



La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que presente fotocopia de la resolución de las diez horas del nueve de enero de dos mil diecinueve pronunciada por el Comité de Apelaciones, en el recurso de apelación con referencia CA-15-2018, promovido por AFP CONFIA, S.A., por medio de su representante legal, señora María de Lourdes Arévalo Sandoval, y que literalmente dice:

CA-15-2018

**COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO:** San Salvador, a las diez horas del nueve de enero de dos mil diecinueve.

Por agregado el escrito del 21 de noviembre del año próximo pasado, 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 (en adelante LSRSF).

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el señor Superintendente del Sistema Financiero a las diez horas diez minutos del 12 de septiembre de dos mil 2018, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-026/2016, promovido contra AFP Confía, S.A., en la que se impuso las siguientes multas: 1) la cantidad de diez mil colones, equivalentes a mil ciento cuarenta y dos dólares con ochenta y seis centavos (US\$1,142.86), por infracción al art. 15 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones debido a que en el proceso de acreditación de cotizaciones de los trabajadores independientes a través de formulario de pago individual, no ha implementado una validación en su sistema informático que le permita identificar e impedir las acreditaciones de cotizaciones cuyo importe de ingreso base de cotización sea inferior al salario mínimo vigente; 2) el monto de dieciséis mil trescientos sesenta y siete dólares con cuarenta y nueve centavos (US\$16,367.49), equivalente al 0.06% del patrimonio de la entidad al momento de cometerse la infracción, por incumplimiento al art. 13 en relación con el 9, ambos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, por deficiencias en la recepción y manejo de alertas, al establecerse que la Administradora carece de controles internos para identificar operaciones inusuales o sospechosas que de forma acumulada por operaciones segmentadas en un mismo día o en el término de un mes, superen los umbrales establecidos en el art. 9 de la LCLDA, para las cotizaciones obligatorias realizadas por los trabajadores independientes, cuyo umbral establecido para que la Jefatura de Fondos reporte operaciones a la Oficial de Cumplimiento, asciende a veinticinco mil dólares (US\$25,000.00), dejando por fuera aquellas que sean mayores a diez mil dólares (US\$10,000.00) y menores a veinticinco mil dólares (US\$25,000.00); y, 3) la cantidad de dieciséis mil trescientos sesenta y siete dólares con cuarenta y nueve centavos (US\$16,367.49), equivalente al 0.06% de su patrimonio al momento de cometerse la infracción, por incumplimiento al art. 25 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo por no contar con un sistema informático automatizado que tenga como finalidad la detección, monitoreo y generación de alertas en tiempo real de las

operaciones inusuales o sospechosas; y de aquellas cuyos montos excedan los umbrales establecidos en la política interna de la AFP y en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.

*Y CONSIDERANDO:*

I. Que AFP CONFIA, S.A., a través de su representante legal, señora María de Lourdes Arévalo Sandoval, interpuso recurso de apelación contra la resolución antes relacionada, por considerar que adolece de vicios que en su orden se relacionan así:

**1) Presunto incumplimiento al art. 15 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (LSAP)**

*1.1) Vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al principio de tipicidad como concreción al principio de legalidad, establecidos respectivamente en los arts. 2 y 86 de la constitución*

La apelante alega vulneración al principio de tipicidad como concreción al principio de legalidad, establecido en el art. 86 de la Constitución (en adelante Cn), mediante el cual se obliga a la administración pública a ejercer control o poder sobre los administrados, únicamente en virtud de las normas constitucionales o infraconstitucionales previamente establecidos, lo que trae como consecuencia que el Estado deba definir las conductas objeto de infracciones administrativas y las sanciones a imponer. Tal y como sucede en el presente caso, al haber impuesto una sanción por la supuesta carencia en los sistemas informáticos de mecanismos que identifiquen e impidan las acreditaciones de cotizaciones, cuyo importe de ingreso base de cotización sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente que hace referencia la LSAP, ya que no existe un solo salario mínimo determinado por el Consejo Nacional del Salario Mínimo; por el contrario, al momento en que se efectuó la inspección por la Superintendencia, se encontraban vigentes los Decretos Ejecutivos 103, 104, 105 y 106 publicados en el Diario Oficial del 1 de julio de 2013, los cuales establecían 10 diferentes salarios mínimos según sectores económicos, por lo que resulta incierto cuál de todos ellos serviría de parámetro para la aplicación de la disposición en referencia.

Expresa que el artículo en mención no define a qué sector económico corresponde el salario mínimo y que no es competencia del Comité de Apelaciones ni de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF) fijar un parámetro que únicamente debe estar establecido y detallado en la ley, como ya lo ha reconocido la Sala de lo Constitucional (en adelante SCN) en los casos que la



determinación de una categoría de salario mínimo sirve para cuantificar sanciones,<sup>1</sup> supuesto que resulta identificablemente similar a la indeterminación que genera el art. 15 de la LSAP, ello, para salvaguardar el principio de legalidad y derecho a la seguridad jurídica de cada uno de los administrados.

Respecto a la información que tomó como base la Superintendencia para sancionarla, resulta necesario referirse a que el IBC (Ingreso Base de Cotización) del señor Rigoberto Mayorga Torres por un monto de US\$200.00, no es inferior al salario mínimo más bajo vigente en 2015, correspondiente al sector económico de recolección de cosecha de algodón (US\$98.70), por lo que la AFP ha cumplido lo dispuesto en el art. 15 LSAP.

Agrega que de conformidad con el art. 131 ordinal 5° de la CN, por principio de reserva de ley, es labor exclusiva del Órgano Legislativo determinar el salario mínimo que corresponda a un sector específico. Por lo que pretender que la SSF lo haga a través de los fundamentos sobre los que busca justificar la sanción impuesta, vulnera el principio de legalidad referido a los funcionarios públicos dispuesto en el art. 86 de la CN y una conculcación al ordinal 5° del art. 131 de la CN, al arrogarse potestades legislativas que se encuentran reservadas al Órgano Legislativo. Finaliza expresando que, en todo caso, esa función le corresponde al Banco Central de Reserva a través del Comité de Normas el señalamiento del salario mínimo a utilizar, que por disposición de la LSRSF tiene competencia para elaborar normativa.

### ***1.2) En relación a la supuesta falta de validación en el sistema informático***

Afirma la apelante que sí se le ha dado cumplimiento a las validaciones en el sistema informático, específicamente a la implementación del sistema informático denominado "CPS", el cual cuenta con la autorización de la Superintendencia. Así como también cuenta con validaciones para los pagos de los trabajadores independientes que se realizan a través de los formularios de pago individual.

Manifiesta que en el caso del señor Rigoberto Montoya Torres con NUP 233872320004, el cual ha sido tomado por la Superintendencia para justificar el presunto incumplimiento, en el que se identificó en el sistema informático que las cotizaciones efectuadas se realizaban utilizando un IBC inferior a algunos de los 10 salarios mínimos establecidos a dicha fecha. Para comprobar que sí existió la identificación requerida inclusive desde un año tres meses antes del período de devengue señalado por la SSF, incorpora un cuadro con 14 gestiones con número 371 denominado "Llamada

<sup>1</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2015 pronuncia en el proceso de inconstitucionalidad con referencia 115-2012.

inconsistencia formulario pago individual”, correspondientes a los períodos febrero a abril, julio a diciembre, todos de 2014; enero a marzo, mayo y junio de 2015, con lo que se desvanece el incumplimiento atribuido.

La apelante aclara que a la fecha de la auditoría realizada por la SSF, la validación efectuada por el sistema tomaba como consecuencia lógica el cumplimiento a lo establecido en el instructivo SAP 001/99 denominado “Instructivo para la Acreditación de las Cuentas Individuales de Ahorro para Pensiones, Cobros de Comisiones y Manejo de Rezagos por Parte de las Instituciones Administradoras de Fondos de Pensiones”. Dicho instructivo mandaba a tomar por cierto el IBC declarado bajo los formatos de planilla o formularios de pago individual, y debido a ello, al recibir las cotizaciones que fueren inferiores al salario mínimo, se procedía a realizar el ajuste en función del monto efectivamente pagado.

Alega que el referido ajuste tiene sentido si con ello se fomenta la cultura previsional y de ahorro por parte de trabajadores independientes que cotizan por cuenta propia, tal como el Art. 21 del Reglamento de Recaudación de Cotizaciones al Sistema de Ahorro para Pensiones (en adelante RRCSAP) lo estipula, en cuanto a que el pago de sus cotizaciones debe ser realizado bajo su propia responsabilidad, sin que ello les genere un perjuicio como afiliados; por el contrario, se les reconoce tiempo de cotización y saldo en su Cuenta Individual de Ahorro para Pensiones, con el objeto de acceder a un beneficio por parte del Sistema de Ahorro para Pensiones (SAP).

La apelante manifiesta su inconformidad con el alcance del concepto de salario mínimo legal en vigencia al que hace referencia la LSAP, en tanto que no existe uno solo determinado por el Consejo Nacional del Salario Mínimo como también hace referencia que el alcance del mencionado concepto no compete a la Superintendencia, en el sentido que, según la recurrente, al no existir un solo tipo de salario mínimo, el ajuste señalado en el instructivo SAP 001/99 implica el resguardo y garantía favorable a sus afiliados de acceder a la seguridad social como derecho constitucional. Agrega que la Superintendencia especula y se contradice al señalar que con dicho ajuste se genera posibilidades de manipulación por parte de los afiliados, porque en los supuestos que se encuentran en discusión sí existe la determinación de un IBC. No obstante, el aumento habitual de los diferentes salarios mínimos establecidos por el Órgano Ejecutivo o cualquier otra causa que acontezca a la economía del afiliado, pueden ubicarles en la insuficiencia contemplada en el Instructivo SAP-001/99 que motiva e indica a las AFP realizar el ajuste, de tal manera que no existe la malicia a la que se refiere la Superintendencia; por el contrario, al efectuar el ajuste se coadyuva a fomentar el hábito del ahorro previsional en este sector de la población.



Afirma que el presunto incumplimiento señalado por la SSF carece del análisis integral a la normativa que AFP CONFIA ha dado cumplimiento, así como a la revisión eficiente del expediente del señor Rigoberto Mayorga Torres, ya que ha impuesto una sanción que evidencia vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad, en tanto que vulnera el principio de legalidad, derecho a la seguridad jurídica, considerando que el art. 15 LSAP no detalla el salario mínimo vigente a utilizar y por haber realizado la SSF las validaciones en el sistema.

**2) Sobre el presunto incumplimiento al art. 13 en relación al art. 9, ambos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (LCLDA)**

La apelante reconoce que ciertamente se estableció como umbral para que la Jefatura de Fondos realizara reporte de operaciones a la Oficina de Cumplimiento la cantidad de US\$25,000.00, dejando por fuera aquellas que sean mayores a US\$10,000.00 y menores a US\$25,000.00, lo cual motivó a la Superintendencia a sancionarla por la carencia de controles internos para identificar operaciones inusuales o sospechosas establecidas en el art. 9 de la LCLDA

***2.1) Violación al principio de legalidad y tipicidad***

El señalamiento se encuentra basado en un análisis subjetivo, alega que la motivación para la imposición de la multa se basa en una interpretación que carece de fundamento normativo y objetivo ya que el art. 13 de la LCLDA exige controlar las transacciones que realizan los clientes; mientras que las cantidades y condiciones están contenidas en el art. 9 de dicha ley. Este último artículo separa las operaciones en efectivo de aquellas que se efectúen por cualquier otro medio.

Como resultado de la separación anterior, la apelante manifiesta que las transacciones u operaciones en efectivo realizadas en un mismo día o en un plazo de un mes, deben ser reportadas cuando: a) sean transacciones individuales o múltiples; b) independientemente que se consideren sospechosas o no; y, c) que excedan los US\$10,000.00. Mientras que las operaciones financieras que se efectúen por cualquier otro medio, deberán ser reportadas cuando: a) sean transacciones individuales o múltiples; b) independientemente se consideren sospechosas o no; y, c) cuando fueren mayores a US\$25,000.00. Concluye que únicamente deben remitirse a la UIF las transacciones que sobrepasan los montos y condiciones señalados en el art. 9 de la LCLDA.

Señala que la AFP únicamente debe remitir informe a la UIF de las transacciones que sobrepasen los montos y condiciones señalados en el art. 9 de la LCLDA; por lo que, pretender una

aplicación o interpretación distinta implicaría un exceso de sus facultades con la consecuente vulneración a los arts. 86 y 131 ordinal 5° de la CN.

Afirma que la Superintendencia ha insistido en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS-026/2016 y en el informe ISP-E-05/2015 que la AFP no reporta las transacciones individuales o múltiples que en un mismo día o en el término de un mes supere el umbral establecido para las transacciones en efectivo (US\$10,000.00), pretendiendo interpretar la norma alejada de cualquier razón objetiva e imponiendo una carga adicional a la establecida en la LCLDA.

Establece que se exige a la AFP remitir un informe a la UIF de las operaciones en efectivo que reciben los bancos, siendo estas instituciones financieras las únicas autorizadas para recaudar las cotizaciones previsionales conforme el art. 7 del RRCASAP, por tanto, no son las AFP quienes reciben cantidades de dinero en efectivo. En consecuencia, la Superintendencia pretende imponer una carga adicional no dispuesta en la LCLDA consistente en informar a la UIF de las operaciones que se efectúan en un medio diferente al efectivo que de forma individual o múltiple superen los US\$10,000.00, supuesto que la LCLDA claramente ha excluido. Dicha situación contraviene el principio de tipicidad y legalidad.

Agrega que la Superintendencia se basa en un análisis que carece de criterio objetivo y normativo ya que la multa impuesta no corresponde a los arts. 9 y 13 de la LCLDA, sino que se trata de un incumplimiento establecido por la Superintendencia en la resolución impugnada, homologando las transacciones en efectivo a las realizadas por otros medios distintos, pues tanto una como la otra representan el movimiento de papel moneda. Sin embargo, la LCLDA ha dispuesto tratamientos distintos para cada uno de los casos, dejando al descubierto que las transacciones que realiza la AFP no son efectivo material, pretendiendo imponer la obligación de reportar a la UIF las operaciones que se efectúan en un medio diferente al efectivo que de forma individual o múltiple superen los US\$10,000.00, lo cual contraviene el principio de tipicidad y legalidad. Por lo tanto, no se deja a discrecionalidad de la supervisora la definición de dicho concepto jurídico, ya que los términos operaciones o transacciones en efectivo se encuentra en el art. 3 letra r) de la NRP-08.

La recurrente hace referencia a lo desarrollado sobre el derecho a la seguridad jurídica en la sentencia pronunciada en el proceso de amparo con referencia 683-2001 en el sentido que las normas y los procesos no penden del arbitrio de los aplicadores sino de la norma misma que, en su texto dispone pautas razonables de previsibilidad en cuanto a que un sujeto no será privado en sus



derechos sino por normas y procedimientos previamente establecidos, circunstancia que no ha sido observada en este caso por parte de la Superintendencia, por lo que ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica.

Para sustentar que no ha cometido la infracción que se le atribuye, la recurrente hace referencia al oficio No. AF-001/2017 de fecha 3 de enero de 2017, procedente de la jefatura de UIF, en el que se señaló que la AFP no va a recibir directamente dinero en efectivo u otro medio, según los umbrales establecidos en el art. 9 de la LCLDA, no obstante, como sujeto obligado, según el art. 2 número 1 de la citada ley, deben contar con un sistema operativo que permita el monitoreo de operaciones en efectivo u otro medio, aun a sabiendas que no serán reportadas como operaciones reguladas conforme a las exigencias de la Ley.

***2.2) Vulneración al derecho a la seguridad jurídica en virtud de la errónea interpretación y aplicación de los arts. 13 y 9 de la LCLDA***

La sociedad recurrente manifiesta que la Superintendencia la ha sancionado por una conducta que evidentemente no está contemplada en los arts. 13 y 9 de la LCDA, misma que siendo atípica implica una vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

Alega que de la lectura del art. 13 de dicha ley se comprende que la recurrente se encuentra obligada a controlar las transacciones que realicen sus clientes y usuarios, que sobrepase las cantidades establecidas y las condiciones indicadas en el art. 9 de la LCLDA. Por su parte, el segundo artículo obliga a la AFP a informar a la UIF, por escrito o cualquier medio electrónico y en el plazo máximo de cinco días hábiles, cualquier operación o transacción ya sea en dinero efectivo o por cualquier otro medio que supere los umbrales establecidos.

Manifiesta que la Superintendencia, alejándose por completo de los objetivos de reportería establecidos por el legislador en los arts. 13 y 9 de la LCLDA, vincula erróneamente que los mismos también implican la obligación de "identificar operaciones inusuales o sospechosas".

Afirma que no todo reporte de transacciones que sobrepasen los umbrales establecidos en el art. 9 de la LCLDA deben ser consideradas como operaciones inusuales o sospechosas; por el contrario, atendiendo a las características propias de cada negocio, corresponderá efectuar un análisis pormenorizado que conlleve a la seguridad de que una transacción adquiere la calidad de inusual o sospechosa. Asimismo manifiesta que el art. 3 de las NRP-08 ha definido el concepto de operaciones irregulares o sospechosas como todas las operaciones poco usuales que se encuentran

fuera de los patrones de transacciones habituales y las que no sean significativas, pero sí periódicas, sin fundamento económico o legal evidentes, y todas aquellas operaciones inconsistentes o que no guardan relación con el tipo de actividad económica del cliente.

Asevera que efectivamente existe una obligación de reportar o informar las operaciones o transacciones; sin embargo, la obligación de “identificar operaciones inusuales o sospechosas”, indiscutiblemente deviene como resultado de un análisis que dista del momento en que simplemente deba reportarse la información.

Sobre este motivo, concluye que la Superintendencia ha impuesto una sanción económica por una conducta que los arts. 9 y 13 de la LCLDA no contemplan ni exigen que se realice al momento en que se efectúa una operación, sino que dicha identificación es *a posteriori*, siendo ilegal el acto impugnado.

**3) Sobre el presunto incumplimiento al art. 25 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y del Financiamiento al Terrorismo (NRP-08)**

**3.1) Vulneración al principio de congruencia por la errónea interpretación de la norma**

En relación al supuesto incumplimiento señalado por la Superintendencia de no contar con un sistema informático automatizado que tenga como finalidad la detección, monitoreo y generación de alertas en tiempo real de las operaciones inusuales o sospechosas; y de aquellas cuyos montos excedan los umbrales establecidos en la política interna de la AFP y en la LCLDA, la AFP considera que la supervisora debió hacer un análisis integral de las normas jurídicas y sectoriales, especialmente de la LCLDA en conjunto con la NRP-08. El art. 25 del segundo cuerpo normativo exige a las instituciones obligadas contar con programas informáticos especializados u otras herramientas informáticas para un monitoreo continuo de las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes, condición que sí es cumplida por la apelante, tal como lo indicó en la auditoría realizada por la Superintendencia y en el procedimiento administrativo sancionador.

Afirma que cuenta con los sistemas CPS y PENSION 2000, circunstancia que fue constatada por la Superintendencia y evidenciada en el Informe No. ISP-E-05/2015 de fecha 13 de julio de 2015, lo cual fue confirmada por la supervisora en la resolución del 12 de septiembre de 2018, en la que reconoce que efectivamente AFP CONFIA, S.A cuenta con sistemas informáticos





enfocados, entre otros aspectos, al monitoreo de las cuentas. Por lo tanto, "la carencia de un sistema" no es cierto, deviniendo en ilegal la sanción impuesta.

La apelante alega que la regulación contra el lavado de dinero y de activos no contempla en ninguna disposición el significado o el contenido del concepto "tiempo real", por lo que resulta necesario auxiliarse de las mismas reglas establecidas en el Considerando VI, arts. 1 inciso 2° y 3 letras q) y ee) de las NRP-08, de las cuales resulta evidente que el término tiempo real debe ser circunscrito a la operatividad propia de la AFP, es decir, a partir de sus actividades habituales, perfil de riesgos, naturaleza, tamaño, tipos de productos y servicios, clientes, montos, canales, transacciones habituales o correspondientes al giro ordinario de la actividad o negocio.

Prosigue la apelante, que al no contar con el significado de tiempo real, la Superintendencia como ente contralor que conoce la operatividad de la apelante, debió advertir que sus procesos conllevan varias etapas que comprenden desde la recaudación de las cotizaciones previsionales que realizan los bancos autorizados a nivel nacional hasta la acreditación de las mismas en las cuentas individuales de ahorro para pensiones de cada afiliado que realiza la AFP, en virtud del proceso establecido en el Reglamento de Recaudación de Cotizaciones Previsionales al Sistema de Ahorro para Pensiones, lo que justifica que las alertas "en tiempo real" se generan justamente hasta que los procesos de acreditación han finalizado, los cuales según el art. 43 de dicho reglamento, no excederá de treinta días contados a partir del siguiente al plazo establecido para efectuar los pagos de las cotizaciones al SAP.

Concluye entonces que la Superintendencia pretende imponer una sanción basada en tipificaciones imprecisas o en conceptos jurídicos indeterminados, sin considerar los parámetros establecidos por las NRP-08 para efectuar una correcta interpretación sobre qué es una alerta en tiempo real, es una clara vulneración al principio de legalidad y por lo tanto con la finalidad de velar por las garantías jurídicas de los administrados debe declararse su ilegalidad.

Agrega que el art. 25 inciso segundo de las NRP-08, establece la base sobre la cual los sujetos obligados deben realizar el monitoreo exigido, especificando claramente que el nivel de este lo determina la evaluación de riesgo de la entidad y, en base a este y la parametrización que se establezca se genera la información que servirá para monitorear las operaciones inusuales o sospechosas, las que atendiendo a la definición normativa se encuentran íntimamente vinculadas a los patrones de transacciones habituales de la AFP, es decir, al giro ordinario de la actividad o negocio.

AFP CONFIA, S.A. cuenta con el Sistema CPS y P2000, autorizados por la Superintendencia, donde se registra toda la transaccionalidad de las operaciones del negocio, el cual se encuentra parametrizado en razón de la evaluación de riesgo identificado; y que informa de todas aquellas transacciones que sobrepasen los US\$25,000.00, situaciones que eran informadas por el sistema, tal y como lo comprobó la SSF, los cuales servían para realizar el análisis de todas aquellas transacciones que se pudieran desviar del comportamiento esperado por el cliente y así poder investigar y reportar cualquier actividad sospechosa.

Expone que para desvirtuar el supuesto incumplimiento es necesario entender el alcance del término "automático" utilizado por el supervisor, siendo este un "[mecanismo] que funciona por sí solo o que realizó total o parcialmente un proceso sin ayuda humana".

En razón de ello, afirma que los reportes generados por la herramienta informática utilizada (CPS y P200) son automáticos, pues es el sistema el que por sí solo realiza la búsqueda de aquellas operaciones que se han parametrizado, en base a la evaluación de riesgo del negocio, y que genera el reporte que sirve de base para realizar el monitoreo correspondiente. Por lo tanto, resulta contradictorio el señalamiento hecho por la Superintendencia en la resolución impugnada, por aseverar que AFP CONFIA, S.A. cuenta con programas informáticos especializados y herramientas informáticas para realizar un monitoreo de las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes, es decir efectivamente la supervisora comprobó que se generaba la información del sistema conforme a la parametrización hecha basada en el análisis de riesgo, por lo que se ha cumplido con todas las exigencias contenidas en la normativa técnica; en consecuencia, el supuesto señalamiento carece de toda motivación legal.

Continúa la apelante, que la Superintendencia en su informe ISP-E-05/2015, basa el supuesto incumplimiento en el hecho que las alertas sobre transacciones no son oportunas, porque la información que se genera de los sistemas son originados por las áreas operativas, las cuales al identificar dichas operaciones informan a la Oficialía de Cumplimiento hasta que se corren los procesos pertinentes. Para este punto, la apelante aclara que la regulación contra el lavado de dinero y de activos es de imperioso cumplimiento para los sujetos obligados; sin embargo, en ninguna disposición se señala quien debe generar la información, por lo tanto en vista que la normativa no exige que sea directamente la Oficialía de Cumplimiento, esta se puede valer de las diferentes áreas del negocio para obtener la información que le servirá de base para monitorear las operaciones inusuales o sospechosas. En ese orden, la Superintendencia no puede motivar la sanción impuesta en dicho razonamiento, en consecuencia debe declararse ilegal.



En la conducta reprochada a la apelante, la SSF asevera que las áreas operativas informan a la oficialía de cumplimiento hasta que se corren los procesos pertinentes, utilizando en el señalamiento un término indeterminado. Respecto a esta última aseveración, tal como se expuso con anterioridad es necesario tener claro que la Administradora de Fondos de Pensiones debe cumplir con el procedimiento de acreditación contemplado en el art. 43 del RRCASAP y por lo tanto será hasta que se realicen los procesos establecidos por la normativa previsional que las cotizaciones previsionales podrán ser acreditadas a la Cuenta Individual de Ahorro para Pensiones del afiliado.

II. Mediante auto de las once horas del 8 de octubre de 2018, se dio intervención a la representante legal de la sociedad apelante, se admitió el recurso de apelación interpuesto, se suspendieron provisionalmente los efectos del acto impugnado y se abrió a prueba el presente recurso. A través del escrito presentado el 18 del citado mes y año, la apelante aportó prueba documental y un disco compacto que corren agregados de folios 27 al 30.

III. Por medio de auto de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del 5 de noviembre de 2018, se mandó a escuchar al señor Superintendente en los términos que señala el art. 67 inciso final de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (en adelante LSRSF). En atención a la audiencia conferida, el Director de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia del Sistema Financiero, actuando por delegación del Superintendente, presentó el escrito inicialmente relacionado, en el cual emitió opinión sobre el recurso interpuesto y que en síntesis se relaciona en los siguientes términos:

**I) Incumplimiento al art. 15 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones**

Sobre la presunta vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al principio de tipicidad como concreción al principio de legalidad alegado por la impetrante, el Superintendente expone que el salario mínimo se refiere a la cantidad menor a recibir de dinero por un trabajador, por los servicios prestados en una jornada de trabajo. Esas sumas monetarias pueden ser generales para uno o varios sectores, ya sea para una rama determinada de actividad económica o profesiones, oficios o trabajos especiales dentro de una o varias áreas geográficas. Dichos salarios son fijados de acuerdo a lo establecido en el art. 38 ordinal 2º de la Constitución de la Republica y que es reforzado en su periodicidad de modificación por el art. 159 del Código de Trabajo.

Manifiesta que es insostenible lo expresado por la AFP, dado que el legislador en el art. 15 de la LSAP se limita únicamente a estipular "salario mínimo", en vista que las cotizaciones

previsionales de un empleado penden específicamente a sus ingresos salariales, los cuales a su vez serán estipulados acorde al sector laboral al que pertenece, es decir, no puede tener afiliado y cotizando pensión a un trabajador independiente, dedicado al sector comercio o servicio y cotizando con el salario básico del sector de recolección de cosecha de algodón. Por lo que es indispensable determinar el tipo de sector laboral y actividad que realizan los cotizantes, con el objetivo de establecer el salario mínimo que corresponde, para lograr el equilibrio económico y previsional buscado por el legislador; en consecuencia, la administradora no puede alegar ignorancia a la ley.

En relación a la falta de validación en el sistema informático, el delegado del Superintendente aclara que si bien el instructivo SAP 001/99, detalla que al presentarse un formulario de pago individual con insuficiencia en el IBC informado deberá ajustarse, pero debe entenderse sin perjuicio de lo establecido en el art. 15 de la LSAP que establece claramente que el ingreso base para calcular las cotizaciones de los trabajadores independientes será el ingreso mensual que declaren ante la Institución Administradora, que en ningún caso será inferior al salario mínimo legal mensual en vigencia; es decir que, éstos podrán realizar sus aportaciones de manera voluntaria siempre y cuando cumplan con el parámetro de ingresos mensuales ya estipulado y acordado con la Administradora.

Expresa que de conformidad con en el art. 10 del RRCASAP el IBC debe ser declarado ante la Administradora mediante un Convenio de Pago al momento de suscribir el contrato de afiliación respectivo, tomando en cuenta lo establecido en el art. 15 de la LSAP, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo mensual vigente.

## **2) Sobre el incumplimiento al art. 13 en relación con el art. 9 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos**

Sobre el argumento expuesto por la recurrente señalando un análisis subjetivo que violenta el principio de legalidad y tipicidad, el delegado del Superintendente manifiesta que la LCLDA es clara y específica al determinar la obligación de reportar a la UIF las operaciones por encima de los umbrales económicos, sin determinar exclusiones; en ese sentido, la sancionada debe procurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de prevención LD/FT, atendiendo a la naturaleza de las operaciones que realiza como Administradora de Fondos de Pensiones, pues es importante considerar que cada movimiento registrado por la misma representa operaciones de dinero objetas del control, seguimiento y reporte, establecido en la LCLDA. Por lo que considera no son atendibles los alegatos expuestos por la apelante.



Respecto a la presunta vulneración al derecho a la seguridad jurídica en virtud de la errónea interpretación y aplicación de los arts. 13 y 9 de la LCLDA, expone que el art. 9 de dicha ley determina la obligación de reportar cualquier operación o transacción ya sea en dinero, efectivo u otro medio que supere los umbrales legales establecidos, así como también de aquellas transacciones sospechosas sujetas a control y monitoreo de acuerdo con dicho artículo.

En ese sentido, se evidencia incumplimiento al control y reporte de las transacciones que superen los umbrales legales establecidos y que son de estricto cumplimiento para la entidad.

### **3) Sobre el incumplimiento al art. 25 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y de Financiamiento al Terrorismo (NRP-08)**

En relación a la vulneración al Principio de Congruencia por errónea interpretación de la Norma, el delegado del Superintendente manifestó que la AFP cuenta con programas y herramientas informáticas como son el CPS y PENSION 2000, los cuales tal como manifiesta la administradora son sistemas informáticos operativos para administrar información relativa a Tesorería, Compras, Cuentas por pagar, Activo Fijo, Inventarios, Colas, Traspasos, Expediente Electrónico, Beneficios, Gestiones, Expediciones, Presupuestos, Recursos Humanos, Fondos FOP, Balance Sheet Review; así como la Afiliación y Recaudación.

Agrega que en el art. 25 de las NRP-08 el legislador establece la obligación de contar con un sistema informático especializado al enfoque de prevención de riesgo de lavado de dinero y de activos, mismo que genere las alertas oportunas de manera automática, a efectos de realizar un monitoreo de las cuentas y servicios ofrecidos a sus usuarios.

Afirma que no cuenta con un sistema de alertas automático sobre el comportamiento no esperado del cliente, tal como lo requiere el art. 25 párrafo segundo, de las NRP-08, lo cual quedó evidenciado en la visita de inspección realizada.

Expone que el objetivo al implementar herramientas o programas informáticos no es solo lograr reportes que permitan un control y seguimiento diario si no, que su finalidad principal es *"generar alertas en tiempo real cuando las operaciones no se encuentren conforme al perfil transaccional"*, mismas que buscan generar una prevención en tiempo real ante los riesgos de estar frente a posibles transacciones que puedan derivar en lavado de dinero, permitiendo con ello, no sólo documentar las mismas internamente por parte de dicha entidad, si no también reaccionar en el tiempo oportuno e informar a terceros vinculados para su seguimiento y proceder legal.

El delegado del Superintendente concluye que no son atendibles los argumentos vertidos por AFP CONFIA, S.A., siendo procedente declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto.

IV. Habiéndose concluido con los trámites que señala la ley para el recurso de apelación, se procede a emitir la respectiva resolución definitiva. Para tal efecto, se abordarán los alegatos planteados por la sociedad apelante en el orden que han sido expuestos.

#### **1. Incumplimiento al art. 15 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones**

*Vulneración del derecho a la seguridad jurídica y al principio de tipicidad como concreción al principio de legalidad, establecidos en los artículos 2 y 86 de la Constitución*

Como se ha expuesto, AFP CONFIA, S.A. es del criterio que el Superintendente no toma en cuenta la indeterminación en la norma acerca de cuál es el salario mínimo legal mensual en vigencia, en tanto que existen diferentes tarifas de salarios mínimos determinados por el Consejo Nacional del Salario Mínimo. Afirma que no es competencia de este Comité ni de la Superintendencia fijar un parámetro para la determinación de una categoría de salario mínimo, el cual debe estar establecido y detallado en la ley, por lo que considera que se ha violado el principio de tipicidad como concreción del principio de legalidad al ser sancionada por haber acreditado cotizaciones de trabajadores independientes cuyo ingreso base de cotización, sea inferior al salario mínimo vigente y que por ello se ha infringido el art. 15 de la LSAP.

A juicio de la apelante, el IBC del señor Rigoberto Mayorga Torres (US\$200.00) no es inferior al salario mínimo más bajo (US\$98.70 correspondiente a la recolección de algodón), de los salarios vigentes a la fecha de la auditoría realizada por la Superintendencia; por lo que no se ha incumplido el art. 15 de la LSAP.

Por su parte, el Superintendente expuso que en el art. 15 de la LSAP el legislador solamente establece como límite que el IBC no debe ser inferior al salario mínimo, en vista que las cotizaciones previsionales de un empleado dependen específicamente de sus ingresos salariales, siendo indispensable identificar el sector laboral y la actividad realizada por los cotizantes, a efecto de determinar el salario mínimo correspondiente y así lograr el equilibrio económico y previsional buscado por el legislador.

De los anteriores argumentos planteados, este Comité hace las siguientes consideraciones:

Como es sabido, el principio de legalidad constituye una garantía del ciudadano frente al poder del Estado, ya que las actuaciones de las autoridades públicas que incidan en la esfera jurídica



de las personas (limitando o ampliando el margen de ejercicio de sus derechos) deben basarse en una ley previa. En esa misma línea, la Sala de lo Constitucional (en adelante SCN) expuso el contenido de este principio, así<sup>2</sup>: (i) la intervención en el goce de un derecho debe realizarse con base en una ley previa al hecho enjuiciado —*lex praevia*—; (ii) dicha ley debe haber sido emitida exclusivamente por el parlamento y bajo el carácter de ley formal —*lex scripta*—; (iii) los términos utilizados en la disposición normativa han de ser claros, precisos e inequívocos para el conocimiento de la generalidad —*lex certa*—; y, (iv) la aplicación de la ley ha de guardar estricta concordancia con lo que en ella se ha plasmado —*lex stricta*—.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional<sup>3</sup> afirma que el principio de legalidad es una derivación conceptual de la seguridad jurídica, que consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico. A la vez, es considerado como un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho.

En materia sancionatoria, este principio se desenvuelve en dos vertientes: una formal, que suele denominarse exigencia de reserva legal, y otra material conocida como mandato de tipificación legal.

En consonancia con lo anterior, la garantía de legalidad de la potestad sancionatoria de la Administración, se identifica con el conocido principio penal “*nullum crime nulla poena sine lege*” el cual exige la existencia previa de una norma legal que, por una parte, tipifique la conducta que se pretende castigar (principio de legalidad de la infracción); y por otro lado, establezca la sanción aplicable a quienes incurran en dicha conducta (principio de legalidad de la sanción).

En nuestra Constitución, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el art. 15, que dispone que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley. La garantía constitucional de este principio impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas. Dicha disposición obliga a que no se utilicen conceptos oscuros, indeterminados o inciertos, que puedan inducir a arbitrariedades que causen inseguridad jurídica a los administrados, pues cada individuo debe entender perfectamente cuál es la

<sup>2</sup> Sentencia pronunciada a las diez horas veinticinco minutos del 23 de febrero de 2018 en el proceso de amparo 580-2015.

<sup>3</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad de las catorce horas cuarenta minutos del 31 de agosto de 2015, en el proceso con referencia 115-2012.

conducta que configura un incumplimiento y cuáles serán las sanciones a imponer en caso sean incumplidas las disposiciones legales.

Por otra parte, dentro de la técnica legislativa para la determinación de la infracción y su correlativa sanción tenemos la ley penal en blanco, que consiste en aquella disposición que remite el complemento de un precepto a una disposición distinta, cualquiera que sea el origen y ubicación de esta última. Esto implica la remisión a una disposición diferente a la penal o sancionadora, que puede ser del mismo rango normativo (*normas penales en blanco impropias*) o de uno inferior (*normas penales en blanco propias*). En cuanto a las segundas, éstas se caracterizan por requerir el reenvío a disposiciones creadas por órganos distintos al Legislativo y de inferior jerarquía.

Esta postura tiene acogida en la doctrina administrativista, en la que el tratadista Alejandro Nieto<sup>4</sup> ha expuesto que una ley en blanco es una ley incompleta (por su contenido) o una ley de remisión (por su función) que, consciente de sus carencias, encomienda efectivamente al Reglamento la tarea de completarla, aunque cuidándose de indicarle cómo completarse. Cabe aclarar que debe entenderse que la ley remitida no suple los olvidos de la ley sino que completa lo que esta ha dejado sin terminar pero ya comenzado.

Sobre esta técnica, la SCN<sup>5</sup> estima que puede ser admisible si la protección penal del bien jurídico se encuentra inexorablemente relacionada con aquellos sectores sociales cuya regulación jurídica no pueden permanecer estática (como en el sistema financiero) y, además, si el núcleo de la prohibición penal aparece claramente detallado en el tipo, teniendo el reenvío un carácter expreso y netamente complementario.

Es así que dicha Sala hace distinción entre: (i) leyes penales en blanco en “sentido estricto”, es decir, aquellas que establecen la sanción a imponer, siendo necesario complementar el supuesto de hecho —aplicable al presente caso—; y, (ii) leyes penales en blanco “al revés” en las que la conducta prohibida está plenamente descrita, más no la consecuencia jurídica cuya determinación requiere de otra norma. Por lo tanto, la única manera de solventar estas contradicciones entre esta técnica legislativa y el principio de legalidad, radica en fijarle límites a su utilización.

De ahí que el legislador tiene siempre la posibilidad de recurrir a la complementación normativa por medio de un reenvío exterior, es decir, a otra disposición de igual o inferior rango legal, siempre que la naturaleza de la materia así lo exija, y describa de forma clara, precisa e

<sup>4</sup> Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. Madrid, 2012. Pg. 227.

<sup>5</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad de las catorce horas cuarenta minutos del 31 de agosto de 2015, en el proceso con referencia 115-2012.





inequívoca tanto la conducta penalmente sancionada y la sanción a imponer, no pudiendo dejar su determinación absoluta o completa a una autoridad distinta, particularmente de inferior rango<sup>6</sup>.

En el presente caso, a la administradora de fondos de pensiones se le atribuye la infracción al art. 15 de la LSAP debido a que en el proceso de acreditación de cotizaciones de los trabajadores independientes a través de formulario de pago individual, no ha implementado una validación en su sistema informático, que le permita identificar e impedir las acreditaciones de cotizaciones cuyo importe de Ingreso Base de Cotización, sea inferior al salario mínimo vigente.

El incumplimiento señalado se debió a que el señor Rigoberto Mayorga Torres (trabajador independiente), para el período de devengue de mayo 2015 realizó el cálculo de su cotización con un IBC de US\$200.00 que según la Superintendencia es inferior al salario mínimo legal vigente.

El citado art. 15 inciso 1° dispone: “[e]l ingreso base para calcular las cotizaciones de los trabajadores independientes, será el ingreso mensual que declaren ante la Institución Administradora, que en ningún caso será inferior al salario mínimo legal mensual en vigencia. Los trabajadores independientes serán responsables del pago total de las cotizaciones a que se refiere el artículo 16 de esta Ley” (negrita agregado).

De la lectura del contenido del art. 15 de la LSAP se determina que el legislador ha utilizado la técnica del reenvío para configurar la infracción, ya que se necesita saber las tarifas de los salarios mínimos por rama de actividad económica que decreta el Consejo Nacional del Salario Mínimo para completar el tipo infractor. Es decir, que para que a AFP CONFIA, S.A. se le atribuya el incumplimiento de dicho artículo, se debió establecer por el legislador a qué rama económica pertenecía el salario mínimo que debió haberse utilizado en el caso del señor Rigoberto Mayorga Torres.

Para el cumplimiento de esta disposición los trabajadores independientes deben calcular sus cotizaciones con el IBC que declare a la AFP y en ningún caso será inferior al salario mínimo legal en vigencia. Sin embargo, para efectos sancionatorios esta disposición no establece a qué rama o actividad económica corresponde la tarifa de salario mínimo a que se refiere dicho artículo.

Relacionado con este punto, es necesario tener en consideración el contenido del art. 10 del RRCASAP que establece la obligación de los trabajadores independientes de declarar su ingreso mensual ante la AFP mediante un Convenio de Pago al momento de suscribir el contrato de

<sup>6</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad de las catorce horas cuarenta minutos del 31 de agosto de 2015, en el proceso con referencia 115-2012.

afiliación. Con la información declarada por el trabajador, podría determinarse a qué sector laboral pertenece y qué salario mínimo sería el aplicable para efectos de cumplir con lo señalado en el art. 15 de la LSAP; sin embargo, para efectos sancionatorios no es posible configurar el tipo infractor al momento de la aplicación de la ley.

Cabe aclarar que la Constitución ha reconocido a los trabajadores el derecho a devengar un salario mínimo, que se fijará periódicamente. Este atenderá sobre todo al costo de la vida, índole de la labor, diferentes sistemas de remuneración, distintas zonas de producción y a otros criterios similares, el cual deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales del hogar del trabajador en el orden material, moral y cultural (art. 38 ordinal 2º).

Los arts. 155 y 159 del Código de Trabajo estipulan que corresponde al Consejo Nacional de Salario Mínimo fijar las tarifas de salarios mínimos, que se aprobarán mediante decreto, los cuales deberán ser revisados por lo menos cada tres años.

En el caso que nos ocupa, este Comité advierte que en el mes de devengue sobre el que cotizó el señor Rigoberto Mayorga Torres (mayo de 2015), se encontraban vigentes los Decretos Ejecutivos 103, 104, 105 y 106 publicados en el Diario Oficial del 1 de julio de 2013, que fueron referidos por la apelante, los cuales establecían 10 diferentes salarios mínimos según sectores económicos productivos de la nación de la siguiente forma: a) trabajadores agropecuarios; b) comercio y servicio; c) industria; d) maquila textil y confección; e) recolección de cosechas, subdivididos en: café, algodón y caña de azúcar; y, f) industria agrícola de temporada, subdivididos en: beneficio de café, ingenio azucarero y beneficio de algodón.

Como puede advertirse el art. 15 de la LSAP no precisa a qué tipo de sector productivo se refiere *el salario mínimo legal mensual en vigencia*, por lo que el Superintendente no puede complementar el supuesto de hecho, determinando a qué tipo de sector productivo corresponde la tarifa de salario mínimo que debe considerarse para efectos sancionatorios. Dicho en otros términos, no puede estipularse como una conducta típica que el IBC del señor Rigoberto Mayorga Torres sea inferior al salario mínimo mensual en vigencia, debido a que la disposición legal señala a qué tipo de rubro económico se refiere.

Como se dijo en párrafos precedentes, el principio penal "*nullum crime, nulla poena sine lege*" (ningún delito, ninguna pena sin ley previa) exige la existencia previa de una norma legal que tipifique la conducta que se pretende castigar (principio de legalidad de la infracción), circunstancia que en este caso no se ha cumplido al no haberse configurado el tipo infractor. Por lo que, al no



existir una conducta sujeta de infracción, tampoco la conducta de la entidad puede ser sujeta de sanción. En consecuencia, procede su revocación.

Una vez establecida la ilegalidad de la sanción impuesta por vulneración al principio de tipicidad como concreción del principio de legalidad, este Comité omitirá pronunciarse, por inoficioso, sobre el segundo argumento expuesto respecto de esta infracción.

**2) Sobre el presunto incumplimiento al art. 13 en relación con el art. 9, ambos de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos (LCLDA)**

***Violación a los principios de legalidad y tipicidad***

Sobre esta infracción, la apelante alega que el art. 13 de la LCLDA exige verificar todas las transacciones que se realicen bajo los parámetros, cantidades y condiciones a las que alude el art. 9 de la LCLDA. Este último artículo requiere separar las operaciones en efectivo de aquellas que se efectúan por cualquier otro medio diferente a este. En ese sentido, se establece la obligación de reportar las transacciones u operaciones en efectivo que excedan los US\$10,000.00 y las operaciones financieras que se efectúen por cualquier otro medio cuando fueren superiores a US\$25,000.00, o sus equivalentes en cualquier moneda extranjera, cuando sean realizadas en un mismo día o en el plazo de un mes, sean individuales o múltiples, e independientemente se consideren sospechosas o no.

Sobre este motivo, el delegado del Superintendente expresó que la LCLDA, es clara y específica al determinar la obligación de reportar las operaciones que superan los umbrales económicos establecidos en el art. 9 de la LCLDA. Agrega que debe considerarse cada movimiento registrado por la misma, el cual representa sumas dinerarias, foco principal del control, seguimiento y reporte, acorde a lo establecido en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

De los anteriores argumentos, este Comité hace las siguientes consideraciones:

En reiteradas resoluciones, este Comité ha expresado que el principio de tipicidad dirige tanto la labor legislativa como la del aplicador de la norma. Respecto de la primera, 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 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 merecida<sup>7</sup>.

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<sup>8</sup>—.

En el presente caso, AFP CONFIA, S.A. controvierte el juicio de tipicidad a cargo del Superintendente, por lo que se analizará si este ha vulnerado los derechos de legalidad y tipicidad de la apelante.

*La conducta por la cual fue sancionada la recurrente es por "carece [r] de controles internos para identificar operaciones inusuales o sospechosas que de forma acumulada por operaciones segmentadas en un mismo día o en el término de un mes, superen los umbrales establecidos en dicho artículo, para las cotizaciones obligatorias realizadas por los trabajadores independientes, cuyo umbral establecido para que la Jefatura de Fondos reporte operaciones a la Oficial de Cumplimiento, asciende a veinticinco mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$25,000), dejando por fuera aquellas que sean mayores a diez mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$10,000) y menores a veinticinco mil Dólares de los Estados Unidos de América (US\$25,000)"*

En la auditoría realizada por la Superintendencia se verificó que en las Políticas Internas de Procedimiento de Prevención, Detección y Reporte de Operaciones Relacionadas con el Lavado de Dinero y de Activos (DOT-045), consta en el numeral tercero el mapa de proceso para el pago de cotizaciones y beneficios que superen los veinticinco mil dólares (US\$25,000.00), los cuales deben

---

<sup>7</sup> Sentencia de las trece horas con cincuenta y tres minutos del veinticuatro de agosto de dos mil quince, en el proceso de inconstitucionalidad 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013.

<sup>8</sup> Sentencia de las once horas veintisiete minutos del doce de julio de dos mil trece, pronunciada en el proceso contencioso administrativo con referencia 286-2007.



ser enviados al Oficial de Cumplimiento para que este proceda a informarlo a la UIF; sin embargo, no se consideró en dicho procedimiento aquellos trámites que se realicen en efectivo, iguales o superiores a los diez mil dólares (US\$10,000.00).

Respecto de este incumplimiento, este Comité considera oportuno hacer referencia al procedimiento para la recaudación de las cotizaciones previsionales y la acreditación a las cuentas individuales de ahorro para pensiones que constan en el RRCASAP.

El art. 7 inciso primero del referido cuerpo normativo establece que la recaudación de las cotizaciones de los afiliados al SAP residentes en El Salvador, se realizará a través de entidades bancarias que operen dentro del país y se encuentren inscritas en el Registro Público del SAP. Es decir, que las AFP no pueden recibir pago de cotizaciones de los trabajadores independientes en efectivo, ya que esto es una atribución de los bancos. Para efectuar la recaudación, los bancos y cada AFP deben suscribir un contrato de servicios de recaudación en el que se acuerde abrir una cuenta corriente a nombre del Fondo de Pensiones, en la que se registrarán exclusivamente las operaciones de recaudación del mismo.

Una vez realizado el pago de la cotización, la entidad recaudadora remitirá a la AFP, al siguiente día hábil de recibido el pago, el listado de los pagos (con indicación de la fecha de recepción en caja y la agencia o sucursal en que se recibió) y los originales de las planillas de pago. Con esa documentación la AFP llevará a cabo las conciliaciones de planillas siguientes: 1) con abonos bancarios; y, 2) de pago de cotizaciones previsionales (art. 42 del RRCASAP).

Posteriormente se realiza la acreditación, que consiste en la asignación de las cotizaciones al fondo de pensiones, en las cuentas de sus titulares, para ello la AFP debe efectuar validaciones que permitan identificar al propietario de la cotización (art. 43 del RRCASAP). Finalmente, se abonará el pago de las cotizaciones a las Cuentas Individuales de Ahorro para Pensiones (CIAP), según corresponda (art. 46 del RRCASAP).

Por otra parte, el art. 15 de la LSAP no estipula un máximo de IBC para el cálculo de las cotizaciones de los trabajadores independientes; no obstante, el art. 14 de la LSAP sí establece dicho máximo con respecto a las cotizaciones de los trabajadores dependientes; por lo que atendiendo al principio de igualdad consagrado en el art. 3 de la CN, por igualdad de condiciones, debe entenderse que el IBC máximo es aplicable al trabajador dependiente e independiente.

Así las cosas, el límite máximo del ingreso básico de cotización será el equivalente a la mayor remuneración pagada en moneda de curso legal por la Administración Pública, dentro del

territorio nacional, de conformidad a la Ley de Salarios con cargo al Presupuesto General y Presupuesto de Instituciones descentralizadas no empresariales, excluyendo gastos de representación, así como los salarios que aparezcan señalados en dicha ley para las plazas del Servicio Diplomático y Consular.

De acuerdo a la Ley de Presupuesto y la Ley de Salarios para el ejercicio financiero fiscal del año dos mil quince, aprobadas mediante Decretos Legislativos No 866 y 867, respectivamente, publicados en el Diario Oficial No 229 del 8 de diciembre de 2014, la mayor remuneración pagada por la Administración Pública fue de US\$6,377.15. De ahí que la cotización obligatoria para un trabajador independiente para el año 2015 no podría ser superior a US\$829. 03 (13%<sup>9</sup> sobre el IBC máximo), lo que confirma que, efectivamente, la apelante no recibe pagos de cotizaciones que excedan los diez mil dólares en efectivo, tal y como lo establece el art. 9 de la LCLDA.

El art. 13 inciso 1° de la LCLDA regula que: *"los sujetos obligados deben controlar las transacciones que realicen sus clientes y usuarios, que sobrepase las cantidades establecidas y las condiciones indicadas en el art. 9, inciso primero de la presente ley."*

Por su parte, el art. 9 inciso 1° de la LCLDA dispone que: *"[l]os sujetos obligados deberán informar a la UIF, por escrito o cualquier medio electrónico y en el plazo máximo de cinco días hábiles, cualquier operación o transacción de efectivo, fuere individual o múltiple, independientemente que se considere sospechosa o no, realizada por cada usuario o cliente que en un mismo día o en el término de un mes exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en cualquier moneda extranjera. El plazo para remitir la información se computará a partir del día siguiente de realizada la operación o transacción. Igual responsabilidad tendrán si se trata de operaciones financieras que se efectúen por cualquier otro medio, si esta fuere superior a veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en cualquier moneda extranjera."*

Las anteriores disposiciones, obligan a AFP CONFIA, S.A. a contar con controles, políticas y procedimientos con el fin de identificar las operaciones o transacciones sospechosas, de efectivo que excedan los diez mil dólares o las que se efectúen por cualquier otro medio que superen los veinticinco mil dólares.

---

<sup>9</sup> Vigente a la fecha de realizarse la auditoría por la Superintendencia (Informe Borrador No. ISP-E-05/2015, elaborado el 13 de julio de 2015).



Sin embargo, AFP CONFIA, S.A. se encuentra imposibilitada de efectuar dichos controles respecto de las *cotizaciones obligatorias realizadas por los trabajadores independientes* ya que, el sistema de recaudación (por normativa) no permite que la entidad reciba pago en efectivo de las cotizaciones de trabajadores que sobrepasen los diez mil dólares. En consecuencia, al tratarse de una imposibilidad de encontrarse de un supuesto de hecho, la entidad no puede ser sancionada por este incumplimiento.

Este Comité considera oportuno aclarar que la AFP, de acuerdo con los arts. 2 Inciso 3º, número 1) de la LCLDA y 7 letra d) de la LSRSF es un sujeto obligado al cumplimiento de la LCLDA, por lo tanto debe identificar fehacientemente y con la diligencia necesaria a todos los usuarios que requieran sus servicios. Así como también deben controlar las transacciones que realicen sus clientes y usuarios a efecto de identificar oportunamente cualquier transacción inusual o sospechosa, respecto a actividades que la administradora pudiera realizar, que no se refieran a las cotizaciones de los trabajadores.

Así las cosas, al considerarse que AFP CONFIA, S.A. no se encontraba dentro de los supuestos de hecho que exige la ley, no puede atribuirse el incumplimiento. En consecuencia, la sanción impuesta vulnera el principio de tipicidad por lo que procede su revocación.

Establecida la vulneración al principio de tipicidad, este Comité omitirá pronunciarse, por inoficioso, sobre la vulneración al derecho a la seguridad jurídica por errónea interpretación y aplicación de los arts. 13 y 9 de la LCLDA.

**3) Sobre el presunto incumplimiento al art. 25 de las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos y del Financiamiento al Terrorismo (NRP-08)**

**Vulneración al principio de congruencia por la errónea interpretación de la norma**

La AFP considera que se debió hacer un análisis integral de las normas jurídicas y sectoriales, especialmente de la LCLDA en conjunto con la NRP-08. La apelante expresa que da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 25 de la NRP-08 ya que cuenta con los sistemas informáticos CPS y PENSION 2000, enfocados, entre otros aspectos, al monitoreo de las cuentas. Por lo tanto, no es cierto que exista "carencia de un sistema", deviniendo en ilegal la sanción impuesta. Agrega que en dichos sistemas se registra toda la transaccionalidad de las operaciones del negocio, en los que se encuentra parametrizado las transacciones que sobrepasen los US\$25,000.00. Las

parametrizaciones sirven para realizar el análisis de todas aquellas transacciones que se pudieran desviar del comportamiento esperado por el cliente y así poder investigar y reportar cualquier actividad sospechosa.

Agrega la apelante que en la normativa contra el lavado de dinero y de activos no se contempla en disposición alguna, el significado del concepto "tiempo real", por lo que este debe ser circunscrito a la operatividad propia de la AFP, es decir, a partir de sus actividades habituales, perfil de riesgos, naturaleza, tamaño, tipos de productos y servicios, clientes, montos, canales, transacciones habituales o correspondientes al giro ordinario de la actividad o negocio.

Señala además, que los reportes generados por la herramienta informática utilizada, sí son automáticos, porque el sistema por sí solo realiza la búsqueda de aquellas operaciones que se han parametrizado, en base a evaluación de riesgo del negocio. Por lo que resulta contradictorio el señalamiento hecho por la Superintendencia en la resolución impugnada ya que se comprobó que efectivamente se generaba la información del sistema conforme a la parametrización basada en análisis de riesgo, habiendo cumplido con las exigencias contenidas en la normativa técnica; en consecuencia, el supuesto señalamiento carece de toda motivación legal.

Por su parte, el delegado del Superintendente expuso que la AFP cuenta con los programas y herramientas informáticos CPS y PENSION 2000 los cuales, tal como manifiesta la administradora, son sistemas informáticos operativos para administrar información relativa a Tesorería, Compras, Cuentas por pagar, Activo Fijo, Inventarios, Colas, Traspasos, Expediente Electrónico, Beneficios, Gestiones, Expediciones, Presupuestos, recursos Humanos, Fondos FOP, Balance Sheet review; así como las Afiliación y Recaudación.

Que el art. 25 de las NRP-08 es claro en establecer la obligación de contar con un sistema informático en la prevención de riesgo de lavado de dinero y de activos, mismo que genere las alertas oportunas de manera automática, a efectos de realizar un monitoreo de las cuentas y servicios ofrecidos a sus usuarios; alertas con las que no cuenta el sistema de la supervisada.

Sobre esta infracción, este Comité aclara que los argumentos planteados por la apelante se centran en la vulneración al principio de tipicidad y no al de congruencia como lo ha señalado.

En el presente caso, la conducta que se le atribuye a AFP CONFIA, S.A. es por incumplimiento al art. 25 de la NRP-08 por no contar con un sistema informático automatizado que tenga como finalidad la detección, monitoreo y generación de alertas en tiempo real de las





operaciones inusuales o sospechosas y de aquellas cuyos montos excedan los umbrales establecidos en el art. 9 de la LCLDA y en la política interna de la AFP.

El referido art. 25 dispone que: “[l]as entidades deben contar con programas informáticos especializados u otras herramientas informáticas que permitan realizar un monitoreo continuo de las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes, entre ellas las operaciones activas, pasivas y patrimoniales, inclusive aquellas registradas en cuentas de orden y en cuentas contingentes como fideicomisos, carteras en administración, entre otros, con la finalidad de generar alertas en tiempo real cuando las operaciones no se encuentren conforme al perfil transaccional.

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

Este artículo delimita que el monitoreo debe realizarse en las cuentas y servicios ofrecidos a los clientes. Al tratarse de una administradora de fondos de pensiones, sus clientes son los afiliados, los cuales mantienen una relación jurídica que origina derechos y obligaciones que la LSAP establece.

Otro de los puntos que debe analizarse por parte de este Comité es lo relacionado a la exigencia que las alertas deben ser generadas en tiempo real. Para ello, es necesario traer a consideración: 1) qué es lo que se considerará como “tiempo real” y 2) si la administradora de fondos de pensiones estaba en la posibilidad que concurriera el supuesto de hecho a fin que a ésta se le exija la observancia del art. 25 de las NRP-08.

Tal como lo afirma la recurrente en su escrito de apelación, el término “tiempo real” no se encuentra definido en la normativa antilavado (LCLDA, RLCLDA, NRP-08 e Instructivo UIF) y de la lectura del acto impugnado se evidencia que el señor Superintendente omitió establecer el alcance de dicho término.

El art. 25 de la NRP-08 hace referencia a la obligación de contar con un sistema especializado que genere las alertas en tiempo real, por lo que es necesario que este comité dote de contenido dicho término.

Según Luis Miguel Jiménez García y otros<sup>10</sup>, el término *sistema* se define como un conjunto de componentes que colaboran para alcanzar algún propósito común; asimismo, define *sistema de tiempo real* como un sistema basado en un computador que debe resolver diferentes aspectos de forma simultánea: rápida respuesta; operación continua; reacción ante estímulos; fallo en los componentes o en sus conexiones; incertidumbre acerca de los retardos de procesamiento y comunicación; posible distribución geográfica y la posible necesidad de adaptarse a lo largo del tiempo (mientras está operando) ante cambios de requerimientos y circunstancias. Los autores antes mencionados afirman que un sistema de tiempo real resuelve los anteriores aspectos por medio de la colaboración entre componentes que individualmente no tienen un conocimiento del sistema en su conjunto.

Mencionan además que cualquier definición de los sistemas de tiempo real debe destacar dos aspectos que son:

a) Se trata de sistemas en los que el tiempo de respuesta es un aspecto clave. Es decir que no importa solo que sea capaz de generar un resultado correcto sino que éste se produzca en un tiempo determinado.

b) Debe responder ante estímulos generados por el entorno dentro de un período de tiempo finito, es decir, interactúa con el entorno (mundo físico) adquiriendo, y generando una acción sobre dicho entorno.

Habiendo definido en qué consiste un sistema que opere en tiempo real, corresponde ahora identificar si la apelante estaba ante la posibilidad de encontrarse en el supuesto de hecho para que le fuera exigible el cumplimiento de la obligación en comento.

Como se ha expuesto en el número 2) *supra*, de acuerdo con el RRCASAP, la recaudación de las cotizaciones previsionales se realiza a través de entidades bancarias y que, por mandato de esta normativa no es posible que AFP CONFIA, S.A. cumpla con la obligación de generar en tiempo real las alertas de las operaciones inusuales o sospechosas y de aquellas cuyos montos que excedan los US\$10,000.00, al verse imposibilitada de recibir en efectivo montos que excedan de esa cantidad en las cotizaciones de los trabajadores.

---

<sup>10</sup> Jiménez García, Luis Miguel y otros. *Sistemas Informáticos en Tiempo Real: Teoría y Aplicaciones*. 2017. ISBN 9788416024469



De lo anterior, se concluye que la generación de alertas en tiempo real no puede suscitarse en el caso de la recaudación de cotizaciones, pues implicaría que la administradora de fondos de pensiones fuera la entidad que realizara la recaudación de la cotización. En consecuencia, para detectar una operación que sobrepase los US\$10,000.00 solo podrá ser posible al momento de realizarse el proceso de pago ya que, es cuando se reciben las cantidades de dinero en efectivo.

Y es que, para considerar que la supervisada está obligada a generar alertas en tiempo real, los pagos en efectivo de cotizaciones deberían de realizarse directamente a la administradora de pensiones y no a los bancos. Por lo tanto, si existiere una operación que exceda los US\$10,000.00, la obligación de reportarla sería de la institución bancaria receptora.

Cabe destacar que esto no inhibe a la apelante a que, una vez acreditadas las cotizaciones en el sistema de la AFP, deba cumplir con la normativa anti lavado, para tal efecto se deben realizar los análisis correspondientes a operaciones inusuales o sospechosas o las que se realicen por otros medios y que excedan de US\$25,000.00, con la finalidad de generar las alertas conforme al perfil transaccional de los clientes que en este caso son los afiliados. Sin embargo, por la naturaleza del negocio, la AFP se ve imposibilitada de cumplir dicha obligación en *tiempo real*.

En ese sentido, la conducta reprochada a AFP CONFIA, S.A. no se adecua en lo relativo a la generación de alertas en tiempo real, de acuerdo a lo estipulado en el art. 25 de la NRP-08, por lo que es procedente revocar la sanción impuesta.

Habiéndose establecido los vicios relacionados en cada una de las infracciones atribuidas, procede la revocación de las sanciones respectivas impuestas.

**POR TANTO:** con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los arts. 43, 44, 50, 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; 150, 156 y 180 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones; 15 y 86 de la Constitución de la República, este Comité **RESUELVE:**

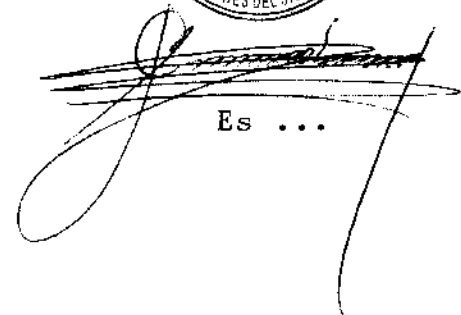
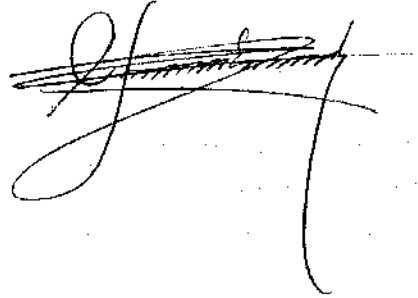
- I) **REVÓQUESE** la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las diez horas diez minutos del 12 de septiembre de 2018 en el procedimiento administrativo sancionador PAS-026/2016 promovido contra AFP Confía, S.A.
- II) **DEVUÉLVASE** oportunamente el expediente con referencia PAS-026/2016 a la Superintendencia del Sistema Financiero.
- III) **ARCHÍVESE** el presente expediente de apelación.

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

Notifíquese.-



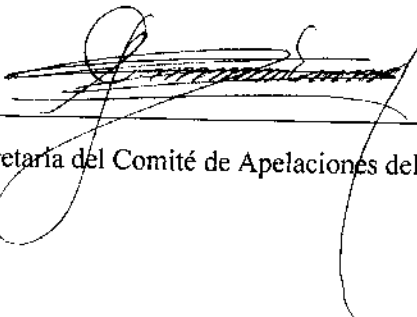
PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN.-



Es ...

conforme con su original, con el cual se confrontó. Y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación, que consta de quince folios, para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero. San Salvador, a las once horas quince minutos del día once de enero de dos mil diecinueve.



  
\_\_\_\_\_  
Secretaría del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero

