

La Infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: que la presente fotocopia de la resolución de las nueve horas treinta minutos del uno de agosto de dos mil diecinueve, pronunciada por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero, en el recurso de apelación con referencia CA-02-2019, promovido por Industrias Bolívar, S.A. de C.V., por medio de su representante legal, señor Mario Ernesto Portillo Flores, y que literalmente dice:



CA-02-2019

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del uno de agosto de dos mil diecinueve.

A sus antecedentes el escrito presentado el 18 de julio de este año, mediante el cual la Superintendente del Sistema Financiero (en adelante, la Superintendente), por medio de su delegado, emite opinión sobre el presente caso, en atención a lo dispuesto en el art. 67 inciso final de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (en adelante, LSRSF).

Mediante la resolución de las nueve horas con treinta minutos del 4 de julio de 2019 (folio 54) se ordenó hacer del conocimiento de INDUSTRIAS BOLÍVAR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE y de la Superintendente toda la información obtenida de AFP CONFÍA, S.A. y AFP CRECER, S.A., según se relacionó en dicha resolución; y se les concedió un plazo para que, si lo estimaban pertinente, se pronunciaran sobre la misma. Al respecto, en el escrito relacionado en el párrafo anterior, la Superintendente explicó cuál fue la fuente de la información analizada para imponer la sanción, reconociendo, además, que el Comité puede verificar dichos aspectos; por su parte, la sociedad apelante no hizo uso de la audiencia conferida.

VISTOS en apelación la resolución emitida por el Superintendente del Sistema Financiero (en adelante, el Superintendente) a las catorce horas con diez minutos del 3 de mayo de 2019, en el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS 10/2015, incoado contra INDUSTRIAS BOLÍVAR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia INDUSTRIAS BOLÍVAR, S.A. DE C.V. (en adelante, INDUSTRIAS BOLÍVAR o la sociedad apelante), mediante la cual determinó que la referida sociedad es responsable administrativamente del incumplimiento de pagar las cotizaciones previsionales de sus trabajadores a AFP CONFÍA, S.A. y a AFP CRECER, S.A., correspondientes a los períodos declarados de junio, agosto, octubre y noviembre de dos mil doce; enero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil trece; y, enero y febrero de dos mil catorce, cuyos plazos de vencimiento para el pago fueron entre julio de dos mil doce y marzo de dos mil catorce; y, en consecuencia, sancionarla con una multa por la cantidad de cinco mil quinientos dieciséis dólares con noventa y dos centavos (US\$5,516.92), por la infracción verificada de conformidad con los artículos 13, 19 y 161 número 1 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones (en adelante, LSAP).

Y CONSIDERANDO:

I. Que INDUSTRIAS BOLÍVAR, a través de su representante legal, señor Mario Ernesto Portillo Flores, interpuso recurso de apelación contra la decisión descrita en el preámbulo de esta

resolución, por considerar que adolece de vicios invalidantes. A continuación, se resumen los argumentos expuestos por la sociedad apelante.

1. Violación al principio de legalidad.

Afirma INDUSTRIAS BOLÍVAR que se ha violado el principio de legalidad porque el Superintendente, al emitir la resolución impugnada, no motivó adecuadamente la sanción impuesta. Asegura que dicha autoridad se limitó a analizar por qué consideraba que se había cometido la infracción establecida en el art. 161 de la LSAP, pero no motivó ni explicó por qué imponía una multa por la cantidad de US\$5,516.92; es decir, no detalló cómo llegó a esa cuantía de la pena, haciendo uso de la ley, ni cuáles fueron los documentos que le sirvieron de base para determinarla.

2. Violación al principio de presunción de inocencia y culpabilidad.

En primer lugar, INDUSTRIAS BOLÍVAR expone que se ha violado el principio de presunción de inocencia del cual goza, porque la autoridad sostiene que es la sociedad apelante quien debió, en el plazo probatorio, aportar prueba que comprobara su inocencia. Explica que en el Derecho administrativo sancionador la carga de la prueba se transfiere a la Administración Pública, debiendo ésta valorar conforme a la prueba que recabe, si el actuar del administrado encaja en alguna de las infracciones estipuladas en la ley para proceder a la imposición de la multa, lo cual no ha sucedido en el presente caso, porque no se motivó qué tipo de prueba se utilizó para acreditar el cometimiento de la infracción establecida en el art. 161 de la LSAP, ni mucho menos se motivó cómo se llegó al monto de la sanción.

Señala que, ante la duda, se debió haber absuelto con base en el principio de presunción de inocencia y no sancionarla antojadiza y arbitrariamente como ha ocurrido.

En segundo lugar, la apelante afirma que ha existido una violación al principio de culpabilidad porque no se fundamentó, ni mucho menos se probó que el actuar de la sociedad sancionada fuera con dolo o con culpa para adecuar, conforme a ello –y con respeto al principio de proporcionalidad de la pena-, el monto de la multa impuesta. Insiste en que no se probó con la prueba idónea y fehaciente que se hayan entregado de forma tardía las cotizaciones de los empleados, considerando que, por ello, se ha violado el art. 54 de la LSRSF.

Agrega que tampoco se valoró si existían eximentes de responsabilidad en la infracción supuestamente cometida, como es un caso fortuito o fuerza mayor, siendo, a su criterio, una obligación legal.



3. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

Con base en el principio de eventualidad, la apelante señala que operó la caducidad del procedimiento administrativo sancionador que dio como resultado el acto impugnado, porque aquél inició en la fecha del emplazamiento (de conformidad con la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos), es decir, el 20 de marzo de 2015, y la resolución final fue emitida hasta el 3 de mayo de 2019. Considera que, al ser evidente que el procedimiento ya estaba caducado, no debió emitirse resolución final sancionando, sino, más bien, dictando el auto de caducidad e iniciar nuevamente el procedimiento si todavía no había transcurrido el plazo de prescripción. Así, concluye que debe revocarse el acto impugnado por ser contrario al principio de legalidad.

II. Mediante la resolución de las catorce horas veinte minutos del 4 de junio de este año (folios 21 y 22), este Comité dio intervención al señor Mario Ernesto Portillo Flores, en su calidad de representante legal de INDUSTRIAS BOLÍVAR, requirió a la Superintendente el expediente administrativo relacionado con el presente caso, en vista de haberse presentado el escrito de apelación directamente en las oficinas del Comité, y ordenó la suspensión de los efectos de la resolución impugnada en lo relativo al pago de la multa impuesta en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 66 inciso final de la LSRSF y 127 de la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA).

Por medio de la resolución de las nueve horas treinta minutos del 13 de junio del año que transcurre (folios 30 y 31), se admitió el recurso de apelación interpuesto, se ordenó el inicio de la etapa probatoria y, durante el término de la misma, la entrega del respectivo historial de declaraciones y pagos de cotizaciones efectuadas por INDUSTRIAS BOLÍVAR a AFP CONFÍA, S.A. (en adelante, AFP CONFÍA) y a AFP CRECER, S.A. (en adelante, AFP CRECER) en los períodos que fueron detallados. Para cumplir este último requerimiento, ambas AFP presentaron escrito el 26 de junio de este año; sustituyendo AFP CONFÍA la información originalmente presentada, el 3 de julio de 2019.

Con la finalidad de que la apelante y la Superintendente se pronunciasen sobre la información obtenida de las AFP, mediante la resolución de las nueve horas treinta minutos del 4 de julio de 2019 (folio 54) se les concedió un plazo de 8 días hábiles; durante el cual, también la autoridad emisora del acto impugnado podía pronunciarse sobre los motivos de apelación.

El 18 de julio de este año, la Superintendente hizo uso de la audiencia conferida, exponiendo su postura sobre la información incorporada por el Comité y justificando la legalidad de la decisión impugnada mediante los argumentos que a continuación se puntualizan.

1. Sobre la presunta vulneración al principio de Legalidad.

Luego de citar reciente jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia sobre la exigencia de motivación en el acto administrativo y las funciones que aquélla cumple, destaca que la resolución final impugnada, en el romano primero, referente a “Incumplimientos”, contiene e identifica las razones de hecho por las cuales se sanciona a la sociedad apelante, siendo estas la declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores en AFP CONFÍA y AFP CRECER, correspondientes a los períodos de devengue también detallados en el acto.

Agrega que en la resolución impugnada, en el romano tercero “Argumentos de Derecho sobre las Infracciones Atribuidas”, se establecen las razones de derecho y los artículos de la LSAP considerados infringidos y en los que se fundamenta la decisión de la Superintendencia, siendo estos el 13, que establece la obligación de los patronos de pagar las cotizaciones de sus trabajadores durante la vigencia de la relación laboral; el artículo 19, que establece el plazo en que deben ser declaradas y pagadas las cotizaciones; y, el artículo 161, que dispone que la omisión en el pago de las cotizaciones de los trabajadores será sancionada con multa del veinte por ciento de la cotización no pagada, más un recargo moratorio del dos por ciento por cada mes o fracción, conceptos que motivan el fallo objeto de impugnación.

Por otra parte, sobre el documento que sirve de sustento a la cuantía de la multa, explica que tanto en el auto de inicio del procedimiento como en la resolución final impugnada, se hizo del conocimiento de la sociedad apelante que el documento por el cual se inició el procedimiento por las infracciones atribuidas, fue el Memorando ISP-077/2014 de la Intendencia del Sistema de Pensiones, el cual contiene la información sobre el reporte de mora en el pago de las cotizaciones previsionales de los trabajadores a cargo de INDUSTRIAS BOLÍVAR, por los montos y en los períodos de devengue detallados en los anexos II-A y II-B. Explica que dicha información se obtuvo a través de vistas a los sistemas de las Administradoras de Fondos de Pensiones, de conformidad a lo establecido en el Instructivo No. SAP-20/98.

Por último, enfatiza que en el mencionado memorando, en el anexo IV, se encuentra el cálculo de la multa a imponer por las infracciones cometidas en el que se detallan el año y mes de la cotización, el tipo de mora, el monto de la multa y de los recargos moratorios, así como el total a pagar por la infracción.

2. Sobre la presunta violación al principio de presunción de inocencia y culpabilidad.

Considera que las razones expuestas en el apartado anterior evidencian que no ha existido una violación a los principios en cuestión. Como puede constarse de la lectura del expediente administrativo, destaca que en todo momento la recurrente tuvo conocimiento de los hechos que se atribuyeron, las



disposiciones presuntamente infringidas y sus consecuencias, habiéndosele habilitado las etapas procedimentales pertinentes para ejercer su derecho de defensa.

Sobre la omisión de valoración de eximentes de responsabilidad, explica que el art. 161 de la LSAP establece taxativamente la cuantía de la multa a imponer a los empleadores por la declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores, sin que exista en la citada ley alguna disposición que permita o contemple eximentes de responsabilidad administrativa o márgenes de discrecionalidad que puedan ser tomados en consideración al momento de fijar el monto de la sanción a imponer.

3. Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador argumentada.

Expone que la LSRSF no estipula una consecuencia jurídica, caducidad o sanción administrativa en el supuesto de que se dicte un acto fuera de los plazos establecidos en la citada ley; tampoco advierte un agravio o perjuicio directo al administrado por la emisión de la resolución fuera del plazo. Por último, basándose en jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, si bien los plazos establecidos en la ley para emitir las resoluciones administrativas son un elemento reglado del acto y la Administración está llamada a cumplirlos, sostiene que en la mayoría de casos se configura como una irregularidad no invalidante.

La Superintendente, por medio de su delegado, concluye su escrito solicitando se confirme el acto por medio del cual se sancionó a la sociedad apelante.

III. La decisión objeto del presente recurso es la multa impuesta a INDUSTRIAS BOLÍVAR por la declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores a la AFP CONFÍA y a la AFP CRECER, en los períodos de junio, agosto, octubre y noviembre de 2012; enero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013; y, enero y febrero de 2014. Tales periodos superaron el examen de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora realizado por el Superintendente en el acto impugnado, resultado que fue constatado por este Comité.

A continuación, este Comité analizará los motivos de apelación denunciados siguiendo el orden propuesto en el escrito de apelación, separando el examen de los argumentos correspondientes a la supuesta violación del principio de presunción de inocencia y del principio de culpabilidad que han sido expuestos por la apelante en un mismo apartado.

1. Sobre la supuesta violación al principio de legalidad.

La apelante asegura que la autoridad emisora del acto impugnado no motivó ni explicó por qué imponía una multa por la cantidad de US\$5,516.92; es decir, no detalló cómo llegó a la cuantía de la

pena. Asimismo, indica que tampoco consta cuáles fueron los documentos que sirvieron de base para determinar dicha cuantía. Por su parte, la Superintendente refiere a los pasajes de la resolución en la que se establecieron las razones de hecho y los artículos en los que se fundamenta la decisión sancionatoria.

Para dilucidar este punto, se realizan las siguientes consideraciones.

Los argumentos de la apelante están dirigidos exclusivamente a denunciar una deficiencia en uno de los elementos del acto administrativo: la motivación, la cual permite verificar si la decisión de la Administración Pública ha sido ejercida conforme a la ley. También permite que el administrado pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa. El deber de motivación no es exclusivo de la fase de adecuación de la conducta atribuida al administrado al tipo infractor previsto en la norma. En el acto administrativo también debe revelarse el proceso intelectual seguido por la Administración Pública para aplicar la consecuencia concebida por el legislador por el cometimiento del ilícito.

En el caso específico de sanciones pecuniarias, habrá supuestos en los que la labor de motivación se cumplirá citando la norma y decretando como pena la puntual cuantía fijada en aquélla; en otros, el esfuerzo de aplicación para determinar la multa concreta supera a la simple transcripción de la norma. Lo anterior, en cierta medida, cuando para obtener la cuantía de la multa, el legislador, en lugar de establecer un monto concreto, brinda factores como un porcentaje o, como se denomina en la doctrina, "*tipo*", y una "*base*", esta última consistente en la cantidad (generalmente definida en términos conceptuales y no numéricos, verbigracia, "*el patrimonio*", "*los rendimientos obtenidos del ilícito*", "*el capital social*", etc.) sobre la que se aplica el tipo para calcular el importe final de la multa. Esta especial configuración de la sanción responde al interés de que el reproche sea aplicado en la medida necesaria, adecuada y proporcional a cada caso.

Más compleja es la labor de aplicación y, por tanto, de motivación, cuando el legislador establece, además, una escala o arco sancionador para que la Administración fije dentro de dicho margen la cuantía concreta de la multa a imponer. Lo anterior con ayuda de criterios objetivos de dosimetría punitiva y, en todo caso, el principio de proporcionalidad en manos del aplicador, legitimando, así, un resultado único; cuya valoración, por tanto, debe ser revelada al destinatario de la sanción.

Como se indicó en la resolución de las catorce horas del 23 de marzo de 2017, correspondiente al procedimiento de apelación con referencia CA-07-2016, la motivación no es un mero formalismo ni depende de la satisfacción de cierto estilo de redacción o de determinada extensión en el desarrollo de la decisión. La verificación de su cumplimiento debe partir de determinar si objetivamente el contenido de la decisión de la autoridad revela al sujeto destinatario los razonamientos *fácticos* (hechos relevantes



constitutivos de la conducta activa o pasiva que se califica como infracción, así como los datos considerados para determinar la cuantía de una multa, en su caso), *probatorios* (análisis de las pruebas de cargo y de descargo tanto para el tipo infractor como para el sancionador) y *jurídicos* (el fundamento legal de la infracción y de la sanción) que llevaron a la autoridad a decidir en cierto sentido sobre la situación jurídica concreta que le concierne al administrado. Y, todo lo anterior, en función de garantizar el derecho de contradicción y defensa del destinatario de la decisión de la Administración.

Ahora bien, este Comité comparte el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo sobre la incidencia de una motivación deficiente o defectuosa en la validez del acto, en tanto que ello "(...) *no determina indefectiblemente la declaración de invalidez del acto administrativo que adolezca de tal vicio, ya que esta consecuencia queda condicionada a valorar si la deficiente fundamentación quebró el orden interno de formación de la voluntad de la Administración, produjo una quiebra o ruptura en los derechos de contradicción y defensa del interesado, e incidió negativamente en la posibilidad de control judicial*"¹ [el subrayado es propio]. La misma postura es sostenida por el Juzgado Primero de lo Contencioso con sede en Santa Tecla, en la sentencia de las quince horas con cincuenta y cuatro minutos del 30 de julio de 2018, emitida en el proceso contencioso administrativo abreviado con referencia NE: 00027-18-ST-COPA-ICO(5).

Al trasladar los lineamientos expuestos al presente caso, a folio 64 vuelto del expediente con referencia PAS 10/2015 (en adelante, expediente PAS), en el apartado de la resolución final impugnada denominado "ARGUMENTOS DE DERECHO SOBRE LAS INFRACCIONES ATRIBUIDAS", el Superintendente suscriptor señala: "(...) *el artículo 161 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones contempla que constituye infracción para el empleador, el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, cuando se omita absolutamente el pago de las mismas, dentro del plazo legal señalado, lo cual se sancionará con una multa del veinte por ciento de la cotización no pagada, más un recargo moratorio del dos por ciento por cada mes o fracción*" (el subrayado es propio). Dicho artículo fue relacionando desde el auto de inicio del procedimiento en cuestión (verbigracia, a folio 41 del expediente PAS). Asimismo, a folio 66 vuelto del expediente PAS, en el acto impugnado expresamente se señala que se procedería a la aplicación del art. 161 *numeral 1* de la LSAP, disposición específica que justamente contiene la definición de la multa en los términos expuestos por el Superintendente. De ahí que, desde el inicio del procedimiento, se hizo del conocimiento de la sociedad apelante el *fundamento legal de la sanción* que finalmente fue impuesta. Lo anterior se confirma, además, con la relación expresa que hace INDUSTRIAS BOLÍVAR del art. 161 de la LSAP en el escrito de apelación.

¹ Sentencia de las nueve horas trece minutos del día 16 de diciembre de 2010 en el proceso contencioso administrativo con referencia número 465-2007.

Si la sanción se cuantifica a partir del cálculo de ciertos porcentajes sobre el monto de las cotizaciones previsionales dejadas de pagar en tiempo y en consideración de los meses o fracciones de períodos de retraso en el pago a la fecha del cálculo, es indispensable identificar el monto de dichas cotizaciones, los periodos a que corresponden, la fecha efectiva del pago y la fecha del cálculo en cuestión.

Sobre estos datos, en la resolución cuestionada, en el apartado VI titulado: "INFRACCIONES SANCIONABLES" (folio 67 del expediente PAS), una vez aplicado el examen de la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora, se expresa: "(...) *la potestad para imponer sanción se circunscribe a los periodos referentes a mora real –declarados y no pagados- que, según detalle del anexo VI del Informe ISP-077/2014 agregado a folios 22, corresponden al no pago de los periodos de junio, agosto, octubre y noviembre de dos mil doce; enero, marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil trece; y enero y febrero de dos mil catorce, cuyos plazos de vencimiento para el pago fueron entre julio de dos mil doce y marzo de dos mil catorce*" [el subrayado es propio]. Dichos periodos de devengue de cotizaciones previsionales coinciden con los señalados en la letra c) de la parte resolutive del acto impugnado en la que se decreta la multa [folio 66 vuelto del expediente PAS].

La anterior información se complementa con el detalle de los mismos periodos, esta vez clasificados según la AFP a la que correspondía la respectiva mora, realizado también en la resolución impugnada, a folio 63 del expediente PAS. Según este apartado, *la mora por la declaración y no pago (en tiempo) de cotizaciones previsionales con la AFP CONFÍA correspondía, específicamente, a los periodos de devengue de junio, agosto, octubre y noviembre de dos mil doce; enero, marzo, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil trece; y, de enero y febrero de dos mil catorce. Mientras que la mora por la declaración y no pago (en tiempo) de cotizaciones previsionales con la AFP CRECER correspondía, específicamente, a los periodos de devengue de marzo, abril, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil trece; y, de enero y febrero de dos mil catorce.*

Como se advierte, el Superintendente suscriptor del acto delimitó expresamente los periodos de devengue en los cuales no se realizó en tiempo el pago de las cotizaciones declaradas en cada AFP y respecto de los cuales era procedente el ejercicio de la potestad sancionadora, al superar el examen de prescripción (análisis expuesto en el apartado IV del acto definitivo, de folios 64 al 65, ambos vuelto, del expediente PAS). Lo anterior partiendo de la información proporcionada a la sociedad apelante desde el auto de inicio del procedimiento (folio 41 del expediente PAS).



Ahora bien, en el acto impugnado no se encuentra plasmado un detalle de cada uno de los montos de las cotizaciones dejadas de pagar en tiempo correspondientes a los períodos de devengue expresamente delimitados por el Superintendente, ni de los meses o fracciones sobre los que fue calculado el 2% de la mora que señala el art. 161 número 1 de la LSAP; tampoco hay una mención expresa del resultado de los cálculos del 20% sobre cotizaciones y del 2% de los recargos moratorios, sino, únicamente de la cantidad global de US\$5,516.92, en concepto de multa.

Sin embargo, en la resolución final –así como en en el auto de inicio– se relaciona expresamente el “*Memorando ISP-077/2014*” de la Intendencia del Sistema de Pensiones, como el documento que justificó la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (folios 63 y 41 del expediente PAS, respectivamente). Asimismo, a folio 67 del expediente PAS, en el acto impugnado se indica: “(...) *la potestad para imponer sanción se circunscribe a los períodos referentes a mora real –declarados y no pagados- que, según detalle del anexo VI del Informe ISP-077/2014 agregado a folios 22, corresponden al no pago de los períodos de (...)*” [el subrayado es propio]. Es evidente, entonces, que el Superintendente remite al contenido del mencionado anexo como parte de la motivación del acto sancionatorio.

Dicho memorando con sus anexos obra de folios 1 al 40 del expediente PAS, mismo que fue entregado íntegramente a INDUSTRIAS BOLÍVAR, según consta en el acta de emplazamiento del 20 de marzo de 2015 (folio 44 del expediente PAS), en cumplimiento a la orden contenida en la letra d) de la parte resolutive de la resolución de las catorce horas con un minuto del 13 de marzo de 2015 (folio 42 vuelto del expediente PAS), consistente en “*ha[cer] del conocimiento del presunto infractor el contenido de la presente resolución y entreg[arle] copia de los informes y sus anexos que sustentan los hechos imputados, lo cual, si fuese necesario, podrá realizarse por medio de archivo electrónico contenido en disco compacto*” (el subrayado es propio). De lo anterior se advierte, que el documento relacionado constituye el medio probatorio de la falta de pago en tiempo y demás información sobre las cotizaciones relevantes para este caso (*fundamento probatorio de la conducta y de la sanción*).

Adicionalmente, se comprueba que los datos no detallados en la resolución final sobre la mora “*real*”, precisamente se encuentran en el anexo VI del Informe o Memorando ISP-077/2014 que obra a folio 22 del expediente PAS, al cual se remite expresamente el acto definitivo; documento que, como se ha señalado en párrafos anteriores, fue entregado a la apelante al ser emplazada del procedimiento sancionador. Justamente, dicho anexo tiene por título: “*CÁLCULO DE MULTA PARA EMPLEADORES MOROSOS*”; y, a continuación, contiene una tabla con los montos en dólares de cada una de las cotizaciones previsionales declaradas y dejadas de pagar en tiempo por cada período de

devengue, estos últimos coincidentes con los mencionados en la resolución final (ver columnas uno y tres).

Asimismo, en la sexta columna de la tabla en cuestión, consta el monto resultante de aplicar el 20% al valor de cada una de las cotizaciones no pagadas en tiempo por período devengado; sumando en total la cantidad de US\$5,516.94. Mientras que, en la octava columna, consta el cálculo de los recargos moratorios respecto de cada cotización, sumando en total la cantidad de US\$4,448.85. Por último, en la parte superior del lado derecho del documento de folio 22 del expediente PAS, aparece la indicación de que el cálculo respectivo fue realizado al 26 de marzo de 2014; es decir, la mora fue considerada hasta esa fecha. Entonces, toda la información contenida en el acto impugnado y la antes detallada (a la que dicho acto se remite expresamente), constituye el *fundamento fáctico* (o los datos) de la conformación de la sanción prevista en el art. 161 número 1 de la LSAP.

Vale mencionar que en la tabla de folio 22 del expediente PAS se incluye el período de mayo de 2008, el cual fue descartado expresamente en la resolución final por haberse determinado que la potestad sancionadora no podía ejercerse respecto del incumplimiento relativo a dicho período. Sin embargo, tal circunstancia no altera en forma alguna los resultados antes transcritos porque precisamente para ese período los montos de cotización no pagada en tiempo y de recargo moratorio (columnas sexta y octava) ascienden a US\$0.00.

Ahora bien, del análisis anterior este Comité también advierte dos hallazgos sobre los que debe pronunciarse. En primer lugar, la multa efectivamente impuesta por el Superintendente suscriptor del acto impugnado (US\$5,516.92) difiere en dos centavos del resultado total de la columna 6 de la tabla que obra a folio 22 del expediente PAS (US\$5,516.94), lo cual constituye un simple error material que el emisor del acto podía rectificar en cualquier momento, seguido de la comunicación al interesado (ver regla en art. 122 de la LPA).

Más no es posible a este Comité realizar tal rectificación, en vista de que se está en un procedimiento recursivo y el monto que correspondería imponer, aunque de forma insignificante (en dos centavos de dólar), sería mayor al originalmente fijado, viéndose comprometida la prohibición de reforma en perjuicio. Lo anterior, en aplicación del artículo 129 inciso final de la LPA que establece: “[e]n ningún caso, la resolución podrá agravar o perjudicar la situación inicial del recurrente”.

El segundo hallazgo consiste en que el Superintendente suscriptor del acto impugnado *no incluyó* en la cuantía de la multa (US\$5,516.92) el monto total de *los recargos moratorios* que, según el art. 161 numeral 1 de la LSAP conforman la cuantía de la sanción correspondiente, los cuales ascienden a US\$4,448.85 (ver total de columna 8, documento folio 22 del expediente PAS). Es decir, según los



datos del anexo VI, la multa que correspondía imponer a la sociedad apelante (20% de cotización no pagada más recargos moratorios del 2% sobre la cotización por cada mes o fracción) ascendía en su totalidad a US\$9,965.79. No obstante, pese al evidente error, este Comité no se encuentra facultado a realizar la corrección pertinente en la cuantía de la multa por la mencionada prohibición de reforma en perjuicio.

Ahora bien, pese a los hallazgos advertidos, este Comité ha verificado que, de la lectura de la resolución final y del Memorando ISP-077/2014, específicamente del anexo VI de folio 22 del expediente PAS, citado expresamente por la primera, se aprecian el fundamento jurídico, el probatorio (documental) y *todos* los elementos fácticos o datos que permiten identificar fácilmente cómo está definida la sanción según el legislador, y cómo se calculó y de qué montos y conceptos deriva la multa efectivamente impuesta a INDUSTRIAS BOLÍVAR; los cuales fueron hechos del conocimiento de dicha sociedad desde el inicio del procedimiento sancionador, teniendo ésta la oportunidad de controvertirlos y de ejercer efectivamente su defensa respecto de la cuantía de la multa *propuesta* durante la tramitación del procedimiento y de la cuantía de la multa *finalmente impuesta*, ante esta instancia.

De esta manera, no existe un defecto en la motivación que haya generado un perjuicio a la apelante ni, por tanto, que conlleve a la anulación de la decisión cuestionada.

Siendo claro que no procede la revocación del acto impugnado por el motivo analizado en este apartado, en atención al principio de verdad material previsto en el art. 3 de la LPA, este Comité tuvo a bien solicitar de las AFP el respectivo historial de declaraciones y pagos de cotizaciones efectuadas por INDUSTRIAS BOLÍVAR, durante los períodos de devengue correspondientes y cotejarlo con la información contenida en el anexo VI del Memorando ISP-077/2014. Dicha información fue analizada, elaborándose una tabla para evidenciar los resultados.

Vale destacar que la comparación se realiza solo respecto del 20% de las cotizaciones declaradas no pagadas en tiempo porque, como se ha explicado, el 2% sobre dicha cotización por cada mes o fracción (los recargos moratorios) no fue incluido en la multa impuesta por el Superintendente suscriptor del acto, error que no puede ser subsanado por este Comité por las razones apuntadas. La información presentada por las AFP que ha servido de base para la elaboración de la siguiente tabla se encuentra agregada a folios 47, 48 y 52 del expediente de apelación.

#	AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AFP CONFÍA	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AFP CRECER	SUMATORIA DE INFORMACIÓN DE AMBAS AFP	CÁLCULO DEL 20% SOBRE SUMATORIA DE COTIZACIONES	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AMBAS AFP, SEGÚN ANEXO VI DEL MEMORANDO ISP-077/2014	CÁLCULO DEL 20% SOBRE MONTO TOTAL DE COTIZACIONES EN ANEXO VI	DIFERENCIA ENTRE EL CÁLCULO DEL 20% SEGÚN HISTORIALES DE AFP Y SEGÚN ANEXO VI
1	2012-06	892.07	1,761.52	2,653.59	530.718	865.97	173.19	357.52
2	2012-08	930.88	1701.33	2,632.21	526.442	905.12	181.02	345.42
3	2012-10	987.66	1694.83	2,682.49	536.498	962.07	192.41	344.08
4	2012-11	1,099.78	1725.79	2,825.57	565.114	1074.25	214.85	350.26
5	2013-01	1,036.32	1654.34	2,690.66	538.132	1015.55	203.11	335.02
6	2013-03	816.05	1682.5	2,498.55	499.710	2408.39	481.68	18.03
7	2013-04	731.59	1426.57	2,158.16	431.632	1413.17	282.63	149.00
8	2013-05	787.07	1592.86	2,379.93	475.986	1565.61	313.12	162.86
9	2013-06	719.21	1532.82	2,252.03	450.406	1508.44	301.69	148.72
10	2013-08	880.45	1592.94	2,473.39	494.678	2384.79	476.96	17.72
11	2013-09	849.95	1750.51	2,600.46	520.092	2508.84	501.77	18.32
12	2013-10	725.66	1710.27	2,435.93	487.186	2349.21	469.84	17.34
13	2013-11	663.41	1769.73	2,433.14	486.628	2340.62	468.12	18.50
14	2013-12	670.68	1601.32	2,272.00	454.400	2207.66	441.53	12.87
15	2014-01	636.64	1461.54	2,098.18	419.636	2068.34	413.67	5.97
16	2014-02	598.88	1407.74	2,006.62	401.324	2006.66	401.33	-0.01
Total				39,092.91	7,818.58	27584.69	5,516.94	2,301.64

Como se observa de las sumatorias totales de la tabla anterior, según la información *completa* obtenida de las AFP por este Comité, el 26 de junio y el 3 de julio, ambos de este año, el 20% del valor de las cotizaciones pagadas extemporáneamente por la apelante asciende a la cantidad de US\$7,818.58; mientras que el resultado del mismo cálculo realizado por la Intendencia del Sistema de Pensiones asciende a US\$5,516.94, encontrando una diferencia con la primera de US\$2,301.64.

Del examen minucioso de los datos ofrecidos por las AFP durante este procedimiento recursivo y de los contenidos en el anexo VI del Memorando ISP-077/2014, se advierten circunstancias que explican la marcada diferencia del resultado del cálculo del 20% de las cotizaciones no pagadas evidenciada en la tabla anterior.

Según el detalle contenido al inicio de la resolución impugnada, específicamente a folios 63 y 64 del expediente PAS, los períodos de devengue respecto de los que se atribuyó la existencia de mora (o pago extemporáneo) a cargo de la sociedad apelante no son exactamente los mismos en cada AFP; mientras que, según la información presentada por las Administradoras de Fondos de Pensiones a este



Comité, en *todos* los períodos enlistados a folios 66 del expediente PAS, tanto la AFP CONFÍA como la AFP CRECER reportan un pago extemporáneo por parte de INDUSTRIAS BOLÍVAR.

Como indicó la Superintendente en el escrito de folios 59 al 62 del expediente de apelación, el reporte de la Intendencia del Sistema de Pensiones que contiene el anexo VI, fue elaborado a partir de las vistas a los sistemas de las Administradoras de Fondos de Pensiones que ponen a disposición de la Superintendencia en cumplimiento del Instructivo No. SAP-20/98: “INSTRUCTIVO TRANSFERENCIA DE INFORMACIÓN PARA EL SISTEMA DE CONTROL DE RECAUDACIÓN DE COTIZACIONES PARA LAS INSTITUCIONES FISCALIZADAS”, y dicha revisión fue llevada a cabo el 26 de marzo de 2014.

La principal causa de la inconsistencia de los datos presentados por las AFP y en el Anexo VI, es que el sistema a que tuvo acceso la Intendencia del Sistema de Pensiones no incluye las cotizaciones declaradas y no pagadas en el plazo legal que fueron canceladas antes del 26 de marzo de 2014; tampoco incluye las cotizaciones que fueron declaradas y pagadas extemporáneamente después de la fecha de la consulta del sistema aunque las mismas correspondan a alguno de los períodos examinados.

Ante tal circunstancia, importa enfatizar que, según el artículo 19 inciso 3° de la LSAP, “[l]a declaración y pago deberán efectuarse dentro de los diez primeros días hábiles del mes siguiente a aquél en que se devengaron los ingresos (...)” –el subrayado es propio–. Entonces, la infracción prevista en el art. 161 numeral 1 de la citada ley atribuida a la sociedad apelante, se comete llegado el undécimo día del mes subsiguiente al de devengue de los ingresos afectos sin que las Administradoras de Fondos de Pensiones hayan recibido la totalidad del pago de las cotizaciones de los trabajadores por parte del patrono. De ahí que el pago posterior no constituye una eximente de responsabilidad, por lo que no debería ser eliminada una cotización de un historial por dicha razón.

Pese a lo anterior, en este caso no puede soslayarse que la imputación fue realizada respecto de específicos períodos de devengue y sobre específicas cotizaciones, no pudiendo este Comité incluir todos aquellos en los que efectivamente se evidencia un pago extemporáneo según la información de las AFP presentada en esta instancia. Tampoco pueden agregarse los montos de cotizaciones que no fueron incluidos en el cálculo del anexo VI del Memorando ISP-077/2014 por haber sido declaradas después de la fecha de elaboración de los cálculos de la multa por parte de la Intendencia del Sistema de Pensiones. Todo lo anterior por la prohibición de reforma en perjuicio, según la cual: “[e]n ningún caso, la resolución podrá agravar o perjudicar la situación inicial del recurrente”.

De esta manera, al descartar los datos descritos en el párrafo anterior de la información proporcionada por las AFP en esta instancia y compararlas con la información del anexo VI del Memorando ISP-077/2014, se obtiene el siguiente resultado:

	AÑO Y MES DE COTIZACIÓN	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AFP CONFÍA	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AFP CRECER	SUMATORIA DE INFORMACIÓN DE AMBAS AFP	CÁLCULO DEL 20% SOBRE SUMATORIA DE COTIZACIONES	MONTO DECLARADO Y NO PAGADO EN AMBAS AFP, SEGÚN ANEXO VI DEL MEMORANDO ISP-077/2014	CÁLCULO DEL 20% SOBRE MONTO TOTAL DE COTIZACIONES EN ANEXO VI	DIFERENCIA ENTRE EL CÁLCULO DEL 20% SEGÚN HISTORIALES DE AFP Y SEGÚN ANEXO VI
1	2012-06	865.88	0	865.88	173.18	865.97	173.19	-0.02
2	2012-08	905.03	0	905.03	181.01	905.12	181.02	-0.02
3	2012-10	962.02	0	962.02	192.40	962.07	192.41	-0.01
4	2012-11	1,074.18	0	1,074.18	214.84	1074.25	214.85	-0.01
5	2013-01	1,015.50	0	1,015.50	203.10	1015.55	203.11	-0.01
6	2013-03	752.14	1656.21	2,408.35	481.67	2408.39	481.68	-0.01
7	2013-04	0	1413.16	1,413.16	282.63	1413.17	282.63	0.00
8	2013-05	0	1565.6	1,565.60	313.12	1565.61	313.12	0.00
9	2013-06	0	1508.42	1,508.42	301.68	1508.44	301.69	0.00
10	2013-08	820.36	1564.36	2,384.72	476.94	2384.79	476.96	-0.01
11	2013-09	789.95	1718.85	2,508.80	501.76	2508.84	501.77	-0.01
12	2013-10	665.94	1683.21	2,349.15	469.83	2349.21	469.84	-0.01
13	2013-11	603.69	1736.87	2,340.56	468.11	2340.62	468.12	-0.01
14	2013-12	606.25	1601.32	2,207.57	441.51	2207.66	441.53	-0.02
15	2014-01	606.8	1461.54	2,068.34	413.67	2068.34	413.67	0.00
16	2014-02	598.88	1407.74	2,006.62	401.32	2006.66	401.33	-0.01
Total				27,583.90	5,516.78	27,584.69	5,516.94	-0.16

Como se observa, entre el resultado del cálculo del 20% sobre el monto de las cotizaciones realizado en el anexo VI del Memorando ISP-077/2014 y el efectuado por este Comité con base en la información presentada por las AFP con la exclusión de las cotizaciones no comprendidas en el primer documento, la diferencia es de apenas US\$0.16. Inclusive, la anterior diferencia se reduce a US\$0.14 frente a la multa efectivamente impuesta por el Superintendente en el acto impugnado (US\$5,516.92).

Atendiendo el hecho de que, en el presente caso, aunque la multa impuesta no incluye los recargos moratorios, el monto de la misma es legítimo solo en la medida en que sea el resultado del cálculo del 20% sobre el monto efectivo de las cotizaciones pagadas extemporáneamente o el 2% de dichas cotizaciones (los recargos moratorios). Entonces, es procedente ajustar la sanción impuesta a



INDUSTRIAS BOLÍVAR en la cuantía que corresponde, según se confirma de la información presentada por las AFP en esta instancia.

2. Sobre la supuesta violación al principio de presunción de inocencia.

Tres son los argumentos principales que sustentan la postura de la apelante. Ésta asegura que: a) la Administración Pública sostiene que es INDUSTRIAS BOLIVAR quien debió, en el plazo probatorio, aportar prueba que comprobara su inocencia, cuando la carga de la prueba la tiene la primera; b) no se motivó qué tipo de prueba se utilizó para acreditar el cometimiento de la infracción establecida en el art. 161 de la LSAP, ni se motivó cómo se llegó al monto de los US\$5,516.92 como cuantía de la sanción; y, c) ante la duda, el Superintendente debió absolver a INDUSTRIAS BOLÍVAR y no sancionarla antojadiza y arbitrariamente.

La Superintendente, mediante el escrito presentado el 18 de julio de 2019, afirma en términos generales que con la lectura del expediente se constata que a la recurrente se le siguió el debido procedimiento; respetando, entre otros, el principio de presunción de inocencia.

Para dilucidar los puntos controvertidos, este Comité realiza las siguientes consideraciones:

El principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 12 de la Constitución a favor de toda persona a quien se le impute un delito, es aplicable al Derecho Administrativo Sancionador por cuanto también implica el ejercicio de la potestad punitiva del Estado sobre el particular ante una conducta ilícita. De acuerdo con la Sala de lo Constitucional², el principio de presunción de inocencia o de no culpabilidad posee al menos tres significados claramente diferenciados: (i) es una garantía básica del proceso penal; (ii) es una regla referida al tratamiento del imputado durante el proceso; y (iii) es una regla relativa a la actividad probatoria.

Para el presente caso interesa destacar el tercer significado, en virtud del cual la prueba para sostener y comprobar una imputación y lograr, así, una decisión condenatoria, debe ser suministrada por la Administración Pública, en este caso, la Superintendente; imponiéndose la absolución como único sentido viable ante la existencia de duda sobre la culpabilidad del imputado o, bien, ante la carencia de la prueba de cargo suficiente.

El hecho de que la presunción de inocencia lo sea *iuris tantum* (presunción de hecho o que admite prueba en contrario), posibilita naturalmente que la Administración pueda desvirtuar su eficacia

² Sentencia de las ocho horas y veinte minutos del día 5 de octubre de 2011, en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 54-2005, entre cuyos antecedentes se encuentra la sentencia del 22 de abril de 2003, en el proceso de Hábeas Corpus 266-2002.

mediante la práctica de una actividad probatoria de cargo rodeada de todas las garantías, momento en el cual se destruye la referida presunción legitimando la imposición de la correspondiente sanción. Sin duda, la falta de prueba de cargo únicamente ha de perjudicar a la Administración sancionadora; ésta no puede basar una decisión punitiva en la inactividad probatoria del administrado.

Distinto es que al procedimiento se haya incorporado prueba formalmente de cargo o inculpativa que, además, es terminante y clara desde un punto de vista material, supuesto en el que el administrado se ve llamado a ejercer su derecho constitucional de defensa y a aportar elementos probatorios para contrarrestar los efectos de aquélla en la decisión definitiva. Sobre este punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo sostiene: “[e]mpero, luego de establecida la tesis inculpativa, se traslada la verificación de los hechos al administrado en razón del ejercicio de su derecho de defensa, y de este modo, puede aportar toda la prueba de descargo con la que refute la hipótesis planteada por la administración y así desvirtuar posibles señalamientos, sin que ello signifique una obligación procesal, pero si en una medida de contraposición a la teoría de la administración, que además garantiza su actividad probatoria en el desarrollo de una investigación”³.

Con relación a la primera denuncia de la apelante, este Comité no identifica pasaje alguno de la resolución impugnada en donde el Superintendente suscriptor haya aseverado que era la sociedad apelante la que debía, en el plazo probatorio, aportar prueba para comprobar su inocencia. Tampoco existe una afirmación de tal naturaleza en el auto de inicio (folios 41 y 42 del expediente PAS) ni en la resolución mediante la cual se abrió a prueba el procedimiento en cuestión (folio 48 del expediente PAS).

De hecho, en el primer acto citado, al ordenar el emplazamiento de INDUSTRIAS BOLÍVAR se explica que tal comunicación se hace para que “(...) pueda hacer uso [de] sus derechos, pronunciándose sobre si son o no ciertos los hechos que se le atribuyen (...)”, redacción que es coherente con la concesión de una oportunidad procedimental para ejercer la defensa, incluso el derecho del administrado de admitir hechos o allanarse, si es que así lo estima conveniente, pero no una declaración de presunción de culpabilidad.

Por su parte, en la segunda resolución citada llanamente se ordena: “[á]brase a pruebas el presente procedimiento por el término de DIEZ DÍAS HÁBILES contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución”, sin hacer referencia sobre a quién correspondía la carga de la prueba y sobre qué aspectos. Más bien era otra oportunidad para que la sociedad apelante controvirtiera la tesis de la Administración Pública plasmada en el auto de inicio y respaldada

³ Sentencia de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del día veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho, en el proceso con referencia 218-2014.



probatoriamente con el contenido del Memorando ISP-077/2014 y de sus anexos (no una presunción de culpabilidad).

Vale la pena en este apartado destacar que mediante el auto de inicio se hizo la siguiente prevención: “[*l*]a *presunta infractora* deberá legitimar la existencia de la sociedad que representa, así como su personería, para lo cual deberá presentar copias certificadas notarialmente de la escritura pública de constitución de la sociedad, así como credencial vigente del representante legal o apoderado” (folio 42 vuelto), siendo destacable la correcta terminología utilizada por el Superintendente al referirse a la apelante, en virtud del principio de presunción de inocencia. Posteriormente, en la resolución de folio 46 del expediente PAS, nuevamente se hace una prevención sobre la acreditación de personería y de la existencia de la sociedad, esta vez dirigida al señor Mario Ernesto Portillo, quien mencionó en el escrito de folio 45 del expediente PAS, ser el representante legal de INDUSTRIAS BOLIVAR.

Sin embargo, las prevenciones en cuestión no constituyen una reversión de la carga de la prueba que afecte la presunción de inocencia. En primer lugar, porque la documentación requerida no era capaz ni tenía por objetivo la comprobación de la ocurrencia o no de la conducta atribuida, sino el cumplimiento de presupuestos de procesabilidad y de personería (capacidad y representación). En segundo lugar, porque el principio de inocencia no es conculcado con el reconocimiento de la carga dinámica de la prueba, según la cual los documentos u otros medios acreditativos de determinados hechos *pueden* ser incorporados por quien fáctica o jurídicamente está en la posición de contar con ellos, como los relativos a la existencia de una sociedad y de su representante legal; lo importante será analizar, en cada caso, el efecto que la Administración otorga a la falta de colaboración del requerido.

Con relación al último punto, debe enfatizarse que la falta de acreditación de la personería del señor Mario Ernesto Portillo y de la existencia de la sociedad por parte de la apelante, *no tuvo por efecto la acreditación del incumplimiento atribuido*, sino únicamente que la Administración adoptara la decisión de requerir dicha información a otro sujeto, esta vez, al registro público pertinente (folio 48 del expediente PAS), quien finalmente la presentó como consta de folios 51 al 60 del expediente PAS.

Con lo anterior se descarta que el Superintendente haya actuado o efectuado una manifestación que denotare la reversión indebida de la carga de la prueba o el desconocimiento de que a la apelante solo podía sancionársele mediante la prueba que *desvirtuare su inocencia*.

En cuanto a la supuesta omisión de la autoridad de indicar en el acto impugnado el tipo de prueba que utilizó para acreditar el incumplimiento atribuido (segundo punto denunciado), este Comité advierte una serie de apartados que contradicen la anterior aseveración. En el preámbulo del acto

controvertido se señala que el procedimiento administrativo sancionador inició de oficio con base en el Memorando ISP-077/2014 de la Intendencia del Sistema de Pensiones, de fecha 27 de marzo de 2014 (folio 63 del expediente PAS). Más adelante, al desarrollar el apartado “VI. INFRACCIONES SANCIONABLES”, en el acto impugnado, se expone claramente que la potestad para imponer sanción se circunscribe a los períodos referentes a mora real (declarados y no pagados) que se proceden a detallar, citando como respaldo de tal aseveración al anexo VI del Informe ISP-077/2014. Es decir, dicho informe constituye el documento a través del cual se evidenció o probó la conducta imputada.

Lo anterior se confirma con la siguiente declaración del Superintendente contenida en el acto impugnado: “(...) y además, de acuerdo al informe que dio origen al presente procedimiento, los períodos fueron declarados en planilla a las Administradoras de Fondos de Pensiones; sin embargo, no se realizó el pago correspondiente en el plazo establecido. lo cual evidencia que el Empleador cometió el incumplimiento estipulado en el artículo 161 numeral 1 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en razón de lo cual será declarada la sanción que corresponde” (el resaltado y subrayado son propios). No es cierto, entonces, que el Superintendente suscriptor haya omitido en la motivación del acto la indicación de la prueba que acreditó el incumplimiento atribuido.

Vale aclarar que las denominaciones “memorando” e “informe” aluden al mismo documento que, en su conjunto, obra de folio 1 al 41 del expediente administrativo, lo cual es claro al revisar el encabezado de la primera hoja, en donde el título es “MEMORANDO ISP-077/2014” (el subrayado es propio), por ser el formato utilizado para enviar información de la Intendencia del Sistema de Pensiones al Superintendente Adjunto de Pensiones de ese entonces, mientras que el ASUNTO es: “Informe de mora y multa del empleador INDUSTRIAS BOLÍVAR, S.A. DE C.V.” (el subrayado es propio).

Como tercer punto, la apelante insiste en que debía absolversele ante la duda. Este estado intelectual aparece cuando no existe prueba de cargo que permita al juzgador obtener un convencimiento o un grado de certeza suficiente sobre la concurrencia de todos los elementos del tipo infractor.

De conformidad con el art. 60 LSRSF, *los informes de auditoría de la Superintendencia, incluyendo los papeles de trabajo respectivos y demás anexos*, constituyen prueba. En el presente caso, como se ha indicado, es el “*Informe de mora y multa del empleador INDUSTRIAS BOLÍVAR*” (presentado con el Memorando ISP-077/2014) el medio probatorio de cargo relacionado en el acto impugnado como el que acreditó el incumplimiento atribuido, cuyo contenido no fue controvertido por la apelante durante el procedimiento administrativo sancionador ni en la presente instancia, pese a haber sido entregado en su integridad desde el emplazamiento (folio 44 del expediente PAS).



Dicho informe goza de la presunción *iuris tantum* de veracidad respecto de aquellos datos que fueron verificados directamente por el auditor o delegado en el sistema informático preparado por las Administradoras de Fondos de Pensiones sobre el historial de declaración y pago de cotizaciones previsionales, de conformidad con el Instructivo No. SAP-20/98, específicamente sobre los periodos de devengue, los montos de las cotizaciones no pagadas en el plazo legal y, principalmente, sobre *la existencia de mora*. Por tratarse de una presunción de hecho, perfectamente podía ser controvertida mediante la prueba idónea. Pero no basta para desplazar u orillar la confianza que el ordenamiento confiere al documento emitido por una autoridad administrativa la sola circunstancia de que el administrado niegue la realización u ocurrencia de los hechos que el informe describe⁴.

En virtud del sistema de valoración de la sana crítica, aplicable al presente caso (art. 72 inciso tercero de la LSRSF), una sola prueba de cargo puede ser suficiente para desplazar en sede administrativa la presunción de inocencia, como lo consideró el Superintendente en el acto impugnado al valorar que, de la información presentada con el Memorando ISP-077/2014 y sus anexos, se advertía el incumplimiento a la obligación de pago de cotizaciones previsionales, decidiendo imponer una sanción de conformidad con el art. 161 número 1 de la LSAP.

Con relación a la supuesta omisión de motivar la cuantía de la multa, este Comité remite a los argumentos expuestos al examinar y desestimar el primer motivo de apelación.

En definitiva, no se evidencia una violación al principio de presunción de inocencia por la emisión del acto impugnado, en los términos que han sido planteados por la sociedad apelante, debiendo desestimarse el motivo de apelación analizado en este apartado.

3. Sobre la supuesta violación al principio de culpabilidad.

La apelante considera que se ha vulnerado el principio de culpabilidad que le asiste por dos razones: a) porque no se fundamentó, ni mucho menos se probó que su actuar fuera con dolo o culpa para adecuar, conforme a ello y con respeto al principio de proporcionalidad de la pena, el monto de la multa impuesta; y, b) porque tampoco se valoró si existían eximentes de responsabilidad en la infracción supuestamente cometida.

Sobre la segunda denuncia, la Superintendente, en el escrito presentado durante la audiencia conferida, señaló que el art. 161 de la LSAP establece taxativamente la cuantía de la multa a imponer a los empleadores por la declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores sin que exista en la citada ley, disposición legal que permita o contemple eximentes de responsabilidad

⁴ En esta misma línea, la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de las quince horas diecisiete minutos del veintiséis de abril de dos mil trece, emitida en el proceso contencioso administrativo con referencia 3-2008.

administrativa o márgenes de discrecionalidad que puedan ser tomados en consideración al momento de fijar el monto de la sanción.

A fin de dilucidar los puntos en discusión, este Comité realiza las siguientes consideraciones:

En el ámbito administrativo sancionador está proscrita la responsabilidad objetiva a través de la observancia del principio de culpabilidad (o principio de responsabilidad subjetiva), en razón del cual no pueden sancionarse comportamientos en los que no concurra dolo o culpa (imprudencia o negligencia). Aunque no resulte sencilla a las autoridades administrativas la verificación de este extremo, no por ello se va a prescindir de la exigencia de que concurra, al menos, culpa⁵.

Reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sido categórica con el reconocimiento de este principio. Así, en la sentencia de las doce horas veinte minutos del 18 de agosto de 2017, en el proceso con referencia 156-2014, la mencionada Sala expuso: *"en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable a su autor por malicia o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable"* (el subrayado es propio).

En términos generales, puede decirse que actúa con culpa o imprudencia (o negligencia) el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionalmente sino por haber infringido un deber de cuidado *que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto*. La culpa, entonces, parte de la constatación de si el sujeto obró según el modelo o parámetro objetivo de actuación esperada que, en el caso de actividades profesionales, no se limita al parámetro del hombre medio, sino que viene demarcado por el cumplimiento de una *lex artis adhoc* en virtud de las circunstancias y cualidades personales del sujeto, la naturaleza de la actividad que ejecuta, los riesgos que asume y los factores externos determinantes de su conducta.

En el presente caso, la obligación a cargo del empleador de declarar y pagar las cotizaciones previsionales que corresponden a sus trabajadores en una cuantía y plazo determinados, está regulada claramente en los arts. 13 y 19 de la LSAP; obligación que es periódica (de tracto sucesivo) y que nace desde el momento en que se entabla una relación laboral.

La sociedad apelante ha tenido la calidad de empleador desde mucho antes del cometimiento de la infracción por la que ha sido sancionada. Un indicio de ello es que el testimonio de la escritura de constitución de INDUSTRIAS BOLÍVAR quedó inscrito el 29 de mayo de 2001 (folio 17 vuelto del expediente de apelación), siendo, a partir de esa fecha un sujeto de derechos y obligaciones frente a

⁵ Así lo afirma Manuel Gómez Tomillo y otro, en su obra "Derecho Administrativo Sancionador. Parte General", 2ª Edición, Editorial Aranzadi, S.A., España, 2010, página 389.



terceros; documento en el que también consta el giro ordinario de la sociedad, esto es, toda actividad relacionada directa o indirectamente con la industria de la maquila, entre otras lucrativas.

Para el desarrollo de tales actividades, es indispensable la contratación de sujetos bajo la dependencia de la sociedad y mediante un salario; sin soslayar que por tal relación la apelante tuvo que necesariamente realizar las gestiones y los registros pertinentes para tener por afiliados a sus trabajadores en una determinada AFP en la que abonaría mes a mes los pagos correspondientes, asumiendo expresamente los riesgos que acarrea el pago del porcentaje que le corresponde y del que deducía periódicamente de los salarios de sus trabajadores.

Otra evidencia del claro conocimiento de la apelante de su deber frente a los trabajadores, es que algunas de las cotizaciones analizadas fueron declaradas en tiempo, aunque finalmente fueran pagadas extemporáneamente. Adicionalmente, los montos de las cotizaciones declaradas por INDUSTRIAS BOLÍVAR (en tiempo o no) en los períodos por los que finalmente fue impuesta la multa, coinciden con los que efectivamente correspondía pagar. Cuando la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una profesión o en el desarrollo de la actividad *ordinaria* y respecto de una obligación *periódica* para la cual se han realizado gestiones previas, se dificulta la posibilidad de error, sin olvidar, por otra parte, que el ejercicio de una actividad y la contratación de servicios implica la asunción voluntaria de obligaciones singulares así como de responsabilidades específicas frente a entidades gubernamentales o privadas y terceros.

De todo lo anterior se colige que la falta de pago íntegro de las cotizaciones que corresponden a los trabajadores de INDUSTRIAS BOLÍVAR en concepto de seguridad previsional durante ciertos períodos, le es imputable a dicha sociedad, cuanto menos, a título de culpa o negligencia, pues no obró de acuerdo al parámetro esperado de conducta en atención a las circunstancias fácticas evidenciadas en el expediente y las condiciones propias del sujeto frente a una obligación que no le era novedosa ni eventual.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, en el presente caso la apelante denuncia expresamente que el Superintendente suscriptor del acto impugnado no realizó un análisis del título de imputación subjetiva de la conducta atribuida específicamente para "*adecuar*", conforme a ello, el monto de la multa impuesta.

Al respecto, en el Derecho positivo se identifican cuerpos normativos que imponen el análisis de la intencionalidad como un "*criterio para graduar la responsabilidad*" o la sanción a imponer, como es el caso del art. 49 de la Ley de Protección al Consumidor; no ocurre así en la Ley de Supervisión y

Regulación del Sistema Financiero (art. 50) entre cuyos criterios para definir la concreta cuantía de una multa no está incluida la valoración de si la conducta fue realizada con dolo o culpa.

Más allá de la línea de pensamiento a que obedezca la técnica legislativa concretada en cada una de las citadas normas, el punto medular para el presente caso, es que los criterios de dosimetría punitiva *sólo entran en juego en el análisis de la concreción de la multa, cuando el legislador ha establecido un rango o arco sancionador* dentro del cual es a la Administración Pública a quien le compete realizar un análisis de proporcionalidad para alcanzar la *"justa medida punitiva"*.

Sin embargo, la sanción que corresponde por el cometimiento de la conducta tipificada en el art. 161 número 1 de la LSAP no amerita un análisis de proporcionalidad *de parte del aplicador*, menos aún del grado de intencionalidad o de la categoría de imputación de la conducta, para obtener una cuantía indubitable, pues dicha norma indica claramente la metodología a seguir para obtener el resultado *"único"*, *"adecuado"* y *"proporcional"* en cada caso. Lejos de establecer un margen o arco sancionador, el legislador concibe una base: el monto de las cotizaciones dejadas de pagar en tiempo, sobre la cual basta calcular ciertos porcentajes y considerar ciertos períodos de tiempo para obtener el resultado. La anterior configuración no soslaya el principio de proporcionalidad, sino que muestra que tal categoría ha sido considerada y garantizada por el legislador con la especial configuración normativa de la multa que la vuelve ajustable al nivel deseado de reproche y a las características de cada caso.

Entonces, si el análisis del título de imputación subjetiva no tiene incidencia alguna en la configuración de la cuantía de la multa impuesta a INDUSTRIAS BOLÍVAR, entonces su omisión no constituye un vicio invalidante en el acto impugnado; debiendo, por tanto, desestimarse este motivo de apelación.

En cuanto a la segunda denuncia de la apelante, cabe destacar que las eximentes de responsabilidad, como su nombre lo indica, son supuestos que exoneran al administrado de la imposición de una sanción pese a haberse cometido la conducta tipificada como infracción; es decir, su existencia tiene incidencia en el análisis de la imputabilidad de la conducta a un sujeto específico y no en la definición de la concreta sanción a aplicar por el cometimiento de la infracción. El caso fortuito y la fuerza mayor difieren de los criterios de dosimetría punitiva cuyo análisis procede frente a multas que deben definirse dentro de un arco sancionador. Es en este último supuesto que es posible hablar de atenuantes o agravantes y no de eximentes de responsabilidad, y solo frente a las cuales es posible alegar que, en el presente caso, su aplicación no procede porque la multa prevista en el art. 161 numeral 1 de la LSAP no admite una modulación, como se ha destacado en párrafos anteriores.



Aclarado lo anterior, este Comité no niega la posibilidad de examinar eximentes de responsabilidad respecto del incumplimiento de la obligación de pago en tiempo de las cotizaciones previsionales, sin perjuicio de la procedencia o no de los argumentos presentados en el caso particular. Más bien el punto medular es que, según el art. 54 de la LSRSF, el caso fortuito o la fuerza mayor - categorías que engloban los posibles supuestos de eximentes de responsabilidad- *deben ser alegados y comprobados por el presunto infractor*, lo cual soslaya la apelante. Precisamente, ella es el sujeto que está en mejor posición fáctica para poder argumentar y evidenciar que el incumplimiento no le es imputable.

En este orden, del examen del expediente PAS, se verifica que la sociedad apelante realizó una única intervención en el procedimiento administrativo sancionador mediante la presentación del escrito de fecha 13 de abril de 2015, en el cual, sobre las imputaciones efectuadas por el Superintendente suscriptor del acto impugnado, se limitó a señalar que: *"no son ciertos en su totalidad conforme a nuestros registros, razón por la cual solicitamos un análisis más actualizado y de ser necesario podemos proporcionar fotocopias de las declaraciones ya canceladas las cuales la superintendencia las tiene aún pendientes de pago"* (folio 45).

Pese a su planteamiento y solicitud, no anexó documentación alguna para desvirtuar la información contenida en el Memorando ISP-077/2014 que le fue entregado al momento de ser emplazada (folio 44 del expediente PAS). Tampoco presentó medio probatorio alguno durante las subsiguientes etapas. Lo anterior, sin perjuicio de aclarar que la infracción atribuida a INDUSTRIAS BOLÍVAR se comete al no pagar las cotizaciones en el plazo previsto en el art. 19 de la LSAP, de manera que el pago posterior no constituye una eximente de responsabilidad.

En definitiva, la apelante no aportó ningún argumento o medio probatorio que debiese ser analizado por el Superintendente a título de caso fortuito o fuerza mayor. De esta manera, no es imputable a la Administración Pública la ausencia un análisis sobre eximentes de responsabilidad, por lo que tal circunstancia no vicia el acto impugnado.

Finalmente, importa destacar que la LPA, en el art. 146, regula las causas de exención de responsabilidad, remitiendo a los supuestos previstos en el Código Penal con la consideración de los respectivos matices que merece la materia, pero no establece regla alguna que modifique lo dispuesto en el art. 54 inciso final de la LSRSF en cuanto a quién corresponde la carga de alegar y probar las eximentes en cuestión.

En consecuencia, no procede el motivo de apelación examinado.

4. Sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

Explica la sociedad apelante que el procedimiento administrativo con referencia PAS 10/2015 ya había caducado a la fecha de la emisión de la resolución final, por haber transcurrido 4 años desde su inicio, por lo que debe revocarse el acto impugnado. Con relación a esta denuncia, la Superintendente, en el escrito de folios 59 al 61 del expediente de apelación, alega que el incumplimiento del plazo previsto en la ley para la emisión de un acto, por regla general, constituye una irregularidad no invalidante, tipología que considera es la aplicable al exceso temporal ocurrido en el presente caso.

Aunque no ha sido citada disposición alguna, de la explicación de la apelante se advierte claramente que ésta solicita la aplicación de la caducidad configurada como una forma de terminación anticipada del procedimiento administrativo por su paralización o demora en exceso al plazo establecido legalmente, regulada a partir de las Disposiciones Transitorias del Procedimiento Administrativo y del Régimen de la Administración Pública [art. 7 letra b), en adelante, DTPARAP], y actualmente en la Ley de Procedimientos Administrativos (art. 114 número 2, en adelante, LPA).

En ambos cuerpos normativos la caducidad es la consecuencia jurídica de haber transcurrido más de 90 días o de 9 meses (respectivamente) desde el inicio del procedimiento iniciado de oficio, entre ellos el sancionador, sin haber notificado la resolución final; y no la consecuencia directa de exceder el plazo previsto en la ley para emitir el acto definitivo, en cuyo caso sería viable discutir sobre la existencia de una irregularidad no invalidante (artículo 38 inciso segundo de la LPA).

La caducidad definida en el párrafo anterior pertenece al orden procedimental, de allí que sus normas tienen un carácter "neutro" y no existen criterios válidos para determinar *per se* si las mismas son favorables o no al imputado o al presunto infractor. En todo caso, la excepción a la regla de la irretroactividad de las leyes prevista en el art. 21 de la Constitución, y en cuyo análisis importa determinar si la nueva ley es favorable o no al imputado, solo aplica en "materia" penal o de Derecho administrativo sancionador (el orden sustantivo), no así en el presente caso.

Sobre la aplicación de la ley procesal o procedimental en el tiempo, la jurisprudencia constitucional de nuestro país ha indicado que: *"(...) no es nueva la línea doctrinaria y jurisprudencial que define una tendencia generalmente aceptada y con muy pocas variaciones alrededor del punto, esto es, la ley nueva relativa al trámite de los procesos o procedimientos gobierna todo litigio presente o futuro y desde el mismo momento de su vigencia —en términos generales—; exceptuando aquellos iniciados bajo el imperio de la ley anterior y algunas precisas actividades procesales o trámites que la propia disposición excluye o somete a un tratamiento específico. Desde esta perspectiva, la vigencia de la ley procesal en el tiempo para las normas concernientes a la sustanciación y a la formalidad del*



trámite, con respecto a los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se rigen —de acuerdo con la línea apuntada— por la ley vigente al tiempo de su iniciación⁶ (el subrayado es propio).

Este Comité comparte el criterio que, como regla general y ante el silencio del legislador acerca de la retroactividad de una nueva normativa en términos generales o, en especial, sobre los plazos de caducidad, deberán aplicarse los vigentes al inicio del procedimiento en virtud del principio general *tempus regit factum*⁷. En esta sintonía, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 9ª, de Madrid, apunta que: “[l]a caducidad alegada no afecta a la infracción, sino a la mera tramitación del procedimiento administrativo, de modo que la normativa aplicable, en virtud del principio general de *tempus regit factum* (art. 2.3 del Código Civil), es la vigente en el momento de iniciación del procedimiento, con independencia del hecho que haya determinado su tramitación (...)”⁸.

Inclusive, la LPA adopta la anterior lógica al disponer, expresamente, en el art. 167 inciso primero, que: “[a] los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigencia de esta Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”, independientemente de que se encuentren en trámite a la fecha de su entrada en vigencia.

Aplicando los anteriores parámetros al caso que nos interesa, se advierte que el procedimiento administrativo sancionador con referencia PAS 10/2015 dio inicio mediante la resolución de las catorce horas con un minuto del 13 de marzo de 2015 (folios 41 y 42 del expediente PAS), habiendo sido emplazada la sociedad apelante el 20 del mismo mes y año (folio 44 del expediente PAS); mientras que las DTPARAP, según el art. 9, entraron en vigencia el 31 de enero de 2018, sin que establezcan una regla expresa sobre su aplicación a procedimientos iniciados anteriormente.

Por su parte, la LPA entró en vigencia el 13 de febrero de 2019, con una disposición expresa sobre su aplicación solo a procedimientos iniciados durante la vigencia de dicha ley. Así las cosas, ninguno de los cuerpos normativos citados son aplicables al presente caso, específicamente en lo relativo a la declaratoria de caducidad, como efecto del silencio administrativo en los procedimientos iniciados de oficio (tal como ha sido definido por las DTPARAP y la LPA), ni, por tanto, en lo relativo al plazo cuyo transcurso hace que esa consecuencia opere.

⁶ Sentencia de las catorce horas y treinta y ocho minutos del día siete de febrero de dos mil catorce, en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 71-2010.

⁷ En este sentido, L. Alfredo de Diego Díez, en su obra *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, segunda edición, enero 2009, Editorial Boch, España; página 213.

⁸ Jurisprudencia citada por L. Alfredo de Diego Díez, en su obra *Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador*, segunda edición, enero 2009, Editorial Boch, España; página 213.

Por último, importa señalar que la jurisprudencia constitucional, sobre los cambios normativos y las reglas de transitoriedad, sostiene que: *"debe afirmarse la necesidad de una rápida adaptación al nuevo ordenamiento, pero la transición no puede ser tan violenta que vulnere la seguridad jurídica; así, todo cambio o modificación demanda la aplicación de los viejos sistemas o procedimientos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron al amparo de la ley anterior"*⁹ (el subrayado es propio).

De tal postura se destaca que la categoría de la seguridad jurídica no solo es deseable respecto de las incidencias en la esfera jurídica del particular, sino también respecto de los supuestos que pueden repercutir en la actuación de la Administración Pública. Importa, a estos efectos, la previsibilidad del régimen al que se sujetará la autoridad. En esta sintonía, a la fecha del inicio del procedimiento con referencia PAS 10/2015 definitivamente no existían lineamientos legales categóricos (como los actuales) en cuanto a la duración máxima de aquél, y a los cuales la Administración Pública previera sujeta toda su actuación.

De esta manera, se desestima el motivo de apelación analizado en este apartado.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos, disposiciones citadas y en los artículos 66, 67 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, 129 y 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos; y, 14 y 86 inciso final de la Constitución, este Comité **RESUELVE:**

I. MODIFÍCASE la letra c) de la parte resolutive de la resolución de las catorce horas con diez minutos del 3 de mayo de 2019, en el sentido de fijar la cuantía de la multa impuesta a INDUSTRIAS BOLÍVAR, S.A. DE C.V. por el cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 161 numeral 1 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en la cantidad de cinco mil quinientos dieciséis dólares con setenta y ocho centavos (US\$5,516.78).

II. Devuélvase oportunamente el expediente con referencia PAS 10/2015 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

III. Archívese el presente expediente de apelación.

IV. Se hace del conocimiento de la sociedad apelante que con la presente resolución se tiene por agotada la vía administrativa, en consecuencia no admite recurso alguno en esta sede, quedando expedita la acción jurisdiccional.

⁹ Sentencia de las catorce horas y treinta y ocho minutos del día siete de febrero de dos mil catorce, en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 71-2010.

Notifíquese.-



[Handwritten signatures and initials]

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

[Handwritten signature]

RECIBIDO

2019 AUG -2 AM 10: 55

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

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



Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero