó el daño o impacto de dicha práctica en la prevención de lavado, por lo que se está frente a un comportamiento típico, situación que no puede justificarse por las razones que indica el recurrente.

D) Culpabilidad

El apelante señala que con la prueba de descargo y el peritaje demostró que los 228 clientes de la lista verde sí eran monitoreados generándose alertas y cumpliéndose condiciones del sistema, pero que el Superintendente desconoció dichos elementos. Agrega que el informe de Auditoría Interna determinó que no existió impacto de la lista verde en el envío de reportes a la UIF, que el cuestionario que se le realizó sobre dicha lista es inválido por no haber contado con la presencia de un defensor y reitera que tal listado se trató solamente de una decisión estrictamente técnica que buscaba eficiencia, más no incumplir la LCLDA.



Por su parte, el Superintendente expresó que se encuentra debidamente acreditado en el expediente sancionatorio la lista de exclusión de ciertos clientes respecto a determinadas alertas y que el monitoreo no puede ser eficiente si se eliminan tales condiciones. Considera que la infracción quedó evidenciada a través de los hallazgos realizados, los cuales denotan un actuar en desapego a la ley y al manual de cumplimiento del Banco.

En cuanto a la prueba de descargo, este Comité observa que no logra desvirtuar los señalamientos efectuados contra el apelante, ya que los clientes de la lista verde sí fueron excluidos de ciertas condiciones independientemente de que existiera un supuesto monitoreo con otras condiciones que señala el apelante. Así, la generación de alertas distintas a las desactivadas en nada contradicen las irregularidades detectadas, pues los cuestionamientos surgen por los parámetros eliminados en razón de la lista verde, situación que no se ha logrado desvirtuar.

En el mismo peritaje invocado como prueba de descargo se reconoce que algunas condiciones de monitoreo fueron excluidas para los clientes de la lista verde, por lo que el monitoreo realizado no fue completo para dichos usuarios tal y como se ha venido recalcando en el procedimiento sancionador.

Por otra parte, los medios probatorios que indica el apelante se centran, por tanto, en otras alertas o condiciones de monitoreo que se estaban empleando, pero no niegan o contradicen la exclusión de los 228 clientes respecto a las condiciones que se identificaron como excluidas e inactivas del sistema.

Sobre la inexistencia de impacto negativo que destacó la Auditoría Interna, ya se ha mencionado en la presente resolución cómo el actuar antijurídico del apelante sí comprometió la labor preventiva de lavado de dinero y activos, estableciéndose con datos y montos específicos el resultado nocivo que se provocó en los controles antilavado. En ese sentido, el monitoreo no está limitado a las operaciones de ingresos de las cuentas ya que el art. 15 de la NRP-08 establece que la entidad debe realizar actividades de monitoreo; asimismo, el romano VIII del MCCLAFT estipula que el monitoreo de las operaciones se hará a partir de la definición del perfil transaccional del cliente, por lo que ninguna

disposición restringe el monitoreo a las operaciones de ingreso, más bien este debe realizarse a todas las transacciones sin excepción.

En cuanto al cuestionario sobre la creación de la lista verde se observa que se trató de una diligencia de verificación previa, por lo que no le son aplicables los formalismos rigurosos de un interrogatorio en materia penal; no obstante, se observa que la creación de dicha lista se ha tenido por establecida a través de distintos medios y, además, no ha sido un punto controvertido, de manera que no se advierte una vulneración de los derechos del apelante por la inclusión de dicho cuestionario como prueba de cargo.

En consecuencia, este Comité califica como legal la actuación del Superintendente en la valoración de la prueba, ya que estos sustentan la infracción atribuida al señor Nelson Humberto López Jiménez. Por lo tanto, al valorar la prueba ofrecida por el apelante, esta no logra desvirtuar los señalamientos realizados por el Superintendente.

E) Violación al principio de proporcionalidad

Bajo el principio de eventualidad, el recurrente plantea la supuesta vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la multa, aduciendo que el art. 50 LSRSF establece que para determinar la capacidad económica del infractor se utilice su última declaración de la renta, pero que el Superintendente se basó para tales efectos en nota de AFP Crecer en la que reflejó el monto de pensión recibida mensualmente por el señor López Jiménez. Señala que, según su última declaración, la renta gravada es inferior al valor recibido anualmente como pensión, por lo que considera que la fijación de la multa ha sido excesiva sobre todo si se toma en cuenta su condición de jubilado y las condiciones económicas del país.

El Superintendente expresó que el art. 50 LSRSF establece que la capacidad económica se podrá establecer también por cualquier medio probatorio según lo requiera la SSF, por lo que se utilizó el informe de AFP Crecer respecto al ingreso mensual percibido como pensión por el sancionado. Agrega que la multa de US\$10,645.95 está dentro del rango previsto por el art. 44 LSRSF según el cual las multas para personas naturales podrán ser de hasta 500 salarios mínimos urbanos del sector comercio, por lo que el monto establecido debe ser confirmado.



Este Comité advierte que el art. 50 LSRSF contempla la última declaración de la renta como un medio para establecer la capacidad económica del infractor, sin embargo, en la misma norma se establece que no es la única fuente de información a utilizar. Dicha capacidad puede ser determinada también por cualquier otro medio probatorio, entre los cuales se considera comprendido el informe de AFP Crecer para establecer los ingresos del señor López Jiménez.

Sin perjuicio de lo anterior, se observa que la misma declaración de renta presentada como prueba por el recurrente ofrece información adicional sobre sus ingresos, ya que además de los US\$21,802.84 que destaca como rentas gravadas, refleja ingresos por indemnización de US\$16,500.49, por lo que se evidencia que sus ingresos globales son mayores a los reflejados en el informe de la AFP. Asimismo, la declaración de la renta no contiene los ingresos percibidos como pensión y que según AFP Crecer ascienden a US\$41,131.08, renta que aunque no sea gravada, constituye un ingreso adicional para el apelante (art. 4, número 3 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta).

Por lo tanto, la declaración de la renta y el informe previsional no constituyen fuentes excluyentes entre sí para determinar la capacidad económica del infractor, sino más bien se trata de elementos complementarios que permiten establecer con mayor alcance los ingresos del señor López Jiménez. Ante esto, el monto de la multa impuesta no resulta desproporcional ya que se cuantificó tomando en cuenta la capacidad económica en función de los ingresos por pensión solamente, a pesar que el apelante tuvo otras fuentes de ingreso.

Sobre las referencias a la situación económica del país, el incremento en el costo de vida y el estado de salud del apelante, se considera que son argumentos formulados de manera abstracta que no aportan elementos susceptibles de ser analizados por este Comité para el caso concreto. En tal sentido, no es posible analizar la supuesta desproporcionalidad de la multa sino es a partir de evidencias o datos que impactaran en la situación económica del apelante, por lo que se desestiman dichas alegaciones.

En conclusión, se considera que con la imposición de la multa impugnada no se ha violentado el principio de proporcionalidad, ya que ésta ha sido determinada en razón de la

gravedad de la conducta y tomando en cuenta los parámetros del art. 50 LSRSF, en especial la capacidad económica del infractor.

Habiéndose desestimado los puntos planteados por el señor Nelson Humberto López Jiménez, resulta procedente confirmar la sanción impuesta en el número 6) de la parte resolutive de la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho.

3) ARGUMENTOS PLANTEADOS POR BANCO PROMÉRICA, S.A.

A fin de dar respuesta a los planteamientos de Banco Promérica, S.A. se conocerá sus alegatos en el siguiente orden: A) presunto incumplimiento al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08; B) presunto incumplimiento al romano VIII. Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo del Manual de Cumplimiento contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A.; C) presunto incumplimiento al art. 12 de la NRP-08; y, D) presunto incumplimiento al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08. Respecto a la valoración de la prueba esta se incluirá en el análisis de cada incumplimiento atribuido.

A) Presunto incumplimiento al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08

A.1) Sobre la vulneración al principio de tipicidad

En síntesis el banco argumenta que según la conducta imputada de no documentar contractualmente una relación comercial entre terceros contraviene los arts. 10 letra a) de la LCLDA y 18 letra a) de la NRP-08. En su opinión, ninguna de esas disposiciones obliga a tener copia de los contratos que documentan las relaciones comerciales de determinados clientes. Que al no existir coincidencia entre los hechos atribuidos y las disposiciones citadas, la Superintendencia ha realizado una interpretación extensiva o analógica del tipo sancionatorio administrativo no autorizado por el ordenamiento constitucional. En razón de lo anterior, alega violación al principio de legalidad, por cuanto la conducta contenida en el



tipo infractor debe estar descrita en una norma y no ser construida por la vía de la interpretación analógica.

Sobre este punto, el delegado del Superintendente en la audiencia conferida expuso que sí existe una conducta esperada por parte del administrado, la que ha incumplido, y se encuentra descrita en la letra a) del art. 10 de la LCLDA que establece como obligación de las instituciones, identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios; asimismo, el art. 18 letra a) de la NRP-08 particulariza una de las medidas para llevar a cabo los procedimientos de debida diligencia, regulando el deber de identificar al cliente de forma fehaciente mediante sus documentos de identidad. Debiendo además conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran.

Señala además que Banco Promérica, S.A. solamente demostró la relación contractual entre Air Pak, S.A. de C.V. y R.A.C., S.A. de C.V. y no, entre Air Pak, S.A. de C.V. y Western Union, por lo que no desvaneció en su totalidad el incumplimiento.

Sobre este punto alegado, este Comité acota lo siguiente:

Como se ha expresado en apartados anteriores, el mandato de taxatividad, determinación o certeza en el Derecho Administrativo Sancionador exige que la ley describa una conducta (acción u omisión) de sus elementos esenciales o de forma genérica, pero que sea constatable por el aplicador de la ley. Entre los elementos se encuentra la acción u omisión como conducta específicamente regulada, los sujetos activo y pasivo de la infracción, el bien jurídico tutelado y la sanción específica merecida.

En cuanto al juicio de tipicidad, este Comité analizará si el Superintendente hizo una correcta adecuación de la conducta de Banco Promérica, S.A. al tipo infractor determinado en el art. 10 letra a) de la LCLDA y art. 18 letra a) de la NRP-08.

Es importante señalar que sobre este tema, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido¹² que: *“la tipicidad no solo implica el hecho enunciado y regulado por la norma, sino además su adecuación a la situación efectuada por el supuesto infractor, de acuerdo a ello lo procedente es verificar por medio de un análisis de adecuación si la conducta realizada es correlativa respecto al tipo normativo enunciado”*.

A folio 710 vuelto del expediente PAS-008/2017 el Superintendente delimitó la conducta reprochable así: *“El presunto incumplimiento a la disposición legal en referencia, se debe a que no se documentó contractualmente la relación entre AirPak, S.A. de C.V. y Western Union y entre la primera y RAC, S.A. de C.V.; habiéndose verificado que AirPak, S.A. de C.V. remitía dinero en efectivo a través de Sersaprosa de C.V. a las agencias de RAC, en San Miguel, La Unión y Usulután, para supuestamente pagar remesas familiares, remitidas a través de Western Union. El dinero era retirado de la cuenta No. 100000-17000030 a través de notas giradas por AirPak a la tesorería del Banco, autorizando que el dinero fuera transportado a través de los camiones de Sersaprosa.*

La falta de documentación de los contratos, evidencia una debilidad en el control debido a que el Banco no realizó un entendimiento de las operaciones de AirPak, que justificaran la relación comercial entre Western Union y AirPak y entre éste y RAC, así como el traslado de dinero en efectivo al Oriente del país y no por abono en cuenta.”

Ahora bien, el art. 10 letra a) de la LCLDA establece:

“Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes:

a) identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios, así como la identidad de cualquier otra persona natural o jurídica, en cuyo nombre están ellos actuando (...)”

Por su parte, el art. 18 letra a) de la NRP-08 establece:

¹² Sentencia de las ocho horas y quince minutos del 22 de julio de 2013 en el proceso contencioso administrativo 30-T-2000.



“Las entidades deben tomar medidas razonables para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia a sus clientes, sean personas naturales o jurídicas, entre otros:

a) Identificar al cliente de forma fehaciente mediante sus documentos de identidad y otra información básica que las entidades solicitan al momento de la contratación, cerciorándose que el documento sea original. En el caso de las personas jurídicas, aparte de identificarlas, deberán también conocer y documentar su naturaleza jurídica, razón social, actividad económica a la que se dedica, acreditación e identificación del representante legal, accionistas y socios con una participación patrimonial arriba del 10% y miembros de la Junta Directiva, entre otros. Debiendo conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente, establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guarden relación con la actividad económica de los mismos (...)”

Del análisis del art. 10 letra a) de la LCLDA, se logra establecer que la obligación de la primera disposición es: *identificar a todos los usuarios y a las personas naturales o jurídicas en cuyo nombre ellos estén actuando*. Por lo que el alcance de esta disposición la podemos determinar en: i) identificar a todos los usuarios del banco; y, ii) identificar a las personas naturales o jurídicas en cuyo nombre ellos estén actuando. Es decir, que si una persona actúa en nombre de otra, sea natural o jurídica, la obligación de identificar persiste tanto al representante como al representado (independiente de la calidad en que se actúe).

Por otra parte al analizar el art 18 letra a) de la NRP-08 se determina que las obligaciones que contiene dicha disposición son dos: i) *identificar al cliente de forma fehaciente* y ii) *conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que estos se involucran corrientemente con el objetivo de establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos guarden relación con la actividad económica de los mismos*.

Según el diccionario de la Lengua Española el término *identificar* significa, entre otros: i) *reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca*. ii) *dar los datos personales necesarios para ser reconocido*. Mientras que *documentar* significa: i)

probar, justificar la verdad de algo con documentos. ii) instruir o informar a alguien acerca de las noticias y pruebas que atañen a un asunto.

En el presente caso, la conducta reprochada a Banco Promérica, S.A. es “no documentar contractualmente la relación entre Air Pak, S.A. de C.V. y Western Union y entre la primera y RAC, S.A. de C.V”. Evidentemente existe una diferencia entre el hecho atribuido al banco por el Superintendente y el tipo infractor contenido en las disposiciones que tomó como base para sancionarlo, ya que el verbo rector establecido en el art. 10 letra a) de la LCLDA es “identificar” y en el art. 18 letra a) de la NRP-08 es “identificar” y “conocer”.

Cabe aclarar que el incumplimiento a la obligación de documentar atribuida al recurrente está sustentada en el art. 17 de la NRP-08 (Debida Diligencia) que prescribe: “Las entidades deberán aplicar la debida diligencia, lo cual implicará que estas implementen los procedimientos y controles para valorar, identificar y verificar la identidad de sus clientes y beneficiarios finales, monitorear sus operaciones a efecto de gestionar adecuadamente el riesgo de LD/FT. Incluye la documentación que justifique el origen de los fondos, actividad económica, ubicación geográfica y otra información que sea necesaria para conocer a su cliente y establecer su perfil transaccional” (énfasis agregado).

La obligación antes descrita tiene cobertura legal en el art. 10 letra e) romano I de la LCLDA que establece: “Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior tendrán las siguientes (...) e) Adoptar dentro de los términos previstos en el artículo 9-B de la presente ley y de acuerdo al Reglamento de esta ley, políticas, reglas y mecanismos de conducta que observaran sus administradores, funcionarios y empleados consistentes en: 1) Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollen sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucren cotidianamente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a plazos, cuentas de ahorros, entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario, o los que depositan en cajas de seguridad entre otros. Los clientes a requerimiento de los sujetos obligados deberán proporcionar cualquier tipo de documentación financiera, contable, tributaria, representativa de la propiedad, posesión



o tenencia de bienes muebles e inmuebles, constancia de sueldos, o ingresos, que justifiquen la procedencia y propósito de cada operación” (énfasis agregado). Es de destacar, que las citadas disposiciones (que si bien exigen la obligación de documentar) no aparecen relacionadas como fundamento o parte de la motivación en la resolución recurrida, por lo tanto, no fueron controvertidas por el apelante; de lo anterior, este Comité advierte un deficiente juicio de tipicidad en perjuicio del supervisado, que a su vez deriva en la conculcación del derecho de defensa, pues, no se le brindó reales oportunidades de contradicción al haber fundamentado la resolución impugnada en disposiciones ajenas a la conducta sancionada, por lo que resulta procedente su revocación.

Una vez establecida la violación al principio de tipicidad en lo que respecta al incumplimiento de no documentar, resulta inoficioso valorar el resto de argumentos sobre este incumplimiento.

B) Presunto incumplimiento al romano VIII. Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A.

Como se dijo en el número 1) de este considerando, sobre este incumplimiento se realizará el análisis de reserva de ley. Además, de la violación al principio de tipicidad por la incorrecta adecuación de la conducta imputada al banco en relación al tipo infractor establecido en el romano VIII., número 1 del MCCLAFT.

Por otra parte, se analizará la falta de valoración de la prueba documental presentada que cita el apelante, la cual consiste en capturas de pantallas y que a criterio del apelante, se establece técnicamente la existencia de monitoreo de operaciones de cuentas PEP que tienen como objeto probar la inclusión del factor PEP y el factor tarjeta de crédito en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en el sistema ACRM que impliquen suma de puntajes a dicha clasificación. Por lo que pide a este Comité que se examine y valore los recortes de pantalla de una condición exclusiva para clientes PEP y el peritaje técnico realizado por la perito Ana María de Alba.

Al referirse a este punto, el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia expresa que el Banco no aplicó la debida diligencia ampliada como lo exige tanto la

LCLDA y su Manual interno, sino que incluyó de manera general en su monitoreo las transacciones realizadas por los PEP, a sabiendas que estos son clientes de alto riesgo a los que el banco les debe asignar mayor vigilancia o verificación de todos sus movimientos transaccionales que generen alertas acorde a su perfil.

Agrega además al hecho que si estaba parametrizado en el sistema los pagos de las tarjetas de crédito y préstamos que realizaban los PEP, se logró verificar que no existía en el sistema distinción entre el cliente normal y el PEP, situación que evidenció por medio de un hallazgo el equipo técnico de supervisión, puesto que la entidad, no logró desvirtuar el señalamiento imputado.

B.1) Sobre la violación al principio de reserva de ley

De acuerdo a la resolución impugnada, el Superintendente consideró que el banco incumplió el Número 1. Monitoreo del romano VIII Monitoreo y Verificación del MCCLAFT., que establece: *“Uno de los elementos de todo Programa de Cumplimiento lo constituye el Sistema de Monitoreo y Verificación que tiene, entre otros, como principal objetivo el de determinar si los clientes de la institución tienen un comportamiento inusual a partir del perfil establecido; así mismo se tiene el propósito de verificar si efectivamente se está cumpliendo con las políticas y programas para la prevención de la legitimación de capitales y financiamiento del terrorismo.*

Una premisa fundamental para establecer un sistema de monitoreo y verificación es la de contar con el perfil del cliente a partir del cual se realizará el monitoreo de sus operaciones así como respecto a otros clientes de igual naturaleza, por otra parte para desarrollar o ejecutar un sistema de verificación debe contarse previamente con políticas y procedimientos establecidos a partir de los cuales se verificará su cumplimiento; a partir de estas premisas se presentan los elementos básicos que se deben considerar, dentro del Programa de Cumplimiento para el Monitoreo y la Verificación en la prevención de la legitimación de capitales y las operaciones de financiamiento del terrorismo.



I. MONITOREO

A partir de la definición del perfil de los clientes, particularmente el perfil transaccional, se llevara (sic) a cabo el monitoreo de sus operaciones, principalmente con la utilización de herramientas tecnológicas. Para esos propósitos se ha adquirido el sistema de Monitoreo denominado Monitor Plus que, considerando el perfil establecido del cliente, la naturaleza de sus operaciones y las reglas establecidas genera alertas cuando un cliente presenta comportamiento u operaciones inusuales que posteriormente al analizarlas permiten establecer si la operación detectada se deberá considerar como normal o como sospechosa, que a su vez pueda implicar la generación de Reporte de Operación Sospechosa.

El sistema de monitoreo no se limita o no debe limitarse únicamente a detectar la (sic) operaciones o actividades inusuales del cliente, el sistema de monitoreo deberá considerar además otros aspectos a evaluar cuando un cliente realiza una operación o cuando se encuentra en el proceso de aceptación del mismo; en tal sentido el sistema de monitoreo deberá considerar entre otros los siguientes (...)

1. Monitoreo de Operaciones. *En este tipo de monitoreo deberá controlarse, entre otros aspectos lo siguiente:*

- a) Que el monto de las operaciones realizadas son acordes o tienen consistencia con los umbrales que se establecieron en el perfil, es decir que los montos a movilizar por el cliente sean consistentes con su perfil transaccional definido previamente.*
- b) Monitorear que los montos que moviliza el cliente no sobrepasan los umbrales máximos a partir de los cuales el Banco considera que la operación es inusual, independientemente del perfil transaccional o montos máximo establecido por cliente.*
- c) Monitorear cuando un cliente hace pagos de préstamos que superan los pagos pactados de acuerdo al contrato, en el caso de las tarjetas de crédito si se hacen frecuentes pagos sustanciales mayores, que generen saldos a favor o que sus movimientos no son acordes al perfil del cliente.*

d) *Monitorear la realización de operaciones internacionales cuando en el perfil del cliente se ha establecido o se ha declarado que no realizará este tipo de operaciones (...)*

2. **Lista PEP.** *A través del sistema de monitoreo se deberá verificar, si el solicitante de los servicios del banco se encuentra incluido dentro de la lista de Personas Expuestas Políticamente (PEP). De encontrarse incluida la persona en la lista de PEP, se deberá realizar la diligencia adicional que se ha definido en la política de aceptación de clientes PEP. También se dará atención especial a las operaciones que realiza un PEP'S, para determinar si son acordes con su perfil establecido previamente (...)*

Del análisis al romano VIII Monitoreo y Verificación, número 1. del MCCLAFI permite establecer que el banco debe cumplir con tres 3 obligaciones que son: i) *verificar a través del sistema de monitoreo si el solicitante de los servicios se encuentra en la lista de Personas Expuestas Políticamente; ii) si se trata de un cliente PEP, se debe aplicar la diligencia adicional que se ha definido en la política de aceptación de clientes PEP; y, iii) determinar si las operaciones que realiza un PEP son acordes con su perfil establecido previamente.*

De ahí que este Comité debe determinar si la disposición en referencia desarrolla una obligación establecida en la LCLDA. El art. 10 letras a) y e) de dicha ley establece que: *“Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes:*

a) *Identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios, así como la identidad de cualquier otra persona natural o jurídica, en cuyo nombre están ellos actuando; (2)*

e) *Adoptar, bajo los términos previstos en el art. 9-B de la presente ley y de acuerdo al Reglamento de esta ley, políticas, reglas y mecanismos de conducta que observarán sus administradores, funcionarios y empleados, consistentes en: (2) (3) (5)*

I. *Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran cotidianamente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a plazos, cuentas de ahorros, entregan bienes en fiducia o*



encargo fiduciario, o los que depositan en cajas de seguridad, entre otros. Los clientes, a requerimiento de los sujetos obligados, deberán proporcionar cualquier tipo de documentación financiera, contable, tributaria, representativa de la propiedad, posesión o tenencia de bienes muebles e inmuebles, constancia de sueldos, o ingresos que justifiquen la procedencia y el propósito de cada operación;
(2) (3)

- II. *En caso que el cliente no proporcione la información o documentación requerida por los sujetos obligados, estos podrán dar por terminadas las relaciones contractuales con dicho cliente, lo que deberán informar a la UIF; (2) (3)*
- III. *Establecer que el volumen, valor y movimiento de fondos de sus clientes guarden relación con la actividad económica de los mismos; (2) (3)*
- IV. *Reportar a la fiscalía general de la república, a través de la UIF, de conformidad al art. 9-A de la presente ley, cualquier información relevante sobre manejo de fondos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes; o sobre transacciones de sus usuarios que por los montos involucrados, por su número, complejidad, características circunstancias especiales, se alejaren de los patrones habituales convencionales de las transacciones del mismo género; y que por ello pudiere concluirse razonablemente que se podría estar utilizando o pretendiendo utilizar a la entidad financiera para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas. (2) (3)”*

Del análisis efectuado al anterior precepto se advierte que los sujetos obligados deben de aplicar la debida diligencia no solo para identificar al cliente, sino también para conocer el comportamiento de estos con relación a las operaciones que realiza en el sistema financiero. Es decir que la debida diligencia obliga al banco a conocer la actividad económica que estos realizan, la magnitud, frecuencia, características básicas de las transacciones en que se involucran los clientes cotidianamente y además establecer que el volumen, valor y movimientos de fondos guarden relación con la actividad económica que estos realizan.

Por otra parte el art. 9-B de la LCLDA establece que los bancos deben de instituir una política interna fehaciente y con intensificada diligencia para la identificación de las personas expuestas políticamente. La NRP-08 en su art. 3 letra u) las define como aquellas personas naturales nacionales o extranjeras que desempeñan funciones públicas en nuestro país o en su país de origen, así como sus parientes en primer grado y segundo grado de consanguinidad o afinidad, compañeros de vida, sus asociados comerciales y de negocios.

Como consecuencia de lo anterior los bancos están obligados a aplicar una debida diligencia ampliada para los clientes PEP, es decir, que estos no solo deben de cumplir con la identificación de cliente de alto riesgo, sino que además deben de aplicar una serie de políticas, procedimientos y medidas diferenciadas de control interno razonablemente más rigurosas, exigentes y exhaustivas, a partir del análisis de factores de riesgo de LD/FT [art 3 letra f)- NRP-08].

En esa línea, las obligaciones contenidas en el romano VIII, número 1. Monitoreo, del MCCLAFT desarrollan lo estipulado en el art. 10 letras a) y e) romano III de la LCLDA, puesto que el monitoreo de las operaciones de los clientes PEP debe realizarse con una diligencia intensificada que lleve a establecer que el valor, volumen y movimientos de sus fondos guarden relación con la actividad económica que estos realizan. Quedando claro que las obligaciones contenidas en ese manual tienen cobertura legal en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, con lo cual se descarta la aplicación del precedente CA-06-2017 que cita el apelante.

B.2) Violación al principio de tipicidad

Como se ha expuesto en el apartado 1) letra b) de esta resolución, el tipo infractor lo comprende: el art. 44 letra a) de la LSRSF en relación con el art. 10 letras a) y e) de la LCLDA y el Número 1. Monitoreo del romano VIII Monitoreo y Verificación del MCCLAFT más el art. 43 de la LSRSF.

Por otra parte, al hacer el análisis del juicio de tipicidad se debe considerar que la conducta atribuida por el Superintendente al banco se debe a que este no incluyó dentro del sistema de monitoreo *las operaciones de Giros, pagos de préstamos y Tarjeta de Crédito,*



de los clientes PEP. Así como tampoco existe monitoreo de los PEP como parte de su perfil sino en forma global (folio 71 frente del expediente PAS-008/2017).

Al realizar un análisis de tipicidad por parte de este comité es evidente que la conducta descrita se adecua al tipo infractor descrito en el Número 1. Monitoreo del romano VIII Monitoreo y Verificación del MCCLAFT ya que el banco al no incluir en el sistema de monitoreo del banco las operaciones de giros, tarjetas de crédito y pagos de préstamos de clientes PEP, no aplicó la debida diligencia ampliada para establecer que el valor, volumen y movimientos de sus fondos guarden relación con la actividad económica que estos realizan. Por lo que a criterio de este Comité existe coincidencia entre el supuesto descrito en la norma y la conducta atribuida al banco, en consecuencia, no concurre una vulneración al principio de tipicidad, tal como lo alega el recurrente.

B.3) Argumentos técnicos y valoración de la prueba

El recurrente sostiene que los factores PEP y Producto Tarjeta de Crédito en todas sus variantes se encuentran incluidos en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM, que trae consigo la suma de puntajes a dicha clasificación. En consecuencia, estos no fueron excluidos del monitoreo.

Sobre el incumplimiento atribuido, el delegado del Superintendente señaló que con la prueba generada en el expediente sancionador se determinó que el banco no aplicó la debida diligencia ampliada como lo exige tanto la LCLDA y su manual interno, porque incluyó de manera general en su monitoreo las transferencias realizadas por los PEP, a sabiendas que estos no son parte del estándar de clientes sino de alto riesgo, a quienes se les debe asignar mayor vigilancia o verificación de todos sus movimientos transaccionales y generar alertas conforme a su perfil transaccional.

Al respecto, es importante mencionar, que conforme el art. 3 letra f) de la NRP-08, la debida diligencia ampliada o mejorada *es el conjunto de políticas, procedimientos y medidas de control interno razonablemente más rigurosas, profundas, exigentes y exhaustivas que las entidades deben diseñar y aplicar a los clientes clasificados como de alto riesgo, a partir del análisis de factores de riesgos LD/FT y/o de acuerdo con los resultados de la matriz de calificación del nivel de riesgo LD/FT.* En armonía con lo

anterior, el art. 19 de dicha normativa establece que “[d]eberá aplicarse la debida diligencia ampliada en aquellos clientes con actividades económicas de alto riesgo, fuentes de fondeo no específicas, con cambio de transaccionalidad, que utilizan medios de pago no acordes a su giro, de productos y servicios, el uso de instrumentos financieros no acorde a su giro, clientes PEP’s, o aquellos que solicitan productos o servicios no acordes a su actividad económica, entre otras, debiendo requerir información adicional de respaldo”.

Para efectos de dar cumplimiento a la obligación establecida en el art. 10 lera e) de la LCLDA y el romano VIII Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo del MCCLAFT, en el monitoreo de las operaciones de los PEP se debe realizar de manera más rigurosa, por lo que en el sistema informático destinado para tal efecto, debe darse tratamiento diferente y especial a las operaciones que efectúan los PEP, particularmente, cuando se refiera a operaciones de giros, pagos de préstamos y de tarjetas de crédito.

El banco apelante, con el propósito de establecer que los factores PEP y Producto Tarjeta de Crédito en todas sus variantes estaban incluidos en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM, presenta como prueba, lo siguiente:

- 1) Recorte de pantalla correspondiente a “Condiciones de Eventos”, Tipo de Evento: 510 –ACRM– Personas, en el que se aprecia el código 900 que corresponde a “Identificación PEP interna Catalogada CIF de ALTO RIESGO”.
- 2) Recuadro sobre seis factores de riesgo y su respectivo código, expresando que estos son estáticos y contempla la condición No. 900- PEP, estos son: 1) factor personas al cual le asigna 200 puntos y código 551; 2) factor productos al cual le asigna 100 puntos y código 552; 3) factor jurisdicciones al cual le asigna 100 puntos y código 553; y, 4) factor canales de vinculación al cual le asigna 100 puntos y código 554. Respecto a los factores comportamiento y transaccional, según este recuadro estos no identifica la condición PEP.

Explica que si el sistema identifica que el cliente es un PEP, automáticamente le asignará un puntaje de 500 de 1,000 posibles y genera alerta por factor de riesgo, porque está sobrepasando el umbral de 450 puntos. Para comprobar tal circunstancia, ofrece como prueba el Anexo No. 5 presentado en la etapa probatoria del expediente PAS-008/2017 (folios 405 al 410).

- 3) Recuadro en el que se detallan los sub factores del factor productos (código 552), los que son: 1) Combinación de productos que posee, con un puntaje máximo de 10 y un porcentaje de 30; 2) Cantidad de Cuentas que posee, con un puntaje máximo de 10 y un porcentaje de 30; y, 3) Naturaleza del producto, con un puntaje máximo de 10 y un porcentaje del 40. Con esta información, el banco afirma que este factor de riesgo se encuentra parametrizado desde el 13 de junio de 2013.
- 4) Gráfico de Barras denominada “Productos de TC por Nivel de Riesgo”, que clasifica los riesgos en bajo (49 productos), medio (140 productos) y alto (4 productos). El banco apelante afirma que esta tabla la compone el código 514 – Naturaleza del producto en la que se encuentran 193 productos de tarjeta de crédito.
- 5) Tabla Dinámica sobre el sub factor 514- Naturaleza del Producto - NR, en la cual se detallan 20 tipos de tarjetas de crédito con su respectivo nivel de riesgo.

Afirma que todos estos aspectos han quedado determinados de forma fehaciente e inequívoca en el peritaje que consta en el proceso sancionatorio con referencia PAS-008/2017.

Al verificar el anexo 5 presentado como prueba en el expediente PAS (folios 406 al 410), este Comité constata que en cada una de las capturas de pantalla se encuentra un recuadro donde se especifica el Tipo de Score relacionado con los factores de riesgo personas, productos, jurisdicciones y canales de vinculación. Para el caso del factor personas, este desglosa 4 códigos relativos a: 1) conocimiento del cliente; 2) actividad económica; 3) nacionalidad/constitución; y, 4) PEP/Listas Internas/Relación Cliente, al cual, según la captura de pantalla se le puede asignar una escala máxima de 10 puntos.

Como puede observarse, según el detalle antes descrito, no es posible comprobar lo que afirma el banco de que, si el sistema detecta que se trata de un cliente PEP, éste le asigna un puntaje de 500 para establecer que se trata de un cliente de alto riesgo. Por otro lado, este Comité advierte que no existe coincidencia entre las capturas de pantalla que el banco insertó en el escrito de apelación y las del Anexo No. 5 del expediente PAS, ya que en las primeras se asignan 200 o 100 puntos y en el segundo un máximo de 10 puntos. No es posible entonces determinar que el monitoreo a los clientes PEP se realice de forma

exhaustiva debido a que en todas las pantallas presenta el mismo puntaje, inclusive en el factor personas (10 puntos).

En relación a las tarjetas de crédito, el banco alega que se encuentran parametrizadas en el sub factor “Naturaleza del Producto”, con código 514 y acompaña con una captura de pantalla en la que se detalla tipos de tarjeta de crédito. Por lo que se comprueba que en el sistema se parametrizó la tarjetas de crédito de forma general; sin embargo, no se demostró de manera fehaciente que al tratarse de un cliente PEP el monitoreo se realice de forma exhaustiva, máxime cuando se ha establecido, de la mismas capturas de pantalla aportadas por el banco, ya que no existe una diferencia en cuanto a los factores relacionados a clientes PEP genere un mayor puntaje, por tratarse de clientes de alto riesgo. Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que la prueba no ofrece elementos que evidencien la garantía en cuanto a la preservación de la cadena de custodia, de que tales capturas de pantalla provienen del sistema de monitoreo del banco.

El recurrente ofrece como prueba el peritaje que consta de folios 590 al 689 del expediente PAS-008/2017, realizado por la profesional Ana María de Alba, quien fue debidamente juramentada por un delegado del Superintendente por medio de acta, en la que se estableció el alcance de la pericia consistentes en 12 puntos descritos de la letra a) a la l) para evaluar el sistema de monitoreo Monitor Plus con el que cuenta Banco Promérica, S.A. como mecanismo de prevención LD/FT.

En la letra d) del informe pericial, relacionada a la *“Verificación de inclusión o no inclusión del factor PEP en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM que implican suma de puntaje a dicha clasificación; en caso afirmativo, su fecha de implementación, así como si dicho parámetro ha sido sujeto a modificaciones”*, la perito expuso que: *“(…) se puede apreciar que el factor PEP se incluye en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM. Particularmente, a los clientes identificados como PEP, el sistema de ACRM le aplica un puntaje básico, lo cual implica que la suma de puntaje a dicha clasificación interna cataloga al cliente como “alto riesgo” (…)*”.



De las capturas de pantalla incorporadas en el informe pericial, se observa que una de las condiciones de evento es el código 900 “PER- Identificación PEP interna Catalogada CIF de ALTO RIESGO” y que las tarjetas de crédito se encuentran parametrizadas; sin embargo, no existe evidencia suficiente para determinar que los pagos de tarjetas formen parte del monitoreo de operaciones en cuentas PEP.

Es de hacer notar que, en este punto lo que la perito debió corroborar era si en el sistema de monitoreo se había incluido al factor PEP en la parrilla de parámetros de clasificación por nivel de riesgo, siendo irrelevante la incorporación de capturas de pantalla relacionadas con las tarjetas de crédito.

En la letra e) del peritaje, referente a la “[e]xistencia o inexistencia del factor *Producto de Tarjeta de Crédito en sus diferentes variantes, en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM que implican suma de puntaje a dicha clasificación; en caso afirmativo, su fecha de implementación, así como si ha sido sujeto a modificaciones*”.

Sobre lo anteriormente relacionado, la perito expuso que: “(...) *se puede apreciar que existe el factor Producto de Tarjeta de Crédito en sus diferentes variantes, se encuentra en la parrilla de parámetros de clasificación de clientes por nivel de riesgo en ACRM que implica la suma de puntaje a dicha clasificación. El producto fue creado e implementado el 4 de mayo de 2010, y las seis modificaciones que se hicieron para robustecer el control tienen fecha del año 2010 y 2011. Con el fin de establecer si el puntaje a dicha clasificación suma correspondientemente, puse a pruebas el proceso de clasificación de riesgo del ACRM cuando el cliente solamente tiene un producto de tarjeta de crédito y cuando el cliente mantiene varios productos (...) el cliente 42469 clasificado como PEP. En el caso de PEP el puntaje transaccional automáticamente lo alza a “alto riesgo*”.

Al respecto, este Comité observa que en una de las capturas de pantalla incorporadas al informe pericial, el sistema identificó a un cliente con código 42469 como un PEP (folio 636 del expediente PAS-008/2017), al que se le sumó 500 puntos de riesgo inherente, de los cuales 100 corresponden al factor productos; sin embargo, no se puede

establecer que los 500 puntos sean asignados por defecto en el sistema por tratarse de un PEP o por la operación que realizó en ese momento. Además en cuanto al puntaje del factor productos no existe evidencia que permita establecer que se trate de una operación por tarjetas de crédito. En consecuencia, la prueba aportada no brinda certeza sobre la existencia de una diligencia ampliada con relación al tipo de operación realizada, entre ellas, las de tarjetas de crédito, por lo que no se desvirtúa la infracción atribuida.

De lo expuesto en los párrafos precedentes y con fundamento en las reglas de la sana crítica, este Comité concluye que la prueba pericial realizada por la profesional Ana María de Alba, no es suficiente para desvirtuar que el monitoreo realizado a los clientes PEP incluya las operaciones de giros y tarjeta de crédito, como lo afirma el recurrente.

Respecto a la Política para Establecer Relaciones de Negocios con Personas Expuestas Políticamente (folios 443 al 447 del expediente PAS-008/2017) ésta destina un apartado al monitoreo de clientes PEP para determinar la forma en que debe monitorearse y dispone que en el sistema se ingresarán a las personas clasificadas como PEP de modo que puedan monitorear sus operaciones y generar los análisis que correspondan. Circunstancia que se determinó en el peritaje ya que como se ha dicho en párrafos precedentes, existe una condición de evento código 900 “PER- Identificación PEP interna Catalogada CIF de ALTO RIESGO”, pero esto no es prueba suficiente para comprobar que ha habido una diligencia intensificada para un PEP.

Por otra parte, en la nota del 13 de enero de 2017 (erróneamente fecha de 2016), dirigida a la Directora de Riesgos de la Superintendencia del Sistema Financiero, que corre agregada a folios 28 al 31 del expediente PAS, el señor Eduardo Alberto Quevedo, presidente de Banco Promérica, S.A. en el acápite 5 “Falta de Alertas para Personas Políticamente Expuestas PEP”, expuso que: *“Con respecto a las alertas relacionadas a Transferencias, se tiene en el sistema alertas para dicho tipo de operaciones y los clientes “PEP” están incluidos en dicho monitoreo de forma general (...)”*.

Lo expuesto por el presidente de Banco Promérica, S.A. viene a confirmar lo constatado por este Comité, que los clientes PEP están incluidos en el monitoreo de manera general y no con la diligencia intensificada que exige el art. 10 letra e) de la LCLDA en



relación con el romano VIII del MCCLAFI. Por lo que, de los documentos antes relacionados y las capturas de pantalla incorporadas al escrito de apelación, este Comité colige que el banco al no incluir las operaciones de giros, pagos de préstamos y de tarjetas de créditos incumplió con su obligación relativa a un monitoreo con una diligencia intensificada o mejorada a los PEP. Por tanto, se desestiman los argumentos presentados por el apelante, por lo cual procede confirmar la sanción impuesta en su contra.

C) Presunto incumplimiento al art. 12 de la NRP-08

Como se dijo en el número 1) de este considerando, sobre este incumplimiento se realizará el análisis de reserva de ley. Además, de la violación al principio de tipicidad por la incorrecta adecuación de la conducta imputada al banco en relación al tipo infractor establecido en el art. 12 de la NRP-08.

Según expone el banco, se cumple plenamente con lo previsto en el art. 12 de la NRP-08 porque cuenta con mediciones de su exposición al riesgo de lavado de dinero y de activos; que no existen clientes, ni operaciones excluidos del monitoreo que realiza el banco, ya que se encuentran activas alertas específicas, por lo que no figuran operaciones de clientes de alto riesgo que no sean identificadas y monitoreadas.

Respecto a este incumplimiento, el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia, expuso que el equipo técnico de la Superintendencia indicó que al momento de la visita *in situ* no existía el monitoreo apropiado o adecuado para este tipo de cuenta y que el banco no contaba con alertas basadas en reglas que advirtieran de cambios inusuales en el comportamiento transaccional del cliente, ya que este realizaba operaciones en canales no acordes a su giro o actividad económica, sino que contaba con alertas planas o estándares sin criterio de riesgo, pues no se había tomado en cuenta los canales de distribución, zona geográfica, entre otros, específicamente para las operaciones de “Cuenta Integra”, poniendo en grave fragilidad al supervisado por su incompleto y deficiente sistema de monitoreo interno y falta de reglas de parametrización para la generación de alertas y falta de evaluación de riesgo. Provocando que por medio de esa entidad se pudiera introducir fácilmente al sistema financiero dinero ilícito, producto de actividades delictivas.

Manifiesta además que al revisar la operatividad de la “Cuenta Integra” se encontró transferencias y faltas de monitoreo en un período determinado lo que evidenció hallazgos identificados por los auditores de la Superintendencia, situación que motivó a la Junta Directiva del banco a presentar un proyecto de reingeniería para efectuar las adecuaciones observadas por la SSF las cuales serían implementadas en el año 2017; en consecuencia, las transacciones realizadas carecieron de un debido control y monitoreo.

C.1) Sobre la violación al principio de reserva de ley

El incumplimiento que se atribuye al banco es lo dispuesto en el art. 12 de la NRP-08, que establece: *“Las entidades deben aplicar la debida diligencia para identificar los riesgos y eventos que puedan dar origen a hechos de LD/FT. Esta identificación se realiza tomando en cuenta los factores de riesgo inherentes a la actividad que realizan. Para identificar el riesgo de LD/FT que pueden afectarle, con el propósito de prevenirlos, detectarlos y mitigarlos oportunamente.”*

Para el presente análisis es preciso conocer que el *riesgo* es la probabilidad de que un acontecimiento o acción pueda afectar a una entidad en forma adversa. Uno de los riesgos que afronta una entidad es el riesgo de lavado de dinero y de activos y de financiamiento al terrorismo que según el art. 3 letra aa) de la NRP-08 es la probabilidad de pérdida o daño que puede sufrir una entidad como consecuencia de ser utilizada de manera directa o a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de dinero, activos y como canalizadora de recursos para el financiamiento del terrorismo o el encubrimiento de activos provenientes de dichas actividades delictivas.

Bajo esa misma lógica, es importante hacer referencia al art. 16 de la NRP-08 que determina como obligación de los bancos establecer metodologías para segmentar los factores de riesgo e identificar las formas y tipologías a través de las cuales se puede presentar el riesgo de lavado de dinero, siendo los principales agentes generadores del riesgo de LD/FT, entre otros: **clientes, productos, servicios, canales de distribución, y ubicación o localización geográfica.**

La técnica principal para la identificación de eventos de riesgo de LD/FT es la experiencia de la industria y de la entidad (en este caso el sector financiero), la cual se basa



en juicios de expertos, en las tipologías y señales de alerta de LD/FT que han publicado grupos y organismos internacionales especializados en la prevención del LD/FT y en documentos emitidos por la Unidad de Investigación Financiera y la propia experiencia del banco.

Una vez identificados los riesgos y eventos que pueden dar origen a hechos de LD/FT se debe estimar o cuantificar la exposición al riesgo con base en la probabilidad de ocurrencia e impacto y la materialidad del mismo en los diferentes factores de riesgo (art. 13 NRP-08).

En el caso visto en apelación, el Superintendente identifica que el banco no midió su exposición al **riesgo de lavado de dinero** y de activos, específicamente en uno de sus **productos denominado “Cuenta Integra”** en la que se permitió que se realizaran depósitos, pago de cheques y otros servicios en toda la red del banco desde Guatemala a Panamá incluyendo República Dominicana. Así como también **el riesgo por clientes** al verificarse que la “Cuenta Integra” no contaba, con mecanismos de control por cliente, que advirtieran comportamientos inusuales, a tal grado que el cliente con código 1100186878 que más operaciones realizó estuvo en una lista de exclusión de monitoreo (lista verde).

En ese sentido es importante advertir tal y como lo establece el art. 12 de la NRP-08 que el banco está obligado aplicar la debida diligencia para identificar riesgos que puedan dar origen a hechos de LD/FT. Es decir, que la debida diligencia a la que se refiere esta norma no comprende solamente la identificación de riesgos conforme al cliente sino que también incluye la obligación de identificar riesgos con respecto a las transacciones que realizan estos en el sistema financiero.

Como se expuso anteriormente, la finalidad del art. 10 letras a) y e) de la LCLDA no está limitada solo a la identificación del cliente, sino también a conocer su comportamiento con relación a las operaciones que realiza en el sistema financiero. De ahí que esto permite identificar, detectar y controlar riesgos en estas operaciones, con el objeto de prevenir posibles hechos de incumplimientos a la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Por consiguiente, el art. 12 de la NRP-08 encuentra su núcleo en lo estipulado en

el art. 10 letras a) y e) de la LCLDA, con lo cual se desestima la aplicación del precedente CA-06-2017 que cita el apelante.

C.2) Sobre la vulneración al principio de tipicidad.

Según el Superintendente, la conducta atribuida al banco y por la cual fue sancionado se debe a que para el producto “Cuenta Integra” el banco no ha medido su exposición al riesgo de lavado de dinero y de activos, considerando que la naturaleza de la cuenta es eminentemente para uso regional, en la que se aceptan depósitos, pago de cheques y otros servicios en toda la red del banco desde Guatemala a Panamá incluyendo República Dominicana. Esta exposición de riesgo permite que capitales de toda la región fluyan en transacciones financieras, habiéndose movilizado US\$747.6 millones en el periodo de enero a junio de 2016, sin contar con mecanismos de control por cliente, que advierta de comportamientos inusuales, a tal grado que el cliente con código 1100186878 que más operaciones realizó estuvo en una lista de exclusión de monitoreo (lista verde). Las 11,105 operaciones que realizó dicho cliente en el periodo de enero a abril de 2016 fueron por un monto de US\$78,333,090.66.

Adicionalmente, no existen alertas específicas para este producto diseñadas para advertir cambios de parámetros u operaciones no acordes a la actividad económica, no cuentan con un ambiente de control interno para dicho producto que le permita identificar las principales exposiciones de riesgo en evaluaciones periódicas de bases de datos, alertas específicas para clientes de “Cuenta Integra” con alta exposición de riesgo por transacción, jurisdicción, canales, actividad económica y listas de cautela, evaluación del conocimiento del cliente y aplicación de debida diligencia de todos los clientes de medio y alto riesgo (folio 711 vuelto del expediente PAS-008/2017).

Como se dijo en párrafos precedentes, el art. 12 de la NRP-08 obliga a que el banco deba aplicar la debida diligencia para identificar los riesgos y eventos que puedan dar origen a hechos de LD/FT.

En este caso, se evidenció que el banco no cumplió con una debida diligencia ya que no contaba con factores o alertas específicas que le permitieran medir el riesgo del producto “Cuenta Integra” y un ambiente de control adecuado para dicho producto. Así



como tampoco poseía mecanismos de control por cliente, que advirtieran comportamientos inusuales, lo que provocó, a guisa de ejemplo, que el cliente con código 1100186878 (quien fue el que más operaciones realizó) estuvo en una lista de exclusión de monitoreo, conforme lo regulado en los arts. 10 letras a) y e) de la LCLDA y 12 de la NRP-08.

Al no evidenciar la falta de tipicidad alegada por el banco, obliga a este Comité a continuar con la valoración de los argumentos restantes contenidos en el recurso de apelación.

C.3) Argumentos técnicos y valoración de la prueba

Finalmente, se conocerán los argumentos técnicos expuestos por Banco Promérica, S.A. respecto a este incumplimiento.

Para establecer que no existió exposición al riesgo por parte del banco, este presenta en el escrito de apelación:

- 1) Un cuadro denominado “Factor Productos”, en el cual se detallan los sub factores denominados: “Combinación de Productos que Posee”, “Cantidad de Cuentas que Posee” y “Naturaleza del Producto”, que se encuentra parametrizado desde el 13 de junio de 2013.
- 2) Un gráfico de barras denominado “Producto de Cuenta Integra por nivel de Riesgo” donde consta riesgo bajo, medio, alto y total general.
- 3) Presenta un cuadro en el cual detalla como ejemplo 5 registros del cliente 13201233106 en el cual se valida que contiene alertas por factores de riesgos y reglas adaptativas.
- 4) Cuadro donde describe los tipos de tecnología que posee el sistema ACRM y las condiciones asociadas a las tecnologías.

Afirma que todos estos aspectos han quedado determinados de forma fehaciente e inequívoca en el peritaje que consta en el proceso sancionatorio con referencia PAS-008/2017.

En el literal f) del informe, la perito afirma que: *“existe evidencia que se ha medido su exposición al riesgo de lavado de dinero y de activos. Las capturas de pantalla que*

inserta al informe demuestran que la Cuenta Intgra se mide como producto y su nivel de riesgo se acumula al puntaje transaccional del cliente para determinar, conforme la utilización de la cuenta, si el cliente supera su perfil. Es decir, la cuenta como tal no genera alertas, pero como producto conlleva un peso que se suma a la actividad transaccional del cliente, la cual mediante la combinación de actividad y su puntaje correspondiente arroja alertas cuando supera el umbral del perfil establecido para un cliente. Además, en los cuadros a continuación se verifica que dicho criterio de riesgo por producto se implementó el 26 de junio de 2013 y no ha sido modificado.”

En una de las capturas de pantallas incorporadas al informe pericial, existe registro de 14 productos relacionados a la “Cuenta Intgra” (folio 637 del expediente PAS-008/2017), la fecha de la captura corresponde al 16 de noviembre de 2017. Por otra parte, en la captura de pantalla correspondiente al “Histórico de Programas” (folio 640 del expediente PAS-008/2017) se observa que este se refiere a “Condiciones de Eventos” y que la primera acción realizada fue el 26 de junio de 2013. No obstante, no es evidencia suficiente para determinar que existieran factores o metodologías específicas que permitieran la identificación de riesgos para el producto “Cuenta Intgra”. Además, no se constata que para dicho producto se haya implementado controles de acuerdo a la naturaleza de sus clientes y la regionalización de las operaciones.

Así también, en el literal h) del peritaje. La profesional expuso: *“que existe evidencia de alertas generadas por cinco casos de clientes detallados por la Superintendencia del Sistema Financiero, que surgieron por motivo del producto Cuenta Intgra (...) se evidencia que con respecto al producto Cuenta Intgra durante el periodo 01/07/2013 al 16/11/2017 se han producido y existen alertas generadas para las cuentas Intgra de clientes número 13201233106, 12601164821, 13201579257, 1261133646 y 12601107343. Puntualmente, se generaron 4,738 alertas desde el 01/07/2013 hasta el 16/11/2017, se dieron hasta 15 condiciones de alerta por cliente, abarcando las tres tecnologías (factores de riesgo, scoring y adaptivas), y del total de alertas generadas durante este periodo, se investigaron 3,216 (...)”*

En este apartado se incorporan capturas de pantalla respecto a las alertas generadas por cumplimientos de ciertas condiciones que existían en el sistema. Entre las que podemos



mencionar la 0010, 0125, 0301, 0304, 0316, 0330, 0401, 0402 y 0920; condiciones que según información proporcionada por el banco en el escrito de apelación, los códigos de alerta del 0301 al 0402 corresponde a Factores de Riesgo (entre estos el factor producto); sin embargo, al corroborar las condiciones que fueron inactivadas y eliminadas para los clientes incluidos en la lista verde, ninguna de estas corresponde a las condiciones excluidas del monitoreo relacionadas a la “Cuenta Intgra”, por lo que no se ha logrado desvirtuar que se generaron las alertas para este producto. En consecuencia, en el producto “Cuenta Intgra” existió una exposición al riesgo.

Por otra parte en el desarrollo de la letra j) del peritaje que se refiere a *“Determinar si existieron o no clientes excluidos del Modelo de Monitoreo para la prevención de Lavado de Dinero y Activos del Banco”*, la perito concluyó que *“[e]n el caso de los clientes, los cuales se les ha denominado en el PAS como excluidos, confirmo, que si bien algunas de las condiciones de monitoreo se excluyeron, en ninguna de las instancias los clientes se excluyeron del monitoreo”*.

A folio 83 del expediente PAS-008/2017 hay un detalle de las condiciones con las que cuenta el sistema de monitoreo de Banco Promérica, S.A., entre ellas las condiciones que no se aplicaron a los clientes que conformaron la lista verde. Esta lista de exclusión fue elaborada y aplicada desde el momento que se instaló el sistema de monitoreo del banco. Además, la perito confirma que existieron algunas condiciones que se excluyeron en el monitoreo, en su mayoría estaban relacionadas a la “Cuenta Intgra”.

Ante esta circunstancia, es preciso traer a consideración el art. 3 letra h) de la NRP-08 que define a los clientes, usuarios, productos y servicios, canales de distribución, zona geográfica y países considerados como paraísos fiscales como factores de riesgo de lavado de dinero y de activos y financiamiento al terrorismo.

Por su parte, el art. 15 de dicha norma estipula que las entidades deben dar seguimiento sistemático y oportuno a los factores de riesgo de LD/FT, mediante actividades permanentes de monitoreo, hacer un seguimiento que permita la detección de las deficiencias en las etapas de la gestión del riesgo de LD/FT; asimismo deben analizar las

transacciones inusuales o sospechosas detectadas con el objetivo de fortalecer los procedimientos, políticas y controles internos adoptados, desarrollados y ejecutados.

En el presente caso, la “Cuenta Intgra” es uno de los productos del banco que debió ser monitoreada y controlada adecuadamente. De acuerdo a la gestión de riesgos del banco, se establecieron condiciones para el monitoreo. De ahí que todas las condiciones de este deben encontrarse activas o incorporadas al sistema pues han sido creadas en base a los riesgos identificados por el banco. En consecuencia, al ser desactivadas o eliminadas algunas condiciones no hay un adecuado monitoreo de las operaciones en base a los riesgos detectados, provocando así una exposición al riesgo.

Ahora bien, en cuanto a la falta de valoración de la prueba por parte del Superintendente y principalmente del peritaje que no ha sido conforme a las reglas de la sana crítica, este Comité ha constatado que el supervisor al momento de valorar la prueba consideró como prueba de descargo el peritaje, los cuadros y explicaciones que se presentaron en el término de prueba (folios 313 al 314 y 674 del expediente PAS-008/2017).

En relación al peritaje, el Superintendente destinó un apartado de la resolución final para valorar dicha prueba, en la cual desestimó cada una de las conclusiones dadas por la profesional (folios 735 al 740 del expediente PAS-008/2017); por el contrario, a criterio del Superintendente tuvo preponderancia la prueba de cargo para sustentar el presente incumplimiento.

Es así que consideró como mayor carga probatoria la nota del 13 de enero de 2017 suscrita por el señor Eduardo Alberto Quevedo presidente de Banco Promérica, S.A. dirigida a la Directora de Riesgos de la Superintendencia, en la cual consta el acápite 2 denominado “**Sin alertas para clientes y operaciones de Alto Riesgo**”, mediante la cual el representante del banco expuso que *“Adicionalmente de acuerdo al Plan de Trabajo de la Gerencia de Cumplimiento para el año 2017, se verificará dicha metodología para hacer una reingeniería tanto del sistema total ACRM y sus alertas, como de los factores que se incluyen y puntajes correspondientes para clasificar a los clientes”*. Además, en el número 3 de esa nota denominado *“Gestión de Riesgo de LA/FT en cuenta Intgra”*



mencionó que *“En lo que se refiere a los mitigantes de los riesgos del producto Cuenta Intgra se ha implementado cambios desde el año 2016 en las políticas y procedimientos de dicho producto (...)”*

Como puede advertirse, con dicha carta se comprueba que el banco no contaba con un sistema de alerta que incluyera a la “Cuenta Intgra” como factor de riesgo porque inclusive el sistema ACRM sería objeto de reingeniería.

Este Comité concluye que la prueba pericial realizada por la profesional Ana María de Alba no es suficiente para desvirtuar que Banco Promérica, S.A. no contaba con alertas específicas para la “Cuenta Intgra” que fueran diseñadas para advertir de cambios de parámetros y operaciones no acordes a la actividad económica del cliente.

Por otra parte, el banco no presentó argumento alguno respecto a la falta de un ambiente de control interno para la “Cuenta Intgra” que le permita identificar las principales exposiciones de riesgo en evaluaciones periódicas, riesgo por transacción, jurisdicción, canales, actividad económica y lista de cautela, evaluación del conocimiento del cliente y aplicación de debida diligencia para clientes de medio y alto riesgo.

En vista que no existen los vicios ni las ilegalidades señaladas por el apelante, procede confirmar la sanción impuesta a Banco Promérica, S.A.

D) Presunto incumplimiento al art. 10 letra d) de la LCLDA, en relación con el art. 9 de la NRP-08

Al igual que en las otras infracciones, el banco invoca violación al principio de tipicidad. Además, argumenta que la auditoría interna ha cumplido con lo establecido en el art 9 de la NRP-08, respecto a la presentación de los planes de trabajo de auditoría, de los periodos 2014, 2015 y 2016.

Expone, que los planes antes relacionados han incluido auditorías a la Gerencia de Cumplimiento y que estas se han efectuado con la finalidad que establece el art. 5 de la NPB2-04 de “vigilar permanentemente a la entidad, utilizando técnicas de auditoría de aceptación general encaminadas a minimizar riesgos y errores importantes en los estados financieros (1), así como, para verificar que las operaciones, políticas y controles, métodos

de trabajo y procedimientos administrativos y contables, sean aprobados por los niveles de dirección; para el debido cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás disposiciones aplicables a la entidad”. En consecuencia, afirma el apelante, el señalamiento del presunto incumplimiento formulado por la Superintendencia es incorrecto e inexistente.

Al referirse a este incumplimiento, el delegado del Superintendente expuso que en el procedimiento se evidencia la existencia de una lista de exclusión de monitoreo de clientes, por lo que en la resolución final se valoró lo relativo a la deficiente labor de Auditoría Interna, en el cumplimiento de los requerimientos legales establecidos en el marco de la ley de lavado de dinero. Actuación que denota negligencia grave por parte del banco, pues se determinó que no se llevaran a cabo las actividades de auditoría que advirtieran la existencia de la lista de exclusión en los sistemas de monitoreo del banco.

D.1) Sobre la violación al principio de tipicidad

Para hacer el análisis del juicio de tipicidad, es de considerar que la conducta atribuida al banco por el Superintendente se debe a que *“Auditoría Interna del Banco no identificó en sus revisiones de la Gestión de la Oficialía de Cumplimiento, la existencia de cuentas excluidas de monitoreo en el sistema monitor por el periodo comprendido desde el 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016”* (folio 713 vuelto del expediente PAS-008/2017). Además indicó que *“(…) sí existió la lista de exclusión de monitoreo de clientes, que ésta fue creada por el ex Oficial de Cumplimiento y que el 5 de abril de 2016 fue eliminada del sistema, por lo que, al haber emitido la Auditoría Interna un informe negando lo anterior, constituye un agravante en cuanto a que la Auditoría Interna en sus labores de verificación de cumplimiento del marco de prevención de lavado de dinero, no verificó la creación de dicha lista en el sistema de monitoreo (...)”* (folio 733 vuelto del expediente PAS-008/2017).

El incumplimiento que se atribuye al banco es lo dispuesto en los siguientes arts.:

Art. 10 LCLDA: *“Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes:*



d) *Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley;*

Por su parte, el art. 9 de la NRP-08 establece que: *“La Auditoría Interna de la entidad deberá darle cumplimiento a lo estipulado en el art. 10 literal “d” de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y el art. 4 literal “d” de su Reglamento; asimismo, deberá evaluar la gestión de la Oficialía de Cumplimiento e informar a la Junta Directiva tanto de los hallazgos de auditoría en la materia como de los resultados de la evaluación de la gestión de la Oficialía”* (resaltado propio).

En el presente caso, es de suma importancia hacer las siguientes consideraciones respecto a la labor que desempeña la auditoría interna a nivel institucional y las exigencias legales que como parte de una entidad regulada, le obligan al cumplimiento de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

La auditoría interna es definida por las Normas Internacionales para el Ejercicio de la Profesión de la Auditoría Interna (NIEPAI) como una: *“actividad independiente y objetiva de aseguramiento y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una organización. Ayuda a una organización a cumplir sus objetivos aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno”*.

Complementariamente es de referir que la auditoría interna es un proceso sistemático que comprende una serie de pasos o procedimientos lógicos, estructurados y organizados que se realizan para obtener y evaluar riesgos, evidencia y resultados a través de tres fases: planeación, ejecución y, comunicación y seguimiento.

De lo anterior, cabe resaltar el rol del auditor interno dentro de las entidades bancarias, que es una pieza indispensable al **evaluar la aplicación práctica** de las políticas y procedimientos establecidos por la administración superior; es decir, en primera instancia la auditoría interna ejerce la función de verificar el cumplimiento del **control interno de la entidad**, y de manera complementaria, es la unidad encargada **de evaluar** la efectividad y acatamiento de la normativa anti lavado (gestión de riesgos de lavado de activos), con el fin

de determinar las deficiencias y sus posibles soluciones e informar los resultados a la Junta Directiva del banco.

El art. 5 de la NRP-08 establece que “[l]a Junta Directiva (...) es la responsable de velar por una adecuada gestión del riesgo de LD/FT, para lo cual tienen entre otras responsabilidades:

a) Aprobar un manual para la prevención de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (...) en donde se establezcan las políticas, procedimientos, lineamientos, pautas y directrices para la gestión de los riesgos de LD/FT (...)

b) Crear la Oficialía de Cumplimiento, presidida por un Oficial de Cumplimiento que cuente con recursos humanos idóneos, tecnológicos y materiales para una adecuada gestión del riesgo de LD/FT;

c) Nombrar al Oficial de Cumplimiento de la entidad, con cargo gerencial y con suficiente autoridad e independencia para la toma de decisiones;

d) Establecer que las Auditorías Interna y Externa, verifiquen el cumplimiento del marco regulatorio en materia de prevención de LD/FT (...)

A partir de lo anterior se afirma que la Junta Directiva del banco, es la responsable de velar por una adecuada gestión del riesgo de LD/FT. Así como también es la responsable de proporcionar los recursos tecnológicos, programas informáticos especializados, personal idóneo y capacitado para realizar un debido control interno sobre el cumplimiento de la normativa de LD/FT.

En ese orden de ideas es importante señalar que la Auditoría Interna es la encargada de evaluar el cumplimiento del *Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo* y verificar si las políticas, procedimientos y los controles aplicados y aprobados son los adecuados para el cumplimiento de la ley.

La Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos exige que la Auditoría Interna asuma la responsabilidad de identificar oportunamente los riesgos de LD/FT a los que se ve expuesto el banco por las operaciones de intermediación financiera que realiza. Si bien es



cierto, esta ley establece que las instituciones deben de asignar a un Oficial de Cumplimiento para que verifique las operaciones que efectúan los clientes del banco, la Auditoría Interna como ente revisor debe mantener una constante e integral labor de supervisión, en el sentido de evaluar y mitigar los riesgos a los que el banco está expuesto, en estricto cumplimiento a la normativa antilavado de dinero. Por tanto, la unidad de auditoría interna se encuentra obligada a cumplir la ley de lavado de dinero, tal y como lo establecen los arts. 10 letra d) de la LCLDA; 4 letra d) y 7 del Reglamento de la LCLDA; y, 9 de la NRP-08.

Ahora bien, al efectuar un análisis exhaustivo a lo regulado en el art. 10 letra d) de la LCLDA, en el cual se le exige al banco “*Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley*”, se vuelve imperativa la necesidad de establecer el marco de referencia acorde a dicha exigencia, como elemento evaluativo del *deber ser* de la unidad de auditoría interna y las expectativas en cuanto al resultado de su labor institucional; dicho lo anterior, es de suma importancia conceptualizar y definir los elementos que integran un mecanismo de auditoría orientado a la labor definida en el art. 10 letra d) de la LCLDA. En este sentido es oportuno referir que en apego a lo determinado por esta ley, un *mecanismo de auditoría interna* es un proceso debidamente estructurado y desarrollado en etapas en una secuencia lógica, el cual debe estar dotado de objetivos claramente definidos y complementados con estrategias acordes al cumplimiento de los parámetros delimitados por la LCLDA, en cada una de sus partes y sin excepción alguna.

Los elementos antes descritos se integran en los programas de trabajo por áreas determinadas de operación y cuyo resultado será dado a conocer en forma oportuna a la dirección superior del banco y a las unidades involucradas. Podemos decir entonces que los mecanismos de auditoría están compuestos por cuatro elementos que son: objetivos, estrategias, programas de trabajo e informe oportuno de los resultados.

De acuerdo a la obligación estipulada en el art. 10 letra d) de la LCLDA, el alcance de auditoría interna se orienta a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 7 letra d), 25 y 26 de la NRP-08. Es decir, confirmar que la entidad cuenta con programas informáticos especializados u otras herramientas informáticas que permitan realizar un

monitoreo continuo de las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes, que la Oficialía de Cumplimiento realiza el monitoreo permanente de las operaciones y una revisión de las alertas de acuerdo con el nivel de riesgo identificado, con el objeto de identificar las transacciones inusuales o sospechosas a las que debe dar seguimiento.

Por lo tanto, la auditoría interna debe contar con mecanismos de auditoría consistentes en planes, controles, programas, cuestionarios de control interno, matriz de riesgo y muestreo de lo que se va a evaluar en cada procedimiento, que ayuden a determinar el cumplimiento de los arts. art 15, 25 NRP-08 y 10 letras a) y e) de la LCLDA, es decir, el monitoreo que el banco está obligado a realizar de manera continua y completa en todas las operaciones que realizan los clientes, lo cual evidentemente no fue realizado de esta manera.

Como punto de referencia es importante destacar que en el caso que la unidad de auditoría interna hubiera establecido y aplicado los adecuados mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de la obligaciones respecto al monitoreo de las operaciones, y complementariamente, hubiera definido una estrategia integral de revisión al aplicar técnicas de muestreo idóneas sobre el universo de cuentas de depósito existentes a la fecha de su análisis, el resultado lógico sería la identificación de evidencia suficiente sobre la existencia de los clientes excluidos de ciertas condiciones del sistema de monitoreo del banco.

Ahora bien, al realizar un análisis de tipicidad por parte de este Comité es evidente que la conducta descrita se ajusta al tipo infractor descrito en el art. 10 letra d) de la LCLDA en relación con el art. 9 de la NRP-08, ya que el al unidad de Auditoría Interna al no aplicar los mecanismos adecuados para verificar el cumplimiento de la obligación del monitoreo de las operaciones mediante el sistema informático, no le fue posible identificar la existencia de cuentas excluidas de monitoreo en el sistema. Por lo que a criterio de este Comité existe coincidencia entre el supuesto descrito en la norma y la conducta atribuida al banco, en consecuencia, no concurre una vulneración al principio de tipicidad, tal como lo alega el apelante.



D.2) Argumentos técnicos y valoración de la prueba

El banco apelante afirma que la Auditoría Interna ha cumplido con lo establecido en el art 9 de la NRP-08, respecto a la presentación de los planes de trabajo de auditoría, de los períodos 2014, 2015 y 2016.

En el presente caso, el banco presentó como prueba de descargo, en el expediente PAS-008/2017, los planes anuales de auditoría de los años 2014, 2015 y 2016 que corren agregados a folios 520 al 555; y, cuatro informes de auditoría siguientes: 1)- Evaluación de Gestión de la Oficialía de Cumplimiento al 20 de abril de 2016 [folios 574 al 577]; 2) Cumplimiento al marco regulatorio de prevención de lavado de dinero y de activos y contra el financiamiento del terrorismo al 21 de febrero de 2014 [folios 578 al 580]; 3) Cumplimiento al marco regulatorio de prevención de lavado de dinero al 30 de septiembre de 2015 [folio 581 al 583]; y 4) Cumplimiento al marco regulatorio de prevención de lavado de dinero y de activos [folio 584 y 585].

Este Comité advierte que no se han presentado los planes y programas específicos de los informes antes descritos con los cuales se pueda comprobar que se aplicaron procedimientos que advirtieran sobre los incumplimientos por los cuales fue sancionado el banco. En consecuencia, al no existir mecanismos de auditoría, diseño de planes y programas que contengan los procedimientos tendientes a verificar que exista un monitoreo constante, oportuno e integral de las transacciones de los clientes en la totalidad de la cartera de Depósitos, se concluye que el banco, a través de su unidad de Auditoría Interna, no cuenta con los mecanismos necesarios para establecer dicho cumplimiento.

Lo anterior no significa que este comité considere que los planes, programas, procedimientos de auditoría deben de prever todas las situaciones a las que puede exponerse el banco, sino que basta que se incluyan los procedimientos necesarios para la verificación de todas las normas y políticas antilavado de dinero que le son aplicables por ley y de ellas determinar una muestra por cada área u obligación a verificar. En consecuencia, la Auditoría Interna debió planear y ejecutar los mecanismos y procedimientos para verificar que el monitoreo del banco fuere completo.

En cuanto a los informes presentados por el banco relacionados como: a) Auditoría de gestión a la oficialía de cumplimiento con relación a ejecución de su plan anual y b)- Auditoría para verificar el cumplimiento a la normativa de LD/FT. Por medio de estos se constata que se realizaron auditorías en ambas áreas; sin embargo no se incluyó ningún resultado que advierta el incumplimiento de los arts. art. 15, 25 NRP-08 y 10 letras a) y e) de la LCLDA, por lo tanto, no desvanecen la conducta atribuida por el Superintendente.

Se advierte que los informes de auditoría presentados en este recurso no pueden valorarse como un mecanismo de auditoría, sino más bien son el resultado de haber aplicado los procedimientos de auditoría definidos en la planeación, ya que evidentemente pueden existir informes que por su alcance ayuden a establecer el cumplimiento de la normativa antilavado.

Por otra parte, respecto a la afirmación del banco que nunca existieron clientes sin monitorear, este Comité ha examinado el Informe de Auditoría Interna del banco, elaborado a petición de la Superintendencia (folios 246 al 273) del cual se concluye que:

1. 228 clientes fueron excluidos del sistema de monitoreo.
2. El período de la existencia de la lista verde fue del 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016.

Además, sobre la conclusión de Auditoría Interna que la lista verde no tuvo impacto en el proceso de envío de reportes de operaciones en efectivo reguladas por el marco regulatorio (art. 9 de la LCLDA), debe aclararse que el banco no solo está obligado a realizar dichos reportes sino que debe cumplir con todo el marco regulatorio antilavado, en este caso a efectuar y verificar que el monitoreo de las operaciones se realice de forma completa, sin ninguna excepción que la ley no prevea.

A guisa de ejemplo sobre la falencia del banco que no existieron clientes de monitoreo, según el Memorándum DR-13/2017 del 16 de marzo de 2017 (folios 1 al 11 del expediente PAS-008/2017), entre las condiciones que fueron desactivadas en el sistema de monitoreo se menciona: 1) transferencias internacionales en “Cuenta Integra”, ahorro y corriente acumuladas a US\$57,142.86; 2) transferencias internacionales de “Cuenta Integra”, ahorro y corriente de personas jurídicas mayores a US\$50,000; y, 3) transacciones



de depósito de “Cuenta Integra”, ahorro y corriente de personas naturales en cuentas mensuales sobre US\$100,000.00.

Consta a folio 188 del expediente PAS-008/2017, la impresión de un correo electrónico del señor Nelson Humberto López Jiménez dirigido a la Superintendencia, del 1 de abril de 2016, con asunto “RE: Expedientes” y con un dato adjunto denominado “LISTA VERDE CLIENTES 01-04-2016” en el cual le manifiesta que le adjunta lista de clientes que son Alcaldías que por los proyectos que administran tienen varias cuentas, con lo cual se denota que el ex Oficial de Cumplimiento conocía sobre la existencia de la lista de exclusión.

Además, consta a folios 171 al 173 del expediente PAS el impacto económico por la creación de la lista de exclusión, entre los cuales se encuentra el del señor Tereso de Jesús Cruz Álvarez que generó un flujo monetario de entradas y salidas por un monto de US\$1,990,974.52 por un total de 92 transacciones, el cual no fue objeto de monitoreo por formar parte de la lista verde.

Cabe resaltar la carta del 13 de enero de 2017, apartado B denominado “**Nuevos Hallazgos**”, número 2 *“Falta de Gestión de Auditoría Interna en la determinación del cumplimiento del marco regulatorio en materia de LA/FT”*, en la cual el señor Eduardo Alberto Quevedo de Banco Promérica, S.A. expresó que: *“De acuerdo al Plan de Trabajo de la Gerencia de Auditoría para el presente año, se tiene contemplado en su programa la revisión siguiente: “Administración de la herramienta ACRM (Monitor Plus)”, la que incluye la administración y gestión de dicho sistema.*

Adicionalmente como medidas para fortalecer la gestión de Auditoría Interna en la verificación de temas vinculados a la Prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, se ha realizado el proceso de Certificación de FIB de tres miembros de dicha área (Gerente de Auditoría, Subgerente y un Analista).

Para el primer trimestre del presente año se tiene contemplada la certificación de un Auditor de Sistemas en ACRM Monitor Plus, se adjunta como Anexo No. 5 el programa de dicha certificación.

Las actividades anteriores corresponden a seguimiento de medidas a implementar de acuerdo a Informe de Consultora especializada en Prevención de LA/FT, RSM US, LLP (...)” [folio 29 del expediente PAS-008/2018].

De lo transcrito, se comprueba que hasta el año 2017 se incorporó en el plan de auditoría la verificación del sistema ACRM, posterior a los hallazgos de la lista de exclusión. Además que el personal de la Auditoría Interna del banco no contaba con las acreditaciones pertinentes para auditar el sistema Monitor Plus y así comprobar el cumplimiento a la normativa antilavado, particularmente la obligación de monitoreo.

Como ya se dijo en la letra C *supra*, la perito expuso en la letra j) de su informe que “[e]n el caso de los clientes, los cuales se les ha denominado en el PAS como excluidos, confirmo, que si bien algunas de las condiciones de monitoreo se excluyeron, en ninguna de las instancias los clientes se excluyeron del monitoreo”, con lo que se confirma, incluso con la prueba aportada por el banco, que el monitoreo no se realizó de manera íntegra aun y cuando existiera un supuesto monitoreo con otras condiciones.

Todo lo anterior denota que el banco no efectuó un monitoreo de acuerdo a la estipulado en la normativa antilavado, es decir respecto de todos los clientes y las operaciones de la cartera de Depósitos, circunstancia que debió ser advertida por la Auditoría Interna del banco, si se hubieran establecido y aplicado los mecanismos de auditoría adecuados, en apego a las exigencias del art. 10 letra d) de la LCLDA.

Por todo lo anteriormente expuesto, este Comité concluye que no existen las ilegalidades señaladas por el apelante, por lo que se confirmará la sanción impuesta a Banco Promérica, S.A.

Recapitulando: al desestimarse los puntos alegados por el ex Oficial de Cumplimiento de los hechos atribuidos, es procedente confirmar la sanción impuesta en su contra. En cuanto a las infracciones atribuidas al banco, se ha admitido en el desarrollo de esta resolución los argumentos expuestos respecto a la infracción al art. 10 letra a) de la LCLDA, en relación con el art. 18 letra a) de la NRP-08, por lo cual procede su revocación; no así en el resto de las demás infracciones, los cuales han sido rechazados por lo que procede la confirmación de las mismas.



POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los artículos 43, 44 letras a), b) y e), 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; 9-B, 10 letras a), d) y e) y 14 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos; 3 letras f), h), u), s) y aa), 7, 9, 12, 13, 15, 16, 17, 18 letra a), 19, 25 y 26 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo; romano VIII. Monitoreo y Verificación número 1. Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A.; y, 8, 14 y 86 inciso final de la Constitución, este Comité **RESUELVE:**

I. MODIFÍQUESE la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho, mediante la cual estableció infracciones e impuso sanciones contra el señor Nelson Humberto López Jiménez, ex Oficial de Cumplimiento de Banco Promérica, S.A. y a Banco Promérica, S.A. en el siguiente sentido:

A) CONFÍRMASE la multa contra el señor Nelson Humberto López Jiménez por la cantidad de diez mil seiscientos cuarenta y cinco dólares con noventa y cinco centavos (US\$10,645.95), equivalentes a 35 salarios mínimos urbanos mensuales del sector comercio, por infracción al art. 10 letra e) romano III de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en relación con el romano VIII. Monitoreo y Verificación número 1. Monitoreo del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A.;

B) REVÓCASE la multa impuesta a Banco Promérica, S.A. que asciende a un monto de once mil veintiocho dólares con noventa centavos (US\$11,028.90), equivalentes al 0.01% de su patrimonio, por infracción al art. 10 letra a) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en relación con el art. 18 letra a) de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo.

C) CONFÍRMANSE las multas impuestas a Banco Promérica, S.A.: i) por la cantidad de cinco mil quinientos catorce dólares con cuarenta y cinco centavos

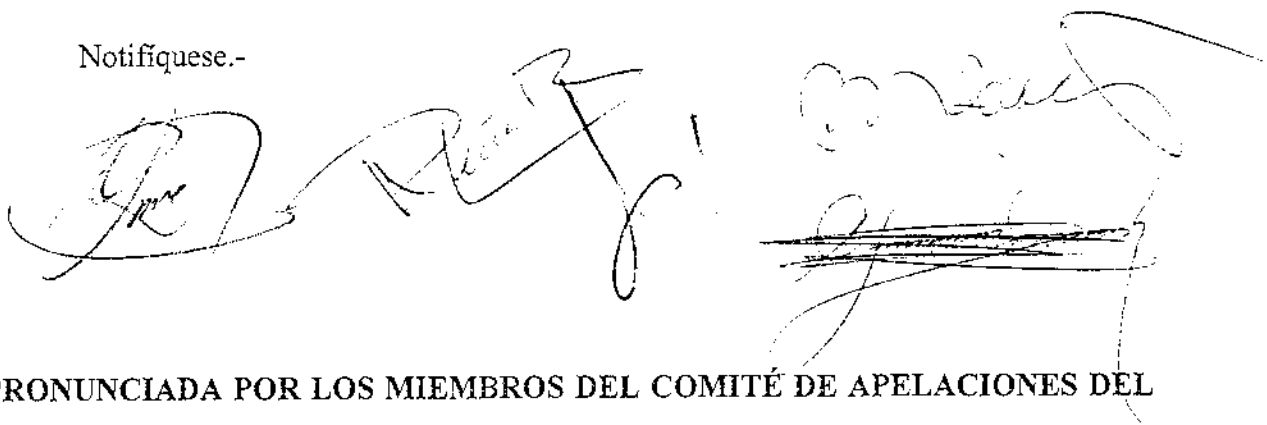
(US\$5,514.45), equivalentes al 0.005% de su patrimonio, por infracción al romano VIII. Monitoreo y Verificación, número 1. Monitoreo, del Manual de Cumplimiento Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo de Banco Promérica, S.A; ii) el monto de cuarenta y cuatro mil ciento quince dólares con cincuenta y nueve centavos (US\$44,115.59), equivalentes al 0.04% de su patrimonio, por infracción al art. 12 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo; y, iii) la cantidad de ochenta y ocho mil doscientos treinta y un dólares con dieciocho centavos (US\$88,231.18), equivalentes al 0.08% de su patrimonio, por infracción al art. 10 letra d) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en relación con el art. 9 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo

II. Devuélvase oportunamente el expediente con referencia PAS-008/2017 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

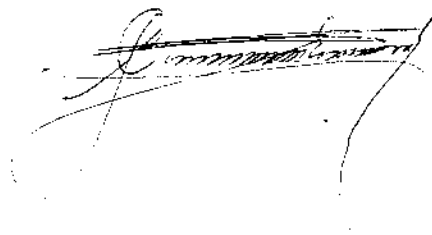
III. Archívese el presente expediente de apelación.

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

Notifíquese.-



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



VO-



TO DISIDENTE DEL LICENCIADO RAFAEL ARTURO MARIONA HERNÁNDEZ.

Disiento únicamente de la decisión tomada por la mayoría de los miembros del Comité de Apelaciones de confirmar la sanción por incumplimiento al artículo 10 letra d) de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (en adelante, LCLDA), en relación al artículo 9 de las NRP-08, Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos, por las razones que a continuación se exponen:

I. Consideraciones previas: sobre el “ocultamiento técnico interno” en el sistema de monitoreo realizado por el Oficial de Cumplimiento.

La Superintendencia sancionó a BANCO PROMÉRICA (en adelante, el Banco) porque la Auditoría Interna *no identificó en sus revisiones de la Gestión de la Oficialía de Cumplimiento, la existencia de cuentas excluidas de monitoreo en el sistema monitor por el periodo comprendido desde el 1 de julio de 2013 al 5 de abril de 2016.* En su análisis no consideró la viabilidad técnica y práctica de detectar tal situación en razón de los objetivos y naturaleza del trabajo de la auditoría interna, su plan de trabajo avalado por el supervisor y las características particulares del hallazgo.

Es importante destacar que, según el art. 14 de la LCLDA, el Oficial de Cumplimiento del Banco, denominado Gerente de Cumplimiento, goza de independencia para la toma de decisiones en lo que compete a su función y se ubica en el alto nivel ejecutivo y de control de la organización (como se constata con el organigrama incluido en el Manual de Cumplimiento del Banco, a folio 10).

En esta sintonía, según el Manual de Cumplimiento contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo del Banco (en adelante, el Manual), el Oficial de Cumplimiento (llamado, en este caso, Gerente de Cumplimiento) es el funcionario *responsable de implementar el Programa de Cumplimiento* para la prevención de lavado de activos y operaciones para el financiamiento del terrorismo, y tiene *bajo su responsabilidad la Oficialía de Cumplimiento* y la coordinación del Comité de Cumplimiento. Además, *es el responsable de formular, ejecutar y dar seguimiento al plan de trabajo* de la Oficialía de Cumplimiento.

Uno de los elementos del *Programa de Cumplimiento* es el Sistema de Monitoreo y Verificación cuyo objetivo principal es determinar si los clientes de la institución tienen un comportamiento inusual a partir del perfil establecido, y verificar si efectivamente se está cumpliendo con las políticas y programas para la prevención de la legitimación de capitales y

financiamiento del terrorismo (apartado V. del Manual). Este mecanismo de control se concreta, entre otros, con el Software denominado ACRM de Monitor Plus, a cargo del Oficial de Cumplimiento del Banco apelante.

Ahora bien, ese sistema de monitoreo y verificación (mecanismo de control) fue *manipulado* y finalmente *vulnerado* por el mismo Gerente de la Oficialía de Cumplimiento del Banco, mediante dos acciones: a) la creación y construcción de una lista de exclusión de clientes –denominada “Lista verde”–; y, b) la desactivación de alertas o parámetros de alarma del sistema monitor, detalladas a folios 15 vuelto y 16 del expediente PAS. En la práctica tales alteraciones se tradujeron en que una serie de transacciones realizadas por los clientes excluidos no generaron las alertas reguladas por la ley, de acuerdo a un número de posibilidades de monitoreo que contenía el sistema.

Dichas acciones solo pueden calificarse como “*un ocultamiento técnico interno al más alto nivel*”, al ser elaboradas y ejecutadas por el máximo responsable del cumplimiento de la LCLDA, cuya perpetración, identificación o investigación requiere de un especial conocimiento de la información involucrada y de la aplicación de una metodología de investigación que muchas veces excede el campo y competencias de la auditoría interna.

Los fraudes internos en cualquier organización comprenden desde los supuestos más burdos o evidentes hasta los más complejos. En esta segunda categoría se incluyen las manipulaciones diseñadas y/o ejecutadas por las personas que tienen, en razón de su cargo o conocimiento técnico, el control y/o manejo de “información sensible” de la entidad; por tanto, son acciones u omisiones que se vuelven poco perceptibles para el resto de integrantes de la organización, a menos que se fugue información por el descuido o intención del sujeto activo o como producto fortuito de intervenciones que originalmente tenían otro objetivo.

Justamente el caso que se analiza es un ejemplo de ocultamiento interno complejo revestido de las condiciones necesarias para mantenerse oculto o sin poder ser detectado mientras no se compartiera información con otra estructura o unidad ejecutiva de control del Banco. No consta en el expediente que las acciones ejecutadas por el Oficial de Cumplimiento fueran del conocimiento del Comité de Cumplimiento, de la Presidencia Ejecutiva y menos de la Junta Directiva. Tampoco existe evidencia de que fuera del conocimiento de la Auditoría Interna sino hasta el requerimiento realizado por la Superintendencia del Sistema Financiero.



II. Sobre la conducta esperada de la Auditoría Interna por la normativa anti lavado de dinero.

La Superintendencia encuadra la conducta atribuida en el art. 10 letra d) LCLDA con relación al art. 9 de las NRP-08. La primera disposición señala: *“Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes: d) Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley”*. Dicho contenido no brinda mayor detalle de las acciones concretas que la auditoría interna debe realizar para el cumplimiento del objetivo señalado, lo cual es comprensible en la medida que la ley no siempre agota los pormenores de la materia que regula, permitiendo que normas infra legales realicen esta labor, como en el caso de las NRP-08.

Así, el artículo 9 de las NRP-08, bajo el epígrafe “Auditoría Interna”, establece: *“La Auditoría Interna de la entidad deberá darle cumplimiento a lo estipulado en el Art. 10 Literal “d” de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de activos (sic) y al Art. 4 Literal “d” de su Reglamento; asimismo, deberá evaluar la gestión de la Oficialía de Cumplimiento e informar a la Junta Directiva tanto de los hallazgos de auditoría en la materia como de los resultados de la evaluación de la gestión de la Oficialía”* (el subrayado es propio).

Debido a la referencia que la citada disposición hace del art. 4 del Reglamento de la LCLDA, vale la pena transcribir su contenido con la finalidad de abonar a la determinación del alcance de la labor de la auditoría interna y, para el caso concreto, frente al tema de cumplimiento de la normativa anti lavado. Dicha disposición señala: *“Las Instituciones, para la aplicación y funcionamiento de la Ley, deberán: d) Establecer procedimientos para asegurar un alto nivel de integridad del personal y un sistema de auditoría interna a fin de verificar el cumplimiento de la Ley y este Reglamento”* (el subrayado es propio).

De lo anterior se observa que la Auditoría Interna es una actividad independiente y objetiva de *aseguramiento y consulta*, concebida para *agregar valor y mejorar* las operaciones de una organización. No se limita al tema de cumplimiento de la normativa anti lavado, sino a todas las estructuras en que se organiza la entidad. Además, *ayuda* a una organización a cumplir sus objetivos *aportando* un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de gestión de riesgos, control y gobierno.

De la anterior definición, citada en el análisis que disiento, se colige que la Auditoría Interna *no es una actividad de control ni de ejecución, sino de revisión y evaluación*; por tanto, es una actividad que se concreta en planes, programas de trabajo, informes, etc. Bajo esta

lógica, no es propio hablar de “Mecanismos de Auditoría”, sino de “Sistemas de Auditoría”, concepto último que se encuentra precisado en las citadas normas infralegales que desarrollan al art. 10 letra d) LCLDA (ver transcripción *ut supra*), aunque en este último se amalgamen.

Un ejemplo de mecanismo de control es el software ACRM del Monitor Plus del Banco, porque constituye una herramienta o estructura conformada por elementos y procesos ajustados entre sí para el control de las transacciones (en este caso, conformado por tecnologías basadas en reglas, límites, perfiles transaccionales, entre otros). Ese mecanismo de control, como ha quedado claro en el primer apartado de este voto, está a cargo del responsable máximo de la Oficialía de Cumplimiento, es decir, del Gerente de Cumplimiento, no de la Auditoría Interna.

Sin duda, existe una imprecisión en el análisis de la resolución final al aplicar el término de “Mecanismo” para definir a un “Sistema” de Auditoría”. Inclusive, ello se pone de manifiesto por cuanto lo que se señala como “*elementos del mecanismo de auditoría*” (objetivos, estrategias, programas de trabajo e informe oportuno de los resultados), a folio 87, son, más bien, elementos de un plan de trabajo o de un plan estratégico propio de una actividad y no de una estructura de aseguramiento de resultados.

Aclarado lo anterior, resulta más ilustrativa para el caso que nos ocupa la siguiente definición de Auditoría Interna:

“La Auditoría Interna es un proceso sistemático, practicado por los auditores de conformidad con normas y procedimientos técnicos establecidos, consistente en obtener y evaluar objetivamente las evidencias sobre las afirmaciones contenidas en los actos jurídicos o eventos de carácter técnico, económico, administrativo y otros, con el fin de determinar el grado de correspondencia entre esas afirmaciones, las disposiciones legales vigentes y los criterios establecidos”¹.

Y resulta relevante dicha definición porque hace patente que el insumo del trabajo de la Auditoría Interna proviene de la información *revelada, publicada o entregada* por las diferentes unidades de la organización, por lo que no aplica una metodología de evaluación más allá de aquél insumo, y menos una metodología de indagación propia de la investigación de fraudes y/o delitos.

Para ejemplificar lo anterior se advierte que en el Informe de Auditoría P164300: “*Evaluación de la Gestión de la Oficialía de Cumplimiento*” del año 2016 del Banco Promérica

¹ Disponible en <http://batallas.com.ec/auditoria-interna/>



(folio 574 y siguientes del expediente PAS), se hizo constar que, esa fecha, existían *procesos de las funciones ejecutadas por la Oficialía de Cumplimiento que no se enc[ontraban]documentados*. Justamente, frente a ese hallazgo, la Auditoría cumplió su trabajo con informar tal deficiencia, pero sin trascender su deber a indagar por qué no hay documentación o en dónde puede encontrarse la misma o si la falta de documentación se debe a alguna manipulación ilícita.

En armonía con lo expuesto, el Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros (NPB2-04), en su artículo 5, establece: *"El objetivo principal de la unidad de auditoría interna es vigilar permanentemente a la entidad, utilizando técnicas de auditoría de aceptación general, encaminadas a minimizar riesgos y errores importantes en los estados financieros, así como para verificar que las operaciones, políticas, controles, métodos de trabajo y procedimientos administrativos y contables, sean los aprobados por los niveles de dirección; para el debido cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás disposiciones aplicables a la entidad"* (el subrayado es propio).

En el presente caso ha quedado acreditado que existió un ocultamiento técnico al sistema de control y monitoreo realizado por el máximo responsable del cumplimiento de la normativa anti lavado, además de la creación y construcción de una lista excluyente de clientes, pero se reprocha que la Auditoría Interna no haya verificado la existencia de la denominada "Lista Verde". Con base a lo explicado hasta este momento sobre el trabajo de la Auditoría Interna, la gran pregunta es ¿cómo podía pronunciarse en sus informes sobre dicha lista si no fue hecha de su conocimiento o entregada como insumo por la Oficialía de Cumplimiento al evaluar su gestión? Aunado a ello, tal lista y la desactivación de alarmas eran acciones "aprobadas" o realizada por el máximo responsable de este control (software) con la finalidad de vulnerar y defraudar el sistema, de manera que tampoco por este criterio podía ser detectado por la Auditoría Interna. Es una limitante que no se ha considerado en el análisis que disiento efectuado en el apartado D) de la resolución final del presente recurso de apelación.

El Auditor Interno, sin duda, no supe el trabajo de quien planifica y ejecuta los controles para prevenir el lavado de dinero y de activos que, para el caso que nos compete, es el Gerente de Cumplimiento. De ahí que no pueda sostenerse que *"el alcance de la auditoría interna se orienta a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 7 letra d), 25 y 26 de las NRP-08"* (folio 87 de la resolución final de apelación) o de lo dispuesto en el art. 15 de las mismas normas (folio 88), porque estas normas tienen por finalidad regular el deber de

monitoreo como mecanismo de control cuya implementación y ejecución, como se ha indicado, corresponde a la Oficialía de Cumplimiento, y por cuyas debilidades, omisiones o insuficiencias responde el Oficial de Cumplimiento por ser el máximo responsable en esta área.

Adicionalmente, se insiste: para detectar *de primera mano* un fraude en el sistema de monitoreo de transacciones como el ocurrido en este caso, era indispensable utilizar un tipo de procedimiento y metodología de investigación que excedía al trabajo *programado* por la Auditoría Interna del Banco apelante, *de conformidad con las exigencias actuales de la normativa*.

Al comprender el alcance de la evaluación que la Auditoría Interna podía realizar de la gestión de la Oficialía de Cumplimiento, es posible precisar la conducta esperada por las normas supuestamente infringidas, en la que no cabe incluir un deber de planear y ejecutar mecanismos y procedimientos para verificar el control (monitoreo) que corresponde a la Oficialía en cuestión (como se afirma a folio 89 de la resolución final de apelación). Tampoco puede extraerse un deber de tal naturaleza de la cooperación y asistencia técnica que, según el art. 7 del Reglamento de la LCLDA, los organismos de fiscalización y supervisión de las Instituciones deben prestar a la UIF para la concreción de los objetivos de dicha Ley, como se pretende en el análisis del cual disiento, porque ello soslayaría la naturaleza y objetivos de una Auditoría Interna.

Aclarado lo anterior, en el presente caso, a diferencia de lo concluido en la decisión que disiento, con la prueba presentada por el Banco consistente en los Informes de Auditoría Interna de Promérica de los años 2014, 2015 y 2016 (folios 520 al 585), se acredita que la Auditoría Interna del apelante realizó la labor de planificación anual y evaluación de la gestión de la Oficialía de Cumplimiento durante los mencionados años, así como la labor de informar tanto los hallazgos advertidos *de la información que le fue proporcionada*, como los resultados de la evaluación ejecutada en los referidos años de conformidad con los planes.

En otras palabras, los informes presentados por el Banco apelante de Auditoría Interna, corresponden a cada exigencia que la NRP-08 impone para desarrollar la labor de auditar el cumplimiento de la LCLDA prevista en su art. 10 letra d), entendiendo que esta actividad no es un mecanismo de control y que, por tanto, no son aplicables a la Auditoría Interna las exigencias expuestas en la resolución final.

Otro asunto que escapa del juicio de tipicidad que nos compete, es que se considere que las medidas o actividades concretas de la Auditoría Interna podían ser “mejoradas” o “reforzadas” como cualquier otro sistema, para combatir el lavado de dinero y de activos y



financiamiento al terrorismo; ponderación que, como se ha dicho, no cabe en el tipo infractor que se analiza, porque la conducta reprochable según éste es *no evaluar la gestión de la Oficialía de Cumplimiento o no informar a la Junta Directiva tanto los hallazgos de auditoría como de los resultados de la evaluación de la gestión de la Oficialía de Cumplimiento*, lo que estrictamente no ha cometido el Banco según las evidencias presentadas.

A lo anterior hay que agregar que resulta seriamente cuestionable sancionar por la existencia de una "limitante" en el trabajo de Auditoría Interna del Banco para lograr los objetivos de la LCLDA, cuando la Superintendencia misma ha ejercido un control y un aval periódico de los planes de trabajo del ente supervisado *previo a su ejecución*, y ante normas que no comprenden en su regulación la nueva metodología de gestión de riesgos para combatir el lavado de dinero y de activos, como se explicará en los siguientes apartados.

III. Sobre el Plan anual de Trabajo de la Auditoría Interna y su revisión previa por el ente supervisor.

La Superintendencia efectúa una evaluación periódica del trabajo y avance de la Auditoría Interna de los Bancos, requiriendo los programas anuales de trabajo.

Según el artículo 7 del Reglamento de la Unidad de Auditoría Interna de Bancos, Financieras y Sociedades de Seguros, NPB2-04 (vigente hasta diciembre de 2016), *la unidad de auditoría interna deberá elaborar un plan anual de trabajo debidamente cronogramado, el cual debe ser aprobado por la junta directiva del banco, financiera o sociedad de seguros. Una copia de dicho Plan Anual debe ser enviado a la Superintendencia, durante el mes de diciembre del año precedente y otra a los auditores externos, en los siguientes cinco días hábiles al nombramiento; así como las correspondientes modificaciones* (el resaltado es propio).

El citado artículo también regula el contenido *mínimo* del Plan Anual de Auditoría, el cual consiste en: a) establecimiento de los objetivos y alcances; b) antecedentes de las áreas de la institución o de las actividades a ser auditadas; c) evaluación de la estructura del control interno; d) nivel de riesgo de auditoría por componente de los estados financieros; e) *determinación de las principales áreas críticas e importantes*; f) personal y recursos requeridos; y, g) cronograma de actividades con fechas y plazos detallados por actividad. El plan anual de trabajo deberá incluir, además, información relacionada con los recursos con que cuenta la unidad de auditoría interna, entre otros (artículo 8 de las NPB2-04).

Toda esta información se encuentra en el Plan Anual de Trabajo de la Gerencia de Auditoría Interna del Banco apelante, correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016 (folios 523 al 554 del expediente PAS).

Adicionalmente, el jefe de la unidad de auditoría interna debe remitir en forma *trimestral* a la Superintendencia, dentro de los 30 días posteriores al cierre del trimestre correspondiente, un informe que contenga: a) *evaluación del grado de cumplimiento del plan anual de trabajo, incluyendo el cronograma de trabajo previsto y realizado*; b) *resumen de todos los informes de auditoría de contenga: i) objeto y alcance del examen; ii) principales situaciones encontradas; iii) medidas recomendadas; y, iv) resultados de seguimiento de informes anteriores.*

No es el objeto de este apartado afirmar que el control del supervisor antes descrito no está funcionando, sino enfatizar que esta revisión *ex ante* del trabajo de la unidad de auditoría interna es la oportunidad idónea para procurar que dicha actividad, en la medida de su competencia, se ajuste o se re-direccione hacia las áreas que se consideren más importantes o críticas para verificar el cumplimiento de la LCLDA, más aún en el presente caso que se pretende robustecer la existencia de una infracción con la presencia de “áreas que pueden mejorarse” en el trabajo de la Auditoría Interna del Banco, lo cual, como se ha explicado, excede de la conducta típica.

Además, es en esta revisión que la Superintendencia puede realizar observaciones que dirijan a las entidades a que implementen una auditoría preventiva y con base a riesgos.

IV. La necesidad de regular una auditoría de la gestión de riesgos del lavado de dinero y de activos, y financiamiento al terrorismo.

Actualmente, la Superintendencia realiza su labor aplicando una nueva metodología: “*supervisión con base a riesgos*”. Esto ha quedado evidenciado con la estructura organizativa del ente supervisor publicada desde este año, aprobada por el Consejo Directivo en sesión CD-22/2018, vigente a partir del 14 de junio de 2018, en la que se aprecia una Dirección de Riesgos compuesta por cuatro departamentos: a) Departamento de Riesgo de Mercado y Liquidez; b) Departamento de Riesgo de Crédito; c) Departamento de Riesgo Operacional y Tecnológico; y, d) Departamento de Riesgo de Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo (LA/FT).

Con esta metodología aplicada en la materia que nos compete, se plantean todos los frentes necesarios para combatir el flagelo del LA/FT, y, con ello, un diseño o nuevo orden en el



que se parte de líneas de defensa para efectivizar esta compleja labor, una de ellas, la auditoría interna. Así, para auditar la gestión de riesgo de LA/FT, las políticas anticorrupción y anti soborno, es necesario aplicar, en lo pertinente al caso, los siguientes aspectos:

a) Las mejores prácticas de auditoría:

a.1) Con un plan de auditoría aprobado por el Comité de Auditoría o el Consejo de Administración o el órgano competente, que incluya: i) el universo de la auditoría de la institución; ii) evaluación y definición de los riesgos por producto, área, actividad, etc.; iii) un plan que se prepare considerando las actividades de *compliance*, políticas internas y la prevención al lavado de dinero y combate del financiamiento al terrorismo; y que tal plan se ejecute en forma periódica.

a.2) Con la formación de auditores mediante entrenamiento, certificaciones, actualización, supervisión y revisión efectiva de los trabajos (calidad y cantidad), y un proceso adecuado de emisión de los informes de auditoría.

a.3) Con información a la más alta administración.

b) Aspectos normativos locales: entre ellos, el conocimiento: i) del área jurídica con el área de *compliance* y la Auditoría Interna; ii) de la interacción cuando sea posible con los reguladores; y, iii) de las prácticas internacionales.

c) Una Auditoría Interna como tercera línea de defensa: Siendo las primeras líneas de defensa el involucramiento de todos los colaboradores y la actividad de *Compliance*, a la Auditoría Interna le correspondería: i) evaluar la adherencia de la primer línea de defensa a las políticas internas de la organización; ii) evaluar la eficiencia de la segunda línea de defensa en implementar políticas internas en la organización, a través de la función y misión de *compliance*; iii) evaluar la eficiencia de la segunda línea de defensa en implementar políticas internas en la organización, a través de programas de *compliance* y *Compliance Risk Matrix*; iv) evaluar la eficiencia de la primera y la segunda líneas de defensa en implementar políticas internas en la organización, a través de conozca a su cliente, conozca a su empleado, conozca a su proveedor y conozca a la partes interesadas; y, iv) evaluar la eficiencia de la primer y segunda líneas de defensa en implementar políticas internas en la organización, a través de la sostenibilidad, responsabilidad social y responsabilidad ambiental.

A partir de lo anterior, es evidente que el art. 10 letra d) LCLDA, el art. 4 letra d) de su Reglamento y el art. 9 de las NRP-08 prevén una regulación limitada de la Auditoría para la

prevención del Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento del Terrorismo, porque no comprenden todos los aspectos de una auditoría moderna y actualizada para la gestión de riesgo en esa materia como se ha desarrollado *ut supra*. Son disposiciones, por tanto, desactualizadas que no abarcan esta nueva visión para el combate del blanqueo de capitales y del incumplimiento de la LCLDA.

Y la exigencia de tales medidas a partir de una interpretación de las disposiciones señaladas es viable en el plano de supervisión para la implementación de mejores prácticas en la entidad supervisada, pero no para efectos sancionadores en razón del principio de legalidad en sus vertientes materiales y formales al que debe sujetarse el tipo. En razón de ello, el legislador tiene una carga especial y urgente de actualización y desarrollo de las normas de la LCLDA.

En definitiva, la mayoría de miembros del Comité debieron considerar el ámbito de competencia del trabajo de la Auditoría Interna, las características particulares del hallazgo, la conducta esperada por la normativa y la prueba de descargo, y, de esta manera, revocar la multa impuesta por supuesto incumplimiento al artículo 10 letra d) LCLDA con relación al art. 9 de las NRP-08.

Así mi voto.



PRONUNCIADO POR EL VOCAL DEL COMITÉ DE APELACIONES QUE LO SUSCRIBE.-



VO-



TO DISIDENTE DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO

“(...) 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.”

Inc.53-2013/54-2013/55-2013/60-2013
24 de agosto de 2015

Con el respeto que se merecen los señores vocales, me permito exponer a continuación mi disidencia a la resolución mayoritaria de este comité, específicamente respecto del presunto incumplimiento al art. 10, letra d), de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos (LCLDA), en relación con el art. 9 de las NRP-08 Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo, imputado a BANCO PROMERICA, S.A. (en adelante el banco apelante).

Posible vicio de la resolución sancionadora en cuestión, afectando el principio de tipicidad.

Al analizar la aplicación del principio de tipicidad, es necesario precisar los razonamientos expuestos en el *ratio decidendi* de la resolución sancionadora para describir los hechos que se imputan como infractores. En la resolución se expone: “(...) *ha quedado establecido anteriormente que sí existió la lista de exclusión de monitoreo de clientes, que esta fue creada por el ex Oficial de Cumplimiento y que el 5 de abril de 2016 fue eliminada del sistema...*” Hecho que a mi criterio está debidamente acreditado en expediente.

Sin embargo según la resolución sancionadora: “(...) *la Auditoría Interna en sus labores de verificación de cumplimiento del marco de prevención de lavado de dinero, no verificó la creación de dicha lista en el sistema de monitoreo...*” Y afirma con sobrado fundamento que el banco “...*no desistió por voluntad propia, ni por el actuar eficiente de sus controles internos, sino, como reacción a los hallazgos realizados por esta Superintendencia en sus labores de supervisión del cumplimiento del marco normativo por parte de los supervisados.*” Lo que se evidencia en expediente PAS-008/2017, a mi entera satisfacción.

Sin embargo, los hechos evidentes de que la Auditoría Interna “no verificó la creación de dicha lista” o que “el banco no desistió por voluntad propia, ni por el actuar eficiente de sus controles internos”, en mi opinión no encajan en el supuesto infractor. Que es forzado afirmar que estas evidentes deficiencias o negligencias sean una ausencia de mecanismos de auditoría en los términos exigidos por art. 10, letra d), de la LCLDA, que reza:

Art. 10 LCLDA: “Los sujetos obligados además de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las siguientes:

d) Establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley;”

El legislador no impuso en esta disposición el establecimiento de mecanismos infalibles de auditoría interna, para verificar el cumplimiento de este marco legal.

La normativa del art. 9 de la NRP-08 precisa que la Auditoría Interna: “(...) **deberá evaluar la gestión de la Oficialía de Cumplimiento e informar a la Junta Directiva tanto de los hallazgos de auditoría en la materia como de los resultados de la evaluación de la gestión de la Oficialía...**” (resaltado es propio).

Igualmente, esta disposición infra legal no precisa que la evaluación de la gestión de la Oficialía de Cumplimiento y la gestión de auditoría, sean infalibles.

Actos culposos o dolosos, incluso la negligencia o falta de eficiencia, no lleva a concluir en mi opinión, la inexistencia de mecanismos, incluso la inexistencia de su aplicación. De ser así, de esa forma y manera, si la disposición exigiera infalibilidad de la gestión auditora, cada incumplimiento a las obligaciones que constituyen infracción contenidas en todos los letras del art. 10 LCLDA, así como otras obligaciones en ella contenida y por tanto susceptibles de ser infracción, debería ser acompañada por una segunda sanción al ser también infracción al art. d) del art. 10 LCLDA. Vg. En Conoce a tu Cliente, falta de contratos al abrir cuentas, de declaración jurada de procedencia de fondos, de NIT/DUI. Si en otros procedimientos sancionadores no se trató así, sería falla al principio de igualdad.



Este vicio de tipicidad, podría llegar a dañar la resolución que sancionó con multa por incumplimiento al art. 10 letra d), de la LCLDA, en relación con el art. 9 de las NRP-08; incluso invalidarla por extender o estirar el hecho acreditado de la conducta en nada eficiente de los controles internos de auditoría del banco, lo que no le permitió detectar la creación de la lista de exclusiones en el sistema de monitoreo, haciéndola encajar de manera forzada por el aplicador en el supuesto de hecho de la obligación legal de establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en la LCLDA. El encajar forzosamente, en mi opinión, podría o no invalidar la resolución sancionadora. Conclusión que no pretendo agotar y debió así, según sostengo, analizarse en esta instancia.

Argumentos de apelación del Banco sobre tipificación.

El banco alega al Comité de Apelaciones un punto que llamó mi atención: *“Que el art. 5 de la NRP2-04 establece la finalidad de la Unidad de Auditoría Interna, habiendo dado cumplimiento y en estricto apego a las atribuciones propias de la unidad; en consecuencia, el señalamiento del presunto incumplimiento formulado por la Superintendencia resulta ser incorrecto e inexistente ya que obedece a una interpretación intencional de dicho ente regulador, y no a la finalidad derivada de las normas aplicables.”*

De manera complicada y no muy clara, y además extensa y dispersa, el banco apelante, como bien lo advierte el comité en la resolución mayoritaria¹, efectivamente está alegando una falta al principio de tipicidad en la resolución sancionadora. Independientemente de los argumentos fallidos del banco para establecer que todos los clientes deben estar sujetos a monitoreo; fallidos en cuanto y tanto si se acredita que existió una “lista verde” de clientes excluidos, creada y sostenida en el sistema monitor plus bajo la responsabilidad del ex Oficial de Cumplimiento.

Sin embargo, el banco apela al comité decidir sobre la adecuación o encaje de su actuación a la disposición de la LCLDA que supuestamente infringió; es decir, que el apelante cuestiona la tipicidad.

¹ Principio de informalismo administrativo

Criterios de la resolución mayoritaria del Comité de Apelaciones, con los que discrepo.

Según la Sala de lo constitucional, “(...) *en el ámbito sancionador la legalidad supone una exigencia cualificada, en el sentido de que el tipo de la infracción debe contener en su texto una descripción electiva (aunque sea genérica, abstracta o esencial) de una conducta, sin que esta pueda ser "construida" por vía de la interpretación*”².

El principio de tipicidad como expresión del principio de legalidad, supone la construcción del tipo de la infracción en la ley en sentido formal, de manera expresa, electiva y no constructiva, “sin que esta pueda ser construida por vía de la interpretación” por parte del aplicador, que para el presente caso sería la Administración, del cual el Comité de Apelaciones también forma parte.

Es por ello la selección del epígrafe, el cual sugiere la causa de mi disidencia del criterio mayoritario de este comité: “(...) *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*.”³

El Comité de Apelaciones del Sistema Financiero es la autoridad administrativa, parte orgánica de la institucionalidad de la Superintendencia del Sistema Financiero, establecida por la Ley para conocer en *jerarquía impropia monofásica*⁴, de los recursos de

² Op Cit.

³ Criterio sostenido en sentencia de la Sala de lo Constitucional, en Inc. 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013 pronunciada el 24 de agosto de 2015.

⁴ Inconstitucionalidad contra el art. 92 de la Ley de Reforma Integral al Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, No. 7531 del 10 de julio de 1995 y el art. 44 del Estatuto del Servicio Civil, Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953; pronunciada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a las 14:30 horas del 1 de junio de 2005, Res. No. 6866-2005, Exp. 04-005845-007-CO: “*Frente a la jerarquía propia se encuentra el denominado control no jerárquico o la jerarquía impropia, así denominada, puesto que, en los supuestos en que cabe quien conoce y resuelve en grado es no es el superior jerárquico sino la instancia que indique expresamente la ley, se trata de una jerarquía legal y no natural. Ese contralor no jerárquico puede ser un órgano administrativo que, generalmente, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, asume la forma de desconcentrado en grado máximo -jerarquía impropia monofásica-, garantizándose de esa forma independencia e imparcialidad al distorsionarse -o prácticamente desaparecer-la relación jerárquica y el ejercicio de una competencia exclusiva de revisión.*” (resaltado propio).



apelación que se interpongan de las resoluciones finales pronunciadas por el Superintendente o su delegado que impongan sanciones.⁵

Lo anterior significa que al decidir sobre un punto apelado, que a criterio del comité debe ser confirmado por estar acreditada la infracción y establecida la sanción correspondiente, esta instancia puede fortalecer, aclarar y sanar cualquier deficiencia de la resolución sancionadora en tanto esa falla no constituya un vicio invalidante. Con respeto total al principio *nec reformatio in peius*. Sin embargo, esta segunda instancia administrativa no puede “*construir*” el tipo infractor mediante la interpretación aparentemente compleja, rebuscada o forzada, que termine cambiado la descripción electiva y expresa de la ley.

La resolución mayoritaria sobre esta sanción, establece verdades incuestionables, con fundamentos técnicos excelentes, que se exponen a continuación:

“(...) cabe resaltar el rol del auditor interno dentro de las entidades bancarias, que es una pieza indispensable al evaluar la aplicación práctica de las políticas y procedimientos establecidos por la administración superior; es decir, en primera instancia la auditoría interna ejerce la función de verificar el cumplimiento del control interno de la entidad...”

Y colocando otro rol en una posición complementaria, afirma que la auditoría interna:

“(...) es la unidad encargada de evaluar la efectividad y el acatamiento de la normativa anti lavado (gestión de riesgo de lavado de activos), con el fin de determinar las deficiencias y sus posibles soluciones e informar los resultados a la Junta Directiva del banco.”

De las responsabilidades de la Junta Directiva consignadas en el art. 5 NRP-08, afirma:

“(...) que la Junta Directiva del banco, es la responsable de velar por una adecuada gestión del riesgo de LD/FT. Así como también es la responsable de

⁵ Párrafo primero del art.65 y art. 66 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

proporcionar los recursos tecnológicos, programas informáticos especializados, personal idóneo y capacitado para realizar un debido control interno sobre el cumplimiento de la normativa de LD/FT.”

Lo anterior precisa las responsabilidades de primera instancia, del control interno que se expresará como función de la Auditoría Interna. Y complementariamente afirma:

“La Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos exige que la Auditoría Interna asuma la responsabilidad de identificar oportunamente los riesgos de LD/FT a los que se ve expuesto el banco por las operaciones de intermediación financiera que realiza.”

Siendo otra afirmación incuestionable y ampliamente compartida. Y acercándose a la conclusión, la mayoría del comité, afirma:

“Si bien es cierto, esta ley establece que las instituciones deben de asignar a un Oficial de Cumplimiento para que verifique las operaciones que efectúan los clientes del banco, la Auditoría Interna como ente revisor debe mantener una constante e integral labor de supervisión, en el sentido de evaluar y mitigar los riesgos a los que el banco está expuesto...” (resaltado propio).

Agregando juicios de valor, que califican las obligaciones, se visualiza en esta afirmación que además del Oficial de Cumplimiento, la Unidad de Auditoría Interna, tiene responsabilidad objetiva de la existencia de la lista verde, de exclusión de clientes del monitoreo. Veamos lo que afirma la mayoría del comité:

“(...) Por tanto, la unidad de auditoría interna se encuentra obligada a cumplir la ley de lavado de dinero (sic), tal y como lo establecen los arts. 10 letra d) de la LCLDA; 4 letra d) y 7 del Reglamento de la LCLDA, y 9 de la NRP-08.”

Y afirma que debió haber hecho la Auditoría Interna, para cumplir la LCLDA:

“(...) la auditoría interna debe contar con mecanismos de auditoría consistentes en planes, controles, programas, cuestionarios de control interno, matriz de riesgo y muestreo de lo que se va a evaluar en cada procedimiento, que ayuden a determinar



el cumplimiento de los arts. 15, 25 NRP-08 y 10 letras a) y e) de la LCLDA, es decir el monitoreo que el banco está obligado a realizar de manera continua y completa en todas las operaciones que realizan los clientes, lo cual evidentemente no fue realizado de esta manera.”

¿Estamos ya frente a nuevos incumplimientos de obligaciones? Y si es así, ¿serían atribuibles al banco o al Auditor Interno? Siendo éstos hechos que no fueron debatidos dentro del PAS.

Y continúa el comité profundizando con la siguiente afirmación:

“(…) en el caso de la unidad de auditoría interna hubiera establecido y aplicado los adecuados mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de la (sic) obligaciones⁶ respecto al monitoreo de las operaciones, y complementariamente, hubiera definido una estrategia integral de revisión al aplicar técnicas de muestreo idóneas sobre el universo de cuentas de depósito existentes a la fecha de su análisis, el resultado lógico sería la identificación de evidencia suficiente sobre la existencia de los clientes excluidos de ciertas condiciones del sistema de monitoreo del banco.”

Y ante estas afirmaciones, que personalmente no podría avalar, ¿se ejerció defensa y contradicción por parte del apelante, se le dio garantía de estos derechos, ya sea en el PAS o en recurso? Se expone por la mayoría del comité lo que el banco debió haber hecho, a fin de tener un **resultado lógico**. Como quien dice, un único resultado.

Y concluye el análisis:

“(…) al realizar un análisis de tipicidad por parte de este Comité es evidente que la conducta descrita se ajusta al tipo infractor descrito en el art. 10 letra d) de la LCLDA en relación con el art. 9 de la NRP-08, ya que el al (sic) unidad de Auditoría Interna al no aplicar los mecanismos adecuados para verificar el cumplimiento de la obligación del monitoreo de las operaciones mediante el

⁶ Los mecanismos pasan a ser calificados, con el adjetivo “adecuados”.

sistema informático, no le fue posible identificar la existencia de las cuentas excluidas de monitoreo en el sistema.”

Y basado en lo anterior, la mayoría del comité asegura categóricamente:

“Por lo que a criterio de este Comité existe coincidencia entre el supuesto descrito en la norma y la conducta atribuida al banco...”

Al final, la mayoría del comité toma la redacción del legislador sobre la obligación del banco de *“establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en esta ley (LCLDA)”*, y *“construye”* su propio supuesto de hecho, ya que a su ver éste es coincidente a la obligación de ley: *“la unidad de Auditoría interna al no aplicar los mecanismos adecuados para verificar el cumplimiento de la obligación del monitoreo...”* y como consecuencia *“no le fue posible identificar la existencia de cuentas excluidas de monitoreo en el sistema.”*

Aportó la mayoría del comité toda una explicación que no fue debatida ni decidida en la resolución apelada, pronunciada por la autoridad sancionadora. La mayoría construyó e interpretó no solo un contenido fáctico, sino el supuesto de hecho de la LCLDA; y por tanto, es posible que haya afectado la tipicidad débil de la resolución apelada en lugar de explicarla, de salvarla; es posible que haya dañado la observancia al principio de legalidad de este acto, y posiblemente haya agravando el derecho de defensa y contradicción del apelante.

Por lo tanto, si bien la resolución sancionadora pudo tener una falla, que podría ser o no invalidante, frente a una débil y confusa argumentación del recurso; estas fallas de los fundamentos de la resolución confirmatoria de la mayoría de comité, tienen una calidad no compartida por mi persona y por lo cual fue imposible acompañar esta forma de confirmar por mi parte.

Conclusión.

1.- A mi criterio la resolución recurrida tiene una falla respecto al principio de tipificación, al extender el contenido fáctico para acomodarlo a lo dispuesto expresamente por el art. 10 letra d) de la LCLDA. Una falla que podría ser invalidante o pudo haber sido



explicada en segunda instancia sanando las falencias de la parca motivación de la resolución sancionatoria; procediendo a confirmarse.

2.- La resolución mayoritaria del comité, con su interpretación amplia y abundante, termina construyendo tanto el hecho antijurídico, proponiendo incluso cuales son los mecanismos adecuados que hubieran llevado inexorablemente a revelar la existencia del listado de exclusión de clientes del monitoreo; así como redefiniendo la obligación contenida en el art. 10 letra d) de la LCLDA, llevando a su incumplimiento por fallas o negligencias que supuestamente tienen los mecanismos de auditoría aplicados por el banco apelante.

3.- Si bien el comité es administración, perteneciente al Órgano Ejecutivo y orgánicamente parte de la institucionalidad de la Superintendencia del Sistema Financiero, tiene la cualidad de ser un ente eminentemente independiente, calidad otorgada por Ley, a fin de garantizar lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución. El esfuerzo para confirmar una infracción y su correspondiente sanción debe sujetarse a la hermenéutica y sus métodos de interpretación, así como al cumplimiento de los principios que aplican al derecho administrativo sancionador, y para el caso en estudio, sin hacer prevalecer sobre los principios jurídicos los tecnicismos de la auditoría, para explicar la legalidad del acto administrativo sancionador que quiere sostenerse.

Hasta aquí el razonamiento de mi voto disidente.

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

Es conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de cincuenta y siete folios, para ser entregada al señor Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las diez horas veinticinco minutos del día nueve de octubre de dos mil dieciocho.




Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero

10 OCT -9 PM 2:40

SECRETARÍA