

La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero: Certifica la resolución de las dieciséis horas con quince minutos del día diecinueve de octubre de dos mil quince, en el recurso de apelación promovido por la sociedad Servicios Integrales Médicos, Sociedad Anónima de Capital Variable, en el expediente Ref. CA-8-2015 y que literalmente dice:

“CA-8-2015

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las dieciséis horas con quince minutos del diecinueve de octubre de dos mil quince.

Por agregados el escrito de folios 65 y 66, mediante el cual el señor Superintendente del Sistema Financiero contestó la audiencia conferida y el escrito de folios 78, mediante el cual el mismo funcionario, remite el cálculo de mora y multa registrado a la fecha siete de marzo de 2014, correspondientes a los periodos de diciembre de 2011 y de enero a julio de 2012, el cual se encuentra agregado de folios 79 al 82.

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero, a las once horas del día quince de abril del presente año, en el procedimiento administrativo sancionador de referencia PAS-10/2013 promovido contra la sociedad SERVICIOS INTEGRALES MÉDICOS, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse SERVICIOS INTEGRALES MÉDICOS, S.A. DE C.V., a la que se le sancionó con una multa de un mil ciento once dólares con veintiocho centavos (US\$1,111.28) más los recargos moratorios de nueve mil novecientos cincuenta y seis dólares con nueve centavos (US\$9,956.09) por el incumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones de sus trabajadores de conformidad con lo establecido en los arts. 13 y 19 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en adelante Ley SAP, situación tipificada y sancionada en el art. 161 de la referida ley.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que el señor José Omar Duarte Mendoza, en calidad de representante legal de la sociedad antes enunciada al impugnar la resolución en comento, expuso en síntesis, que está en desacuerdo con la resolución impugnada ya que en ésta se ha determinado que la referida sociedad ha incumplido con el pago de las cotizaciones de sus trabajadores a pesar de que al contestar el emplazamiento respectivo se expusieron las razones que le impidieron cumplir con sus obligaciones patronales, dentro de las que destaca un grave incendio que se suscitó en la empresa. Asimismo, en ese momento se aportaron los documentos de respaldo respectivos: planillas de pago y convenios firmados con las administradoras de pensiones.

Afirma que lo anterior demuestra que la sociedad apelante siempre ha tenido la disponibilidad para cancelar los valores pendientes de pago a las administradoras de fondos de pensiones, al punto de que a la fecha se encuentra totalmente solvente tanto de los planes de pago suscritos, razón de la imposición de multa y recargo, como de las planillas previsionales vigentes.

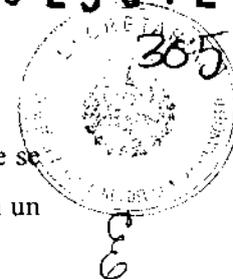
II. Mediante auto de las nueve horas del once de mayo de dos mil quince, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el señor José Omar Duarte Mendoza, en carácter de representante legal de la sociedad Servicios Médicos Integrales, S.A. de C.V., se suspendieron los efectos del acto impugnado y se abrió a prueba el presente recurso de apelación por el término previsto en el art. 67 inciso 1° LSRSF.

Dentro del término de prueba, la sociedad apelante presentó el escrito que corre agregado a f. 37 del expediente de apelación, al cual anexó: 1) Solvencia original emitida por AFP Crecer, S.A., de fecha veintiocho de abril del presente año; 2) Copias certificadas de planillas de AFP CRECER S.A., junto con sus recibos de liquidación de cálculo de mora pagados correspondientes a los períodos de abril de 2008, enero de 2001, junio y septiembre de 2007; 3) Copia certificada de planilla de pago de AFP Crecer, S.A. debidamente cancelada correspondiente al período de marzo de 2015; 4) Copia certificada de compromiso unilateral de pago suscrito con AFP CONFÍA, S.A.; 5) Original de historial de pago realizado con AFP CONFIA, S.A. en relación con el convenio de fecha 27 de abril del corriente año; y, 6) Copias certificadas de planillas de pago de AFP Confía, S.A. debidamente cancelada juntos con sus recibos correspondientes a los meses marzo y abril de 2015.

III. Por medio de auto de las diez horas con treinta minutos del veintiocho de mayo de dos mil quince, se tuvo por agregados el escrito y documentos anexos al mismo presentados por la sociedad recurrente y en atención a lo previsto en el art. 67 inciso final LSRSF, se confirió audiencia al Superintendente del Sistema Financiero para que se pronunciara sobre los argumentos expuestos y la documentación presentada como prueba por la sociedad apelante.

El señor Superintendente contestó la audiencia conferida mediante escrito que corre agregado a folios 65 y 66, en los siguientes términos:

Que de conformidad con lo establecido en la Ley SAP y la LSRSF, "**LOS CONVENIOS DE PAGO Y EL PAGO MISMO**, no son eximentes de responsabilidad o atenuantes que deban tomarse en consideración al momento de imponer las sanciones". Agregó que el art. 161 de la Ley SAP tipifica y establece la sanción a imponer cuando un empleador incumple con su obligación de



pagar las cotizaciones dentro de los primeros diez días hábiles del mes siguiente a aquel en que se devengaron los ingresos afectos (art. 19 Ley SAP) y que, además, dicha disposición legal no da un margen de discrecionalidad para imponer la sanción.

Que la Superintendencia velará por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales de la Ley SAP, relacionadas con el pago oportuno de las cotizaciones previsionales de los trabajadores, ya que con ello se garantiza que las cotizaciones lleguen a las cuentas individuales de los trabajadores, para que en el futuro no les hagan falta dichas cotizaciones y así poderse pensionar por vejez art. 104 letra c) Ley SAP. Afirma la Superintendencia que lo más importante que la mora en el pago de cotizaciones no les deje desprotegidos del seguro de invalidez y sobrevivencia que cada administradora de fondos de pensiones contrata anualmente, para proteger a sus afiliados contra las contingencias de invalidez o muerte causadas por accidentes o enfermedades de tipo común arts. 105, 106, 116 y 124 Ley SAP.

Por medio de auto de las diez horas con cincuenta minutos del día doce de junio del presente año, este Comité solicitó, para mejor proveer, nuevo cálculo de multa y mora de la sociedad apelante estimado al siete de marzo de dos mil catorce, en la que se considere únicamente la omisión total de pago en el período comprendido de diciembre de 2011 y de enero a julio de 2012, en el fondo de pensiones de la AFP CONFÍA, S.A.

Mediante escrito de fs. 78 el señor Superintendente remitió el memorando ISP-092/2015 suscrito por la Intendente del Sistema de Pensiones y los anexos II-A, IV, V y VI en los cuales se consigna el cálculos de mora y multa para el empleador Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V., correspondientes a los periodos relacionados.

Con lo anteriormente expuesto se tiene por concluido el trámite del presente recurso de apelación, por lo que se procede a emitir la resolución final que corresponde.

IV. La resolución objeto de impugnación es la emitida por el señor Superintendente del Sistema Financiero, a las once horas del día quince de abril del presente año, mediante la cual sancionó a la sociedad **SERVICIOS INTEGRALES MÉDICOS, S.A. DE C.V.**, con una multa más los respectivos recargos moratorios, por el incumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones de sus trabajadores de conformidad con los arts. 13 y 19 de la Ley SAP, cuyo incumplimiento genera la infracción al art. 161 de la referida ley.

De acuerdo con el planteamiento de la sociedad Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V., en su escrito de apelación, su inconformidad la hace recaer en los siguientes puntos: 1) que el incumplimiento con el pago de sus obligaciones previsionales dentro del plazo se debe principalmente por un grave incendio que se suscitó en la empresa; 2) que se firmaron convenios de pago con las administradoras de fondos de pensiones; y, 3) que a la fecha se encuentra totalmente al día en el pago de cotizaciones previsionales.

De lo anterior se colige, que lo que la apelante pretende es que se le exima de responsabilidad sobre el incumplimiento incurrido, por existir justo impedimento como el que señala –incendio suscitado en su empresa-, para cancelar las cuotas previsionales dentro del plazo legamente establecido.

Antes de analizar el planteamiento al respecto, este Comité estima oportuno hacer referencia sobre las conductas ilícitas que se le atribuyen a la apelante, previstas en la Ley SAP.

En el expediente PAS-10/2013, a fs. 203 y siguientes se encuentra agregada la resolución objeto de apelación, en la que consta que en el Memorando ISP-353/2012 a f. 2 se tienen por establecidos los incumplimientos incurridos por la empleadora, siendo estos los siguientes:

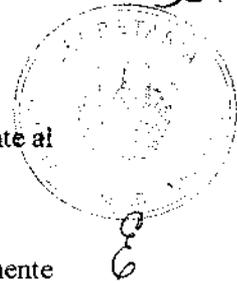
1) Mora por no declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores en AFP CONFIA, S.A., la suma de US\$788.92 correspondiente a los períodos de devengue que comprende de marzo a junio de 2007 y septiembre de 2009.

2) Mora por declaración y no pago de las cotizaciones previsionales de sus trabajadores en AFP CONFIA, S.A., la suma de US\$17,596.20 correspondiente a los períodos de devengue del mes de mayo de 2007 a julio de 2012.

3) Mora por insuficiencias en AFP CONFIA, S.A., la suma de US\$2,214.87 correspondiente a los períodos de devengue de enero a abril de 2007.

4) Mora por no declaración y no pago de las cotizaciones previsionales en AFP CRECER, S.A., la suma de US\$351.64 correspondiente a los períodos de devengue de febrero de 2010 y abril de 2012.

5) Mora por declaración y no pago de las cotizaciones previsionales en AFP CRECER, S.A., la suma de US\$20,958.94 correspondiente a los períodos de devengue de mayo de 2007 a julio de 2012.



6) Mora por insuficiencias en AFP CRECER, S.A., la suma de US\$37.52 correspondiente al devengo del mes de enero de 2001.

En la Ley SAP, en el acápite "**Obligatoriedad de las cotizaciones**", en la parte pertinente al caso, el art. 13 establece: "*Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias en forma mensual al Sistema por parte de los trabajadores y los empleadores*".

Sobre la **declaración y pago de las cotizaciones**, el art. 19 inciso 3° dispone: "*La declaración y pago deberán efectuarse dentro de los diez primeros días hábiles del mes siguiente a aquél en que se devengaron los ingresos afectos,...*".

Mientras que en el apartado "**Incumplimiento de la obligación de pagar**", el art. 161 prescribe "*Constituye infracción para el empleador el incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, en los siguientes casos:*

1. *La omisión absoluta del pago de la cotización, dentro del plazo legal señalado, 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, sin perjuicio de que deberá pagar las mismas y las rentabilidades dejadas de percibir en las respectivas cuentas de los afiliados afectados (...).*
2. *Pagar una suma inferior a la cotización que corresponde dentro del plazo legal establecido, será sancionado con una multa del diez por ciento de dichas cotizaciones dejadas de pagar más un recargo moratorio del cinco por ciento de dichas cotizaciones por cada mes o fracción, sin perjuicio de que deberá pagar las mismas y las rentabilidades dejadas de percibir en la respectiva cuenta de los afiliados afectados".*

De la norma transcrita se identifica una *falta tipo* y de ésta derivan *tipos de faltas*¹, a saber:

¹ En materia penal, la doctrina denomina *delito tipo* a la figura básica que consiste en una determinada conducta considerada ilícita por el legislador, en cambio las distintas manifestaciones de esa misma conducta las denomina como *tipos de delito*, v.g. las lesiones como delito tipo, así como las distintas connotaciones de la misma, que las identifica como las graves, muy graves y culposas.

Por lo que en razón del principio penal como expresión del *ius puniendi*, así como también en atención a la utilización de la terminología apropiada para el sancionador administrativo, se utilizarán los términos de éste último identificando tales figuras como *falta tipo* y *tipos de falta*.

La *falta tipo* es la omisión de pago por parte del empleador, de las obligaciones previsionales dentro de los 10 días hábiles del mes siguiente de los ingresos afectos.

Los *tipos de faltas* pueden verificarse de dos formas:

- Falta de pago de la totalidad de la cotización; y,
- Pago parcial (insuficiencia) de la cotización.

A estas dos conductas el legislador les ha asignado consecuencias (sanciones) distintas, tal como se aprecia en la norma transcrita.

De esa misma disposición se extraen varias figuras:

- a) Obligación de pago de cotizaciones;
- b) Omisión total o parcial de pago; y,
- c) Sanciones dependiendo del tipo de omisión.

De lo anterior se establece que la Ley SAP, es clara al exigir que las obligaciones mensuales relacionadas con la declaración y pago de las cotizaciones previsionales deban realizarse dentro de un plazo preestablecido. El plazo para el cumplimiento de estas obligaciones es de suma importancia, ya que es una herramienta legal que el legislador impone al sujeto obligado para que entere oportunamente las cuotas previsionales y de esa forma se concretice la protección del bien jurídico que regula la ley. De ahí que, ante el incumplimiento de obligación de pago de las pensiones dentro del plazo previsto en la norma configura infracción y por tanto, habilita a la autoridad competente –previo procedimiento respectivo- aplicar la sanción que corresponde. ??

En el caso de autos, no obstante lo relacionado en el Memorando ISP-353/2012, según el texto de la resolución impugnada, se sancionó a la sociedad apelante con multa más recargos moratorios por incumplimiento a la obligación de pagar las cotizaciones correspondientes a los períodos siguientes: noviembre de 2010, de abril a septiembre y diciembre de 2011; de enero a julio 2012 y mora por insuficiencias por los períodos de enero a abril de 2007. La resolución de mérito fue pronunciada el día 15 de abril del presente año y notificada el 23 del mismo mes y año.

De ahí que, por tratarse de aplicación de multas por incumplimiento de obligaciones de pago de pensiones durante los meses antes relacionados –del mes de noviembre de 2010, de abril a septiembre y diciembre de 2011 y de enero a julio de 2012 y la mora por insuficiencias respecto a los períodos de enero al mes de abril de 2007-, este Comité estima que previo a conocer sobre el

307

planteamiento de la apelante, se vuelve oportuno hacer algunas acotaciones sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública, a efecto de determinar si en el caso de autos dicha potestad se ha ejercido dentro de los parámetros que la Constitución y la ley indican.

Al respecto, se trae a colación lo expuesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de que la potestad sancionadora de la Administración Pública puede definirse como aquella facultad atribuida para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados por la comisión de infracciones. Que dentro de ese marco, la Administración Pública, al imponer una sanción, deberá cerciorarse que se reúnan entre otros elementos, los siguientes: 1) la existencia de una acción u omisión, como puede ser un comportamiento positivo u omisivo del administrado que vulnera un mandato o una prohibición contenida en una norma legal; 2) la existencia de una sanción. Para que este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo; 3) la tipicidad de la infracción, implica que el comportamiento del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben estar debidamente descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley; y, 4) la culpabilidad, en todo ordenamiento sancionador rige el criterio de que la responsabilidad puede ser exigida sólo si en el comportamiento del agente se aprecia la existencia de dolo o de culpa.

En términos generales, la potestad sancionadora de la Administración se activa por actuaciones por parte del administrado consideradas ilegales y como consecuencia de tal conducta y de resultar responsable, se le impondrá la sanción respectiva prevista en la norma.

Conforme a nuestra Constitución, la facultad sancionatoria de la Administración se ejerce dentro de un determinado marco normativo que deviene en primer orden del art. 14 Cn., el cual contempla la potestad sancionadora administrativa, al establecer que "*...la autoridad administrativa podrá sancionar, mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas...*", teniendo a la base los principios y derechos que establece la misma Constitución que le fueren aplicables.

Sin embargo es de destacar que la potestad sancionadora tiene límites, uno de ellos se encuentra en una manifestación del principio de legalidad que recoge el art. 86 inciso final Cn. que prescribe: "*Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley*".

Es así que en virtud de la sujeción a la ley, la Administración sólo podrá actuar cuando aquella la faculte para que su actuación se repute legal, ya que las actuaciones administrativas

aparecen antes como un poder atribuido por la ley, por ella delimitado y construido. Esta premisa de habilitación indudablemente extensible a la materia sancionatoria, deviene en la exigencia de un mandato normativo que brinde cobertura a todo ejercicio de la potestad.

Como corolario de todo lo anterior, también se reconoce que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado art.14 Cn. Por consiguiente, los postulados que rigen el Derecho Penal han de verse reflejados en las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración, por constituir garantías procedimentales ínsitas en el marco constitucional, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto que rige el *ius puniendi*.

Y es que, en múltiples resoluciones la Sala de lo Contencioso Administrativo al referirse a este tema, ha reiterado “que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho...” Sentencia 11-01-2014, juicio ref. 216-2006.

Entre los postulados del Derecho Penal se encuentra el de prescripción de la acción, el cual se configura como aquella limitación que persigue que se declare la extinción de la facultad punitiva ante la inactividad o laxitud de la autoridad competente para ejercerla, por dejar transcurrir el tiempo legal máximo previsto para perseguir las conductas consideradas ilícitas, con la finalidad de proscribir persecuciones potencialmente perpetuas.

En ese sentido, en el ámbito del derecho sancionador administrativo la prescripción opera como una garantía, por lo que una vez vencido el plazo que la regula sin que dentro del mismo se proceda al castigo de conductas ilícitas, el infractor ya no debería ser enjuiciado ni mucho menos reprimido, manifestándose así la seguridad jurídica en el marco del *ius puniendi*.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento procedimental de dicha figura en materia sancionatoria, la Sala de lo Contencioso también ha declarado, entre otros criterios, que “...la existencia de la prescripción es apreciable de oficio (...) y si habiendo prescrito la acción disciplinaria es dictada una resolución definitiva y de fondo, en la futura fase de impugnación dicha deficiencia será la que deba analizarse inicialmente. Lo anterior encuentra su fundamento en



E

razones de orden público, interés general y seguridad jurídica". Sentencia del 03-05-2013, en el juicio ref. 326-2008.

Dentro de ese marco conceptual, resulta que al trasladar las precisiones que anteceden –con relación a la potestad sancionatoria- al caso sub iudice, este Comité de Apelaciones al revisar el marco legal, encuentra que la Ley SAP bajo el acápite “Caducidad de la acción sancionatoria” en el art. 153 ordena que: “La facultad para la aplicación de sanciones por infracciones caducará en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que se cometiere la infracción”.

Este tema de la “caducidad” que prevé dicha disposición ya ha sido abordado en otras resoluciones emitidas por este Comité, en las cuales ha declarado que la Ley SAP, marco normativo que regula el sistema de ahorro para pensiones en El Salvador, está comprendido por el conjunto de instituciones, normas y procedimientos mediante los cuales se administrarán los recursos destinados a pagar las prestaciones para cubrir los riesgos de invalidez común, vejez y muerte (art. 1 Ley SAP). Además, que dicho cuerpo legal desarrolla su régimen relativo a las infracciones y sanciones, que comprende tanto la descripción de las conductas que la ley considera como contravenciones al igual que los parámetros o rangos para el cálculo de las sanciones, arts. 157 y siguientes de la Ley SAP, entre otros.

También ha declarado, que por tratarse de un cuerpo legal especial, la Ley SAP goza de aplicación preferente respecto a otras leyes (art. 235 Ley SAP), de manera que sus preceptos prevalecerán en caso de que otra norma la contraríe y únicamente se tendrán como derogadas o modificadas cuando el legislador expresamente lo disponga.

Dentro de ese marco, el art. 153 de la Ley SAP, fija un plazo dentro del cual la autoridad competente está habilitada para la aplicación de sanciones por infracciones a dicho cuerpo legal; y, aun cuando la ley hace referencia a la caducidad, este Comité entiende que en todo caso se trata del plazo límite para ejercer la facultad de determinar una situación jurídica concreta por infracciones cometidas a dicha ley; por lo que, dicha figura corresponde a la extinción del ejercicio del *ius puniendi* para poder sancionar infracciones por el transcurso del tiempo.

Siendo esto así, la caducidad en los términos expuestos opera como sinónimo de prescripción, la cual como ya se dijo, en materia sancionatoria constituye una causa de extinción basada en principios de seguridad jurídica. Se trata pues, de una causa que impide el ejercicio del poder sancionador por el simple transcurso del tiempo establecido por el legislador.

.Al analizar dicha figura en los términos de la Ley SAP, este Comité estima que si bien el plazo regulado en el art. 153 para la imposición de sanciones puede considerarse breve (en relación al que prevé el art. 69 LRSF), también se debe puntualizar que ello tiene una razón de ser, la cual a juicio de este Comité, responde a la importancia que el legislador otorgó a la eficiencia con la cual la autoridad administrativa debe actuar en esta materia; es decir, con la debida diligencia ante la advertencia de un incumplimiento de parte de los patronos o empleadores de declarar y pagar las cotizaciones de sus empleados en el plazo establecido por la ley (dentro de los diez días hábiles del siguiente mes), y todos aquellos sujetos obligados al cumplimiento de la misma que incurran en conductas ilícitas tipificadas como tal en la Ley SAP.

Por lo tanto, la disposición en estudio impone un deber de celeridad a la autoridad administrativa en tutelar el bien jurídico que considere en riesgo, en virtud del cual no puede aplicar sanciones después de pasados tres años desde el cometimiento de la infracción. Lo anterior guarda relación con la urgencia de que las sanciones que se impongan produzcan el efecto disuasivo esperado, en el sentido de que el empleador moroso no reincida en la conducta antijurídica para futuros períodos mensuales del pago de la cotización al ser objeto de las multas y recargos moratorios, como los que estipula la ley SAP. Se nota entonces cómo el legislador optó por un sistema de protección al bien jurídico "seguridad social" en el cual el incumplimiento a las obligaciones previsionales sean castigadas dentro de un período relativamente breve, buscando el mayor efecto correctivo e inmediato posible, pero dejando intactas las obligaciones frente al fondo de pensiones, las cuales son imprescriptibles (art. 20 Ley SAP). A fin de concluir sobre el tema que nos ocupa, cabe agregar a lo expuesto por la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia emitida en el juicio ref. 326-2008, que también dicho tribunal ha reiterado en otra sentencia, que *"...la misma autoridad debe de oficio cerciorarse que la aplicación de su actividad punitiva está siendo ejercida dentro de los límites que el derecho prevé, ya que imponer una pena fuera de los límites jurídicos, se concreta en la imposibilidad de exigir responsabilidad al presunto infractor, en tanto que no estamos ante una prescripción de carácter civil que debe ser alegada, sino ante la extinción del ius puniendi por el paso del tiempo, que es una prescripción de interés público"*. (Sentencia pronunciada en el juicio ref. 251-2010).

En consonancia con lo anterior y en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, art. 2 Cn., cuando una sanción sea impugnada vía recurso de apelación, este Comité estará facultado y obligado para verificar que haya sido aplicada dentro del límite temporal que la Ley SAP prevé, incluso de oficio, pues el administrado al haber impugnado una sanción, abre la posibilidad de que este Comité examine tal actuación como un aspecto de mero derecho, determinar

si la autoridad que la impuso contaba con la competencia temporal para tales efectos. Con relación a lo anterior, y en consideración al art. 68 inc. 2º LRSRF, cabe recordar que la Sala de lo Contencioso Administrativo al pronunciarse sobre actuaciones del Tribunal Sancionador de la Defensoría del Consumidor, afirmó que *“la prescripción puede y debe ser declarada de oficio, tanto en sede administrativa como judicial, en vista que se están tutelando derechos de orden público”*; situación que a criterio de este Comité no rompe con las reglas del principio de congruencia regulado en la referida disposición, juicio ref. 251-2010.

En adición a lo anterior, es de destacar que conforme el art. 121 LRSRF, el cual regula expresamente las normas que se consideran derogadas con la entrada en vigencia de la citada norma, en la que no aparece señalada la Ley SAP, por lo tanto no puede ser desestimada por este Comité por resultar aplicable al presente caso.

En vista de lo anterior, este Comité considera que, por razones de seguridad jurídica, el art. 153 Ley SAP debe ser aplicado en las condiciones ofrecidas por el legislador, es decir, que la autoridad competente dispone de tres años contados desde la fecha que se cometiere la presunta infracción para –previo procedimiento– determinar la responsabilidad y de comprobarse, aplicar las sanciones por incumplimiento a las obligaciones contenidas en dicha ley.

Ahora bien, es importante aclarar que la limitación al ejercicio del *ius puniendi* de la Administración Pública por el transcurso del tiempo mediante la prescripción o caducidad, en nada afecta la exigibilidad de las obligaciones previsionales adeudadas, situación que garantiza la protección del fondo de pensiones y, en última instancia, la seguridad social y dignidad de los trabajadores. Y es que, paralelamente a la persecución del ilícito, ante la mora en el pago de una cotización previsional, el artículo 20 de la Ley SAP impone *la obligación* a cargo de la Institución Administradora de Fondo de Pensiones correspondiente, de iniciar la *acción administrativa de cobro de forma oficiosa en el plazo de diez días hábiles* después de haber concluido el período de cumplimiento de la obligación a cargo del empleador.

Incluso, si en el plazo de treinta días después de iniciada la acción administrativa de cobro no fuera posible la recuperación de las cantidades adeudadas, el citado artículo dispone que la administradora está legitimada para iniciar un proceso ejecutivo contra el empleador. Estos mecanismos pretenden garantizar el cumplimiento forzoso de las obligaciones previsionales de forma inmediata y sin límite temporal, al punto de establecer el legislador que *cualquier deuda a favor del fondo de pensiones es imprescriptible* (artículo 20 inciso 6º de la Ley SAP), lo anterior con independencia del ejercicio de las demás potestades conferidas a la Administración Pública.

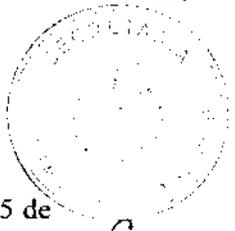
Se insiste, que la acción de cobro no depende del inicio del procedimiento sancionador (por cometimiento de la infracción prevista en el artículo 161 de la Ley SAP), ni tampoco se ve obstaculizada ni disminuida por el no ejercicio del *ius puniendi* ni por la concurrencia de la prescripción. Por esta razón, la declaratoria de la prescripción no debe considerarse, en estos casos, como la exoneración de la obligación de pago de cotizaciones al empleador moroso.

En correspondencia con la intención manifiesta del legislador de darle preponderancia al cobro de cotizaciones previsionales, no existen razones que justifiquen que una Administradora de Fondo de Pensiones, una vez transcurrido el plazo de ley, no haya iniciado el procedimiento de cobro administrativo contra el empleador moroso, o, bien, subsecuentemente no haya promovido el correspondiente proceso ejecutivo; pues, tal como se ha señalado, el artículo 20 de la Ley SAP concibe estas acciones como un mandato y no como atribuciones de ejecución voluntaria sujeta a la discreción (o al arbitrio) de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Asimismo, la Superintendencia del Sistema Financiero como ente supervisor juega un papel importantísimo en el cumplimiento de la obligación de cobro a cargo de las administradoras en mención, pues cuenta con la facultad de exigir a los integrantes del sistema financiero el acatamiento irrestricto de sus obligaciones legales; así, el artículo 3 de la LSRSF inciso segundo letra a) señala: "... *Al efecto compete a la Superintendencia: a) Cumplir y hacer cumplir, en el ámbito de su competencia, las leyes, reglamentos, normas técnicas y demás disposiciones aplicables a los supervisados...*".

En el caso que nos interesa, la trascendencia de esta supervisión se evidencia por tener fundamento en el artículo 175 de la Ley SAP, pues la SSF puede, incluso, sancionar a las AFP por incumplimientos a su obligación de iniciar el trámite de cobro de las cotizaciones en los plazos establecidos.

En conclusión, las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran obligadas a exigir el cobro de toda mora previsional, en cualquier momento, por constituir una deuda imprescriptible, actividad (o inactividad) que deberá ser vigilada por la Superintendencia del Sistema Financiero, desatendiendo el tiempo que haya transcurrido y si ha prosperado o no un procedimiento sancionador. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal para los empleadores que se apropien indebidamente de las cotizaciones retenidas (art. 245 del Código Penal).



Aplicación al caso concreto

Como se relacionó en anteriores párrafos, la resolución sancionatoria pronunciada el 15 de abril de 2015, fue notificada el 23 del mismo mes y año, por lo tanto, en esta última fecha adquieren eficacia las sanciones consistentes en multas a cada período no pagado y recargos moratorios por el incumplimiento a la obligación de pago de la cotización del mes en que incurrió la sociedad apelante, y que en el presente caso se trata de cada uno de los meses comprendidos según el siguiente detalle: mes de noviembre de 2010; del período correspondiente al mes de abril a septiembre y el mes de diciembre de 2011; y, del mes de enero a julio de 2012, así como mora por insuficiencias en el período comprendido de enero a abril de 2007 en la AFP CONFIA, S.A.

Para efectos de computar el plazo de la prescripción –denominada caducidad en la norma– de la facultad sancionadora por infracciones a la Ley SAP, debe tomarse como referencia o punto de partida la fecha en que se cometió la presunta infracción.

Sobre tal figura, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: *“Como resultado del principio de seguridad jurídica y de legalidad, la acción penal se extingue, entre otras razones, por el mero transcurso del plazo pertinente, es decir, por la prescripción que opera de pleno derecho y que puede ser declarada en cualquier estado de la causa, toda vez que sean cumplidos los requisitos legales que imponen su declaración. En ese sentido, a través de esta institución, el Estado cesa su potestad punitiva por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley, ello tiene lugar cuando se ha dejado vencer el plazo dispuesto por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, lo cual implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación.”* (SALA DE LO PENAL/Sentencia Definitiva 37-CAS-2008 de fecha 17/06/2010)

En cuanto a la infracción descrita en el art. 161 Ley SAP, se extrae lo siguiente:

- a) Que se trata de una conducta omisiva (impago de cotizaciones total o parcial);
- b) Que es de ejecución inmediata, que se realiza el undécimo día del mes posterior al de los ingresos afectos; y,
- c) De efectos permanentes o trascienden al perfeccionamiento de la falta y que cesarán hasta la cancelación total de las cotizaciones dejadas de pagar.

En esa misma sentencia la Sala de lo Penal, se manifiesta en los siguientes términos: "...el tiempo de prescripción de la acción penal, constituye un punto de discusión planteado por la representante fiscal, en tanto que ella aduce que "no ha cesado la acción delictuosa pues al no haber sido pagadas las cuotas a las Instituciones referidas, se continúa vulnerando el bien jurídico tutelado." A criterio de esta Sala, tal visión es completamente equívoca, pues a pesar que la vulneración al bien jurídico ha permanecido en el tiempo, la conducta delictiva consistente en la retención de las cuotas laborales, ya ha cesado en el tiempo, es decir, materialmente no se continúa ejecutando el delito."

Y agrega la citada Sala en la misma sentencia: "En ese sentido, la última acción delictiva, fue consumada en el año dos mil dos y pretender prolongar en el tiempo la ejecución del delito, durante más de cinco años y máxime cuando la negligencia de acudir al ente jurisdiccional para iniciar la acción penal ha pendido únicamente de la Fiscalía General de la República, excede todo parámetro de legalidad, razonabilidad del proceso y seguridad jurídica..."

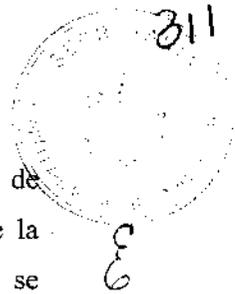
Es menester aclarar que si bien el delito por el que fue procesado el imputado en la causa tramitada por esa Sala, era la apropiación o retención de cuotas laborales, la cual constituye una conducta positiva consistente en un hacer, sin embargo el delito se perfecciona en la no entrega de la sumas retenidas a su respectivo destinatario, que se traduce en una omisión o un no hacer.

Esta última conducta es la que se conoce en esta sede, que la recurrente como patrono haya incumplido no enterando dentro del plazo legalmente señalado, las respectivas cotizaciones de sus trabajadores.

El pronunciamiento de la Sala es claro y aleccionador, pues establece la diferencia entre la comisión del delito (en este caso falta o infracción) y sus efectos, los cuales trascienden en el tiempo al primero.

Según el art. 161 Ley SAP, la falta se comete llegado el undécimo día sin que la AFP haya recibido la totalidad de las cotizaciones de todos sus trabajadores por parte del patrono, sin perjuicio del agravio infligido a éstos que perdurará hasta el cumplimiento de las obligaciones del último.

Así, de la norma y del pronunciamiento judicial se extrae: que el no pago de las cotizaciones constituye una falta de ejecución inmediata con efectos permanentes, en los cuales éstos últimos no inciden o modifican la naturaleza de la primera, es decir no la convierten en una falta permanente para cómputo de la prescripción.



Bien, establecido lo anterior, el caso en estudio comprende una multiplicidad de infracciones y no de una única y continuada en el tiempo. En ese sentido, el cómputo de la prescripción para cada una de las infracciones, comienza a computarse en el mes en que se considera cometida.

De ahí que tomando en consideración el anterior parámetro, se hace una identificación de los periodos caducados (siguiendo la terminología de la Ley SAP) y aquellos en que la facultad sancionadora de la Administración Pública se encuentra dentro del plazo legal, según anexo II-A del Memorando ISP 058/2014, de fecha 11 de marzo del 2014, agregado a fs. del 181 al 186 es el siguiente:

Periodos en los que se encuentra caducada la facultad sancionadora relativa a la infracción a la declaración y no pago

Período	Vencimiento del plazo legal para el pago	Fecha de comisión de la infracción	Caducó la facultad de la SSF para la aplicación y notificación de sanciones (art. 153 Ley SAP)
2010-11	14/12/2010	15/12/2010	15/12/2013
2011-04	16/05/2011	17/05/2011	17/05/2014
2011-05	14/06/2011	15/06/2011	15/06/2014
2011-06	14/07/2011	15/07/2011	15/07/2014
2011-07	17/08/2011	18/08/2011	18/08/2014
2011-08	13/09/2011	14/09/2011	14/09/2014
2011-09	14/10/2011	17/10/2011	17/10/2014
2011-12	13/01/2012	16/01/2012	16/01/2015
2012-01	14/02/2012	15/02/2012	15/02/2015
2012-02	14/03/2012	15/03/2012	15/03/2015
2012-03	18/04/2012	19/04/2012	19/04/2015

Periodos en los que se encuentra caducada la facultad sancionadora relativa a las infracciones por insuficiencias

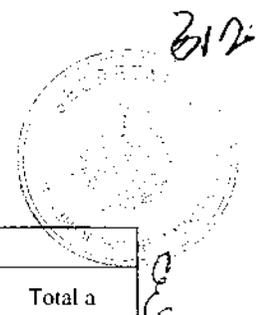
Período	Vencimiento del plazo legal para el pago	Fecha de comisión de la infracción	Caducó la facultad de la SSF para la aplicación y notificación de sanciones (art. 153 Ley SAP)
2007-01	14/02/2007	15/02/2007	15/02/2010
2007-02	14/03/2007	15/03/2007	15/03/2010
2007-03	18/04/2007	19/04/2007	19/04/2010
2007-04	16/05/2007	17/05/2007	17/05/2010

Periodos en los que el ejercicio de la facultad sancionadora se encuentra dentro del plazo legal

Período	Vencimiento del plazo legal para el pago	Fecha de comisión de la infracción	Plazo máximo para la imposición y notificación de sanciones (art. 153 Ley SAP)
2012-04	15/05/2012	16/05/2012	16/05/2015
2012-05	14/06/2012	15/06/2012	15/06/2015
2012-06	13/07/2012	16/07/2012	16/07/2015
2012-07	16/08/2012	17/08/2012	17/08/2015

A continuación se muestra un detalle de los períodos y montos en concepto de multas y recargos moratorios correspondientes a los períodos cuya facultad para aplicar sanciones se considera caducada:

AFP CONFIA, S.A.



Año y mes de cotización	Vencimiento o plazo legal para el pago	Tipo de mora		Multa				Declaración errónea	Total a pagar
		Declaración y no pago	Insuf	Art. 161					
				Monto		Recargos moratorios			
				No pagado	Insuf	No pagado	Insuf		
2010-11	14/12/2010	\$247.02		\$49.40		\$194.82		\$244.22	
2011-04	16/05/2011	\$344.51		\$68.90		\$236.56		\$305.47	
2011-05	14/06/2011	\$29.14		\$5.83		\$19.45		\$25.27	
2011-06	14/07/2011	\$29.14		\$5.83		\$18.86		\$24.69	
2011-07	17/08/2011	\$29.14		\$5.83		\$18.20		\$24.03	
2011-08	13/09/2011	\$373.65		\$74.73		\$226.68		\$301.41	
2011-09	14/10/2011	\$373.65		\$74.73		\$218.96		\$293.69	
2011-12	13/01/2012	\$373.65		\$74.73		\$196.29		\$271.02	
2012-01	14/02/2012	\$365.25		\$73.05		\$184.09		\$257.14	
2012-02	14/03/2012	\$405.56		\$81.11		\$196.56		\$277.67	
2012-03	18/04/2012	\$438.07		\$87.61		202.10		\$289.71	
2007-01	14/02/2007		\$453.89		\$45.39		\$1.929.18	\$1.974.57	
2007-02	14/03/2007		\$453.75		\$45.38		\$1.907.67	\$1.953.05	
2007-03	18/04/2007		\$452.96		\$45.30		\$1.878.25	\$1.923.55	
2007-04	16/05/2007		\$450.97		\$45.10		\$1.849.21	\$1.894.31	
TOTAL		\$3,008.78	\$1,811.57	\$601.75	\$181.17	\$1,712.57	\$7,564.31	\$10,059.80	

Al sumar los montos totales correspondientes a la AFP CONFIA, S.A., se obtiene que el monto de multa correspondiente a períodos caducados es de setecientos ochenta y dos dólares con noventa y dos centavos (US\$782.92); mientras que en lo relativo a recargos moratorios la cantidad asciende a nueve mil doscientos setenta y seis dólares con ochenta y ocho centavos (US\$9.276.88).

Análisis de las infracciones atribuidas y cometidas dentro de los 3 últimos años

Luego de haber identificado los períodos mensuales en los cuales se atribuyen los incumplimientos a los arts. 13 y 19 con relación al art. 161, Ley SAP dentro de los 3 últimos años, se procederá a conocer sobre el fondo de las mismas y al análisis de los argumentos planteados por la sociedad apelante.

La sociedad recurrente aduce que el incumplimiento de las obligaciones previsionales se debió principalmente al grave incendio que se suscitó en la empresa, así como también, al cumplimiento de compromisos de pago asumidos a favor de las AFP, habiendo presentado como prueba en esta sede administrativa la siguiente documentación (folios 39 al 60):

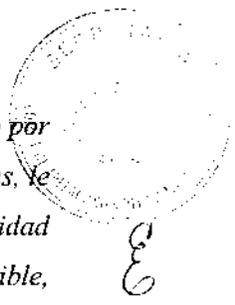
- Solvencia original emitida por AFP Crecer, S.A., de fecha veintiocho de abril del presente año.
- Copias certificadas de planillas de AFP CRECER S.A., junto con sus recibos de liquidación de cálculo de mora pagada, correspondientes a los períodos de abril de 2008, enero de 2001, junio y septiembre de 2007.
- Copia certificada de planilla de pago de AFP Crecer, S.A. debidamente cancelada correspondiente al período de marzo de 2015.
- Copia certificada de compromiso unilateral de pago suscrito con AFP CONFÍA, S.A.
- Original de historial de pago de empleados emitido por n AFP CONFIA, S.A. de fecha 27 de abril del corriente año.
- Copias certificadas de planillas de pago de AFP Confia, S.A. debidamente canceladas junto con sus recibos correspondientes a los meses de marzo y abril de 2015.

Sobre lo alegado por la recurrente, el señor Superintendente manifestó que los convenios de pago y el pago mismo, no son eximentes de responsabilidad o atenuantes que deban tomarse en consideración al momento de imponer las sanciones conforme el art. 161 Ley SAP.

En primer lugar, la apelante reconoce haber incurrido en las conductas ilícitas atribuidas e individualizadas. De ahí que, el incumplimiento a una obligación desarrollada en los artículos 13 y 19 de la Ley SAP, trae consigo las sanciones previstas en el art. 161 de dicho cuerpo legal.

La sociedad recurrente sostuvo en su escrito de apelación que las razones por las cuales no había pagado las cotizaciones en tiempo, se debió a un grave incendio en la empresa. Acontecimiento que a consideración de la sociedad apelante, le imposibilitó para cumplir dentro del plazo legal sus obligaciones de pagar las cotizaciones de sus empleados. La situación descrita y argumentos expuestos por la recurrente serán abordados por este Comité a partir de lo que la doctrina denomina *justo impedimento*, es decir, si en este caso han concurrido o no acontecimientos previsibles o imprevisibles imposibles de evitar y si éstos fueron capaces de impedir el cumplimiento de una obligación, situaciones que serán consideradas para determinar la existencia o no de caso fortuito o fuerza mayor.

Según la Sala de lo Contencioso Administrativo al retomar este tema ha señalado, “*que existe justo impedimento cuando por caso fortuito o fuerza mayor no se ha cumplido una*



obligación. El caso fortuito es un acontecimiento natural inevitable que puede ser previsto o no por la persona obligada a un hacer, pero a pesar que lo haya previsto no lo puede evitar, y, además, le impide en forma absoluta el cumplimiento de lo que debe efectuar. Constituye una imposibilidad física insuperable. Mientras que la fuerza mayor es el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también, en forma absoluta, el cumplimiento de una obligación". Sentencia del 27-05-2010 en el juicio ref. 231-2008.

En los términos de la LRSRF, el supuesto de caso fortuito se encuentra regulado en el art. 54 inc. 4º como eximente de responsabilidad administrativa. Siguiendo el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo², el justo impedimento debe ser apreciado prudentemente por el juzgador de acuerdo con los principios generales, pues las normas regulan únicamente la enunciación del principio, sin especificar los supuestos fácticos que pueden configurarse como tal por tratarse de un concepto jurídico indeterminado. En ese orden, señala que para aplicar dicho principio se requiere: (a) ser alegado ante la autoridad competente; (b) que existan motivos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente acreditados; y, (c) Que la autoridad ante quien se alega resuelva favorablemente la procedencia del justo impedimento.

En ese sentido, es necesario que este Comité proceda a valorar si el incendio alegado por la sociedad apelante puede ser considerado como un caso fortuito y en consecuencia, como eximente de responsabilidad respecto a las infracciones atribuidas, no para el cumplimiento del pago de las cuotas, puesto que esa es una obligación imprescriptible que no admite excepción alguna para exonerar su cumplimiento.

En este caso, la apelante está obligada a cumplir mensualmente con la declaración y pago de las cuotas previsionales de sus trabajadores en el plazo que señala la ley.

Su argumento principal para justificar su incumplimiento consiste en que la empresa sufrió un grave incendio, ante lo cual presentó como prueba en el procedimiento administrativo sancionador (fs.42 y 43 PAS-10/2013) copia simple de certificación del formato de incendio de inmueble extendido por el Subdirector General del Cuerpo de Bomberos de El Salvador.

En relación con la prueba anteriormente mencionada, se demuestra que en efecto en la dirección que se menciona, la empresa experimentó un incendio el 27 de agosto de 2005.

² Sentencia definitiva pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso de referencia 38-2010.

Sin embargo es de destacar, que las infracciones que se le atribuyen a la recurrente son por periodos que van del 2007, 2010, 2011 y 2012.

De lo expuesto en los dos párrafos precedentes, se evidencia que entre la fecha del siniestro y la fecha de las infracciones atribuidas, los separan periodos que van desde los dos hasta los siete años.

No se justifica ni se demuestra que a pesar de las distancias temporales entre el evento señalado y las infracciones, exista un nexo o relación causal que evidencie que el primero haya sido el origen o motivo generador de las segundas, sino más bien constituye un pretexto con visos de perpetuidad, por lo tanto este Comité desestima la excusa implícitamente alegada como caso fortuito, por cuanto no demuestra que como consecuencia del referido incidente la recurrente se haya encontrado imposibilitada a cumplir en tiempo con sus compromisos previsionales.

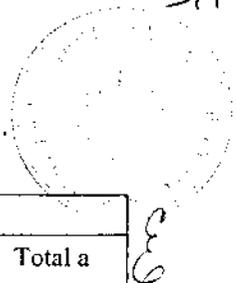
Por otra parte y respecto a los compromisos unilaterales de pago presentados por la sociedad apelante, este Comité comparte el criterio del Superintendente, relativo a que tal declaración de voluntad no es causal de eximente ni atenuante de la responsabilidad. Se trata en todo caso de convenios que involucra a terceros, pero que de modo alguno inciden en la relación del empleador con el Estado.

En otros términos, tal tipo de acuerdo puede surtir efectos entre la empleadora y las AFPs, pero de modo alguno, puede aceptarse que tal hecho exime la responsabilidad incurrida por la empleadora obligada.

Finalmente, con los comprobantes de pago que presentó en su oportunidad la apelante, si bien denotan el cumplimiento con posterioridad de obligaciones, los mismos tampoco relevan de responsabilidad respecto de los incumplimientos atribuidos.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se confirma la responsabilidad administrativa de la sociedad apelante por el no pago dentro del plazo legal de las cotizaciones de sus trabajadores para los periodos de los meses comprendidos de abril a julio de 2012, según detalles relacionados en acápites anteriores y como a continuación se ilustra:

AFP CONFÍA, S.A (según Anexo VI A f.185 de Memorando ISP-58/2014)



Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para el pago	Tipo de mora		Multa					Total a pagar
		Declaración y no pago	Insuf	Art. 161				Declaración errónea	
				Monto		Recargos moratorios			
				No pagado	Insuf	No pagado	Insuf		
2012-04	15/05/2012	\$438.07		\$87.61		\$194.21		\$281.82	
2012-05	14/06/2012	\$401.26		\$80.25		\$169.87		\$250.12	
2012-06	13/07/2012	\$401.26		\$80.25		\$162.11		\$242.36	
2012-07	16/08/2012	\$401.26		\$80.25		\$153.01		\$233.26	
TOTAL		\$1,641.85		\$328.36		\$679.20		\$1,007.56	

Al sumar los montos de los totales a pagar consignados en cuadro *supra*, se obtiene la cantidad de **trescientos veintiocho dólares con treinta y seis centavos (US\$328.36)** en concepto de multa del 20% de la suma del valor de la cotización no pagada de cada uno de los períodos a ser sancionados y **seiscientos setenta y nueve dólares con veinte centavos (US\$679.20)** en concepto de recargo moratorio.

Recapitulando en el presente caso: a) Con base en el art. 153 de la Ley SAP, se ha establecido que la facultad de aplicar sanciones por los incumplimientos incurridos durante los períodos comprendidos de noviembre de 2010, abril a septiembre y diciembre de 2011, y del período de enero al de marzo de 2010 por declaración y no pago y de enero a abril de 2007 por insuficiencias, conforme al detalle relacionado en párrafos anteriores, a la fecha de la resolución mediante la cual se impuso las sanciones, se encontraba caducado; por lo cual, respecto a dichos períodos procede revocar las sanciones impuestas; b) se rechaza el alegato sobre justo impedimento; c) Se rechaza como eximente de responsabilidad, los pagos extemporáneos y los convenios unilaterales presentados; y, d) Se confirma la responsabilidad de la apelante en cuanto al incumplimiento incurrido al no hacer efectivo el pago de las cotizaciones de sus trabajadores en el plazo que la ley ordena, respecto de los periodos comprendidos del mes de abril a julio de 2012.

Sin perjuicio de lo anterior, este Comité considera necesario aclarar y recordar, que la prescripción en el ejercicio de la facultad sancionadora respecto a los incumplimientos incurridos – no declarar ni hacer efectivos el pago de las cotizaciones en el plazo legalmente establecidos- para los meses y años ya señalados, de modo alguno implica que la apelante queda exenta de cumplir con sus obligaciones previsionales, las cuales por regulación expresa del art 20 de la Ley SAP son imprescriptibles, por consiguiente, la referida obligación se mantiene incólume en cuanto a realizar los pagos que por ley corresponden así como también la rentabilidad dejada de percibir.

POR TANTO: con base en los razonamientos expuestos y en los arts. 66 y 67 inc. 1° de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, 235, 13, 19, 161 No.1 y 153 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones y arts. 2, 14 y 86 inciso 3° Cn., este Comité **RESUELVE:**

A) Declarase caducada la facultad de aplicar las sanciones respectos a las infracciones relacionadas con la declaración y no pago correspondiente a los meses de noviembre de 2010, abril a septiembre y diciembre de 2011 y de enero a marzo de 2012 y por insuficiencias correspondientes a los períodos de enero al mes de abril de 2007;

B) Modificase la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las once horas del día quince de abril de dos mil quince, en el sentido: 1) **Revocase** la sanción compuesta de un monto de setecientos ochenta y dos dólares con noventa y dos centavos (US\$782.92) en concepto de multa y nueve mil doscientos setenta y seis dólares con ochenta y ocho centavos (US\$9,276.88) en concepto de recargos moratorios, que corresponden a los períodos cuya facultad para aplicar sanciones ya había caducado; y, 2) **Confírmase** la sanción compuesta de la suma de trescientos veintiocho dólares con treinta y seis centavos en concepto de multa (US\$328.36) más los recargos moratorios por seiscientos setenta y nueve dólares con veinte centavos (US\$679.20) derivados de las infracciones correspondientes a la declaración y no pago de las cuotas previsionales de los períodos de abril a julio de 2012. 1,007 56

C) **Devuélvase** oportunamente el expediente de referencia PAS-10/2013 a la Superintendencia del Sistema Financiero; y,

D) **Archívese** el presente expediente de apelación.

Como consecuencia de la modificación de la resolución impugnada, por tratarse de imposición de multa, el Superintendente y la infractora deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 52 LRSRF.

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

Publíquese la presente resolución por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero en su sitio de internet, en el plazo que señala el art. 68 inciso último de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero. Notifíquese.

---RMarion --- UA JOVEL --- JZ---PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN.

---CEL---

VO-

TO RAZONADO DEL PRESIDENTE DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO, FRANCISCO ANTONIO PEÑA RODRÍGUEZ Y DE LA VOCAL SECRETARIO CAROLINA ELIZABETH LÓPEZ ROMERO.



En virtud de lo previsto en el inciso 6° del art. 65 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), por este medio expresamos nuestra oposición con el parecer mayoritario de los miembros de este Comité reflejado en la resolución de las dieciséis horas y quince minutos del diecinueve de octubre del presente año, en el expediente CA-8-2015, mediante la cual, entre otros, se resuelve modificar la resolución dictada por el Superintendente del Sistema Financiero a las once horas del día quince de abril de dos mil quince, en contra de la sociedad SERVICIOS INTEGRALES MÉDICOS, S.A. de C.V., en el expediente sancionador con referencia PAS 10/2013.

I. MOTIVOS DE LA DISCREPANCIA

El desacuerdo con el fallo mayoritario del Comité es respecto a lo resuelto en las letras A) y B) del fallo de la resolución que antecede, es decir, la declaratoria de caducidad para la imposición de sanciones por el incumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones previsionales por omitir de forma absoluta el pago de las cotizaciones en los períodos de noviembre de 2010, abril a septiembre y diciembre de 2011 y de enero a marzo 2012, situación tipificada en el art. 161 numeral 1 de la Ley de Ahorro para Sistema de Pensiones (en adelante Ley SAP); y por el incumplimiento de la obligación del pago total de las cotizaciones previsionales (insuficiencias) de los períodos de enero a abril 2007, conducta tipificada en el art. 161 numeral 2 de la Ley SAP; y por consiguiente, la disminución de la multa y recargos moratorios.

Los suscritos disentimos con la decisión tomada por la mayoría del Comité, y consecuentemente con los argumentos expresados por ellos para declarar la caducidad de las mencionadas infracciones, que en esencia son los siguientes:

1. *“Para efectos de computar el plazo de la prescripción –denominada caducidad en la norma- de la facultad sancionadora por infracciones a la Ley SAP, debe tomarse como referencia o punto de partida la fecha en que se cometió la presunta infracción (p. 13).”*
2. *“En cuanto a la infracción descrita en el art. 161 Ley SAP, se extrae lo siguiente: a) Que se trata de una conducta omisiva (impago de cotizaciones total o parcial); b) Que es de ejecución inmediata, que se realiza el undécimo día del mes posterior al de los*

ingresos afectos; y, c) De efectos permanentes o trascienden al perfeccionamiento de la falta y que cesarán hasta la cancelación total de las cotizaciones dejadas de pagar. (p. 13)

3. La interpretación hecha por la mayoría del Comité al art. 161 de la Ley SAP a raíz de la sentencia referencia 37-CAS-2008 pronunciada por la Sala de lo Penal el 17 de junio de 2010: *“que el no pago de las cotizaciones constituye una falta de ejecución inmediata con efectos permanentes, en los cuales éstos últimos no inciden o modifican la naturaleza de la primera, es decir no la convierten en una falta permanente para cómputo de la prescripción.(p. 14)”*

En atención a los extractos de la resolución citada se advierte que la mayoría de los miembros del Comité consideran que las infracciones por “declaración y no pago” (art. 161 numeral 1) y por “insuficiencias en el pago” (art. 161 numeral 2) de cotizaciones previsionales son de ejecución inmediata cuyos efectos son permanentes, y en consecuencia, el cómputo del plazo de caducidad comienza a computarse a partir del décimo primer día del mes siguiente de los ingresos afectos.

No compartimos dicha afirmación, pues consideramos que las referidas infracciones son de carácter permanente, y por lo tanto, el inicio del cómputo del plazo de la prescripción debe iniciar cuando cese la situación antijurídica.

II. EL PRESENTE VOTO RAZONADO QUE FUNDAMENTA NUESTRA POSICIÓN PRESENTA EL SIGUIENTE ORDEN LÓGICO:

1. Regulación de la caducidad en la Ley SAP; 2. Clasificación de las infracciones administrativas, con atención a las infracciones permanentes; 3. Descripción de la conducta típica y los hechos atribuidos a la sociedad Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V.

1. Regulación de la caducidad en la Ley SAP

El art. 153 de la Ley SAP establece lo siguiente:

“Caducidad de la acción sancionatoria

*Art. 153.- La facultad para la aplicación de sanciones por infracciones caducará en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que se **cometiere la infracción**”.* (El subrayado y negrita es nuestro).

Compartimos la opinión de la mayoría del Comité en el sentido que la caducidad regulada en el art. 153 de la Ley SAP goza de la misma naturaleza de la prescripción de la acción sancionatoria, porque tiene como consecuencia extinguir el ejercicio del *ius puniendi* estatal, además, porque se encuentra basada en el derecho a la seguridad jurídica y la eficacia administrativa.

Ahora bien, a criterio de los suscritos, el art. 153 de la Ley SAP es una regulación insuficiente para determinar el inicio del cómputo de la caducidad de todas las infracciones administrativas previstas en la Ley SAP, pues adicionalmente se debe de realizar un análisis ajustado al tipo de infracción administrativa que prevé la norma. En este punto, resulta ilustrativa la postura del autor español Gómez Tomillo que en los siguientes términos se refiere a una disposición similar que opera en ese ordenamiento jurídico extranjero: *“El artículo 132.2 párrafo primero, de la Ley 30/1992 dispone que «El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido».*

*En definitiva, como día “a quo” debe considerarse el mismo en el que se cometió la infracción, sin quedar éste excluido del cómputo. En cualquier caso, se trata de una **regulación insuficiente**, válida tan sólo para las infracciones de consumación instantánea, así como para las de resultado, pero no para múltiples otros supuestos”³.*

Según el análisis de la mayoría del Comité el *diez a quo* para iniciar el cómputo de la caducidad de las infracciones tipificadas en el art. 161, numeral 1 y 2, es a partir del día décimo primero del mes siguiente de cada período, y en razón de ello declara la caducidad para los períodos de noviembre 2010, abril a septiembre y diciembre 2011 y de enero a marzo de 2012 por el incumplimiento de pago de cotizaciones previsionales; y los períodos de enero a abril de 2007 por insuficiencias, los cuales se encuentran detallados en los anexos II-A y III-A del Memorando ISP-058/2014 en el cual se identifica la mora que la sociedad apelante tiene con AFP Confía, S.A.

No compartimos que las infracciones sean inmediatas, y en razón de ello, procederemos en primer lugar, a desarrollar la clasificación de las infracciones para fines del cómputo del *diez a quo* de la caducidad, lo cual ya ha sido tratado en el voto razonado de los suscritos en el expediente de apelación con referencia CA-12-2015.

³ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Derecho Administrativo Sancionador, Parte General*, segunda ed., editorial Aranzadi, p. 644.

2. Clasificación de las infracciones administrativas, con énfasis en las infracciones permanentes.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, con base en el art. 33 del Código Procesal Penal, clasifica las infracciones administrativas de la manera siguiente:

“Las infracciones consumadas —también llamadas doctrinariamente instantáneas— se caracterizan porque la lesión del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad que se consume en el momento en que se realiza el comportamiento típico, y el plazo de prescripción comienza a correr desde el mismo día en que se realiza la conducta típica, pese a que sus efectos se prolonguen o no en el tiempo (...)

b) *Las infracciones continuadas son una pluralidad de ilícitos homogéneos entre sí, infringiendo el mismo o semejantes preceptos administrativos, que por una ficción legal se tratan como una sola infracción legal, a pesar que cada ilícito en forma separada, podría ser una infracción independiente, de no existir la situación concursal entre las partes; en este tipo de infracciones, el plazo de prescripción corre a partir del día en que se realizó el último ilícito (...)*

c) *Finalmente, tenemos las infracciones permanentes donde la conducta constitutiva de un único ilícito se perpetúa a lo largo de la dinámica comisiva, es decir que la realización del tipo sancionador —acción u omisión— persiste en el transcurso del tiempo, hasta que cese el comportamiento antijurídico, ya que éste es el mismo acto que aún no ha dejado de ser antijurídico; en estas infracciones el plazo de prescripción empieza el día que cese la realización típica de la sanción.”⁴*

Ahora bien, es esencial para fundamentar nuestra tesis, el diferenciar las infracciones permanentes, instantáneas y continuadas⁵.

Con respecto a la distinción entre las infracciones permanentes y las instantáneas, es de considerar que en la primera el cometimiento de la conducta típica va más allá del momento consumativo, es decir, mientras la acción u omisión perdure en el tiempo, la infracción se continua cometiendo; en estas, el infractor tiene el poder de continuar o cesar la situación

⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia 251-2010, del diecinueve de junio de 2014.

⁵ Esta clasificación se encuentra regulada en el art. 33 del Código Procesal Penal.

antijurídica a su voluntad; en cambio en las instantáneas, no se crea una conducta antijurídica que se mantenga en el tiempo, como tampoco existe la posibilidad de continuar o cesar la conducta antijurídica por parte del infractor. Independientemente de los efectos que esta ocasione.

En cuanto a las infracciones continuadas, según José Garberí Llobregat, se diferencian de las permanentes en que las primeras no entrañan la comisión de un único ilícito que se prolonga en el tiempo, sino que es una pluralidad de hechos homogéneos entre sí, infractoras de la misma disposición legal que opera como ficción jurídica de haberse cometido una única infracción.⁶

Tal clasificación en la práctica puede generar confusión, especialmente entre las infracciones instantáneas con efectos permanentes y las infracciones permanentes, pues en muchos casos no se logra diferenciar la conducta antijurídica y sus efectos. Por lo que, al encontrarnos ante esta dificultad se debe identificarse cuál es la conducta infractora tipifica, partiendo su análisis desde el verbo rector.

3. Descripción de la conducta típica y los hechos atribuidos a la sociedad SERVICIOS INTEGRALES MÉDICOS, S.A. de C.V.

La conducta típica o tipo, según Francisco Muñoz Conde. *“se formula con expresiones lingüísticas que, con mayor o menor acierto, intentan describir, con las debidas notas de abstracción y generalidad, la conducta prohibida (...) para cumplir su función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida.”*⁷ En la conducta tipo se pueden utilizar tanto elementos normativos como *acreeador, insolvencia, entre otros*; así como elementos descriptivos que cualquiera pueda apreciar como *matar, daños, lesiones, entre otros*.

Por otra parte, los hechos imputables, son las acciones u omisiones que se atribuyen al presunto infractor y se adecuan a la conducta típica previamente descrita por el legislador, es decir, es la forma o manera en que se ejecuta un ilícito.

3.1 La conducta típica prevista en la infracción por el incumplimiento de la obligación del pago de las cotizaciones previsionales (art. 161 Ley SAP).

⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ Y BUITÓN RAMÍREZ, GUADALUPE, *Op. Cit.*, p. 182.

⁷ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte General*, octava ed., Editorial Tirant Lo Blanch, p.256.

La sanción que impuso el Superintendente por la infracción al incumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones previsionales se encuentra tipificada en el art. 161 de la Ley SAP. Tal disposición regula dos modalidades de infracción: 1) la omisión absoluta del pago y 2) el pago de una suma inferior a la cotización que corresponde.

De la lectura de la anterior disposición, vemos que ésta prevé una infracción de carácter omisivo, pues ordena un mandato de acción (pago de las cotizaciones previsionales según lo establecido en los arts. 13 y 19 de la Ley SAP), siendo su inexecución (es decir, el incumplimiento de ésta) la que acarrea las consecuencias punitivas. Es así, que la conductas típica del art. 161 Ley SAP es: incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones, que se comete a partir del décimo primer día hábil del mes posterior al mes del devengo de ingresos afectos, sin que realice el pago de la cotización.

Esta conducta es un ejemplo de infracciones de omisión propia o *pura omisión*⁸; según el autor Francisco Muñoz Conde “esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar”⁹. Es ante estos tipos de infracciones omisivas, que el plazo de prescripción debe entenderse que comienza en el preciso momento en que decae el deber de actuar¹⁰.

En las infracciones de no pago, los arts. 13 y 19 de la Ley SAP establecen el deber positivo de *declarar y pagar las cotizaciones*, las cuales deben realizarse al *décimo día hábil del mes siguiente al devengo*, en consecuencia al momento de no cumplir con ese deber se inicia la comisión de la infracción y su cometimiento se extiende hasta que se declaren y paguen las cotizaciones de ese mes a las Administradoras de Fondos de Pensiones correspondientes.

Caso contrario sucede con el tipo descrito en el art. 245 del Código Penal, disposición que fue objeto de estudio en la sentencia referencia 37-CAS-2008 citada en la resolución que antecede. El art. 245 del Código Penal expresa:

“Art. 245.- El patrono, empleador, pagador institucional, o cualquier otra persona responsable de la retención, que se apropiare o que retuviere ilegalmente fondos, contribuciones, cotizaciones, cuotas de amortizaciones de préstamos de los trabajadores o cuentas destinadas legalmente al Estado, instituciones de créditos o bancarios, intermediarios financieros bancarios o no bancarios, o instituciones de asistencia social, seguridad social o

⁸ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL. *Op. cit.*, p. 649.

⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Op. cit.*, p.241.

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, *Op. cit.*, p. 649.

sindical o no los ingrese a tales instituciones en el plazo y monto determinado en la ley, en el contrato correspondiente o en la orden de descuento, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años...” (Negrita nuestra).

318
E

En relación a la anterior disposición, es importante señalar que la Cámara Tercera de lo Penal en su sentencia referencia Inc. 206-2014 ha expresado que la conducta típica en el art. 245 CPn es el “*apoderamiento de un bien del cual se tiene la obligación de devolver o entregar a una tercera persona distinta a la del que inicialmente la otorga.*”.

En tal resolución, la Cámara hace referencia a los verbos rectores del art. 245 CPn. Tal observación es oportuna y necesaria, pues tales verbos son los que llegan a definir el comportamiento o conducta sancionable. En la referida sentencia, la Cámara expresó que los verbos rectores en la citada disposición penal son “**apropiarse**”, lo cual consiste en “tomar para sí alguna cosa o derecho, con ánimo de convertirse dueño”; y “**no ingresar**”, es decir que las cotizaciones no son percibidas por las instituciones encargadas para tal prestación. Al analizar tal conducta vemos que éstas únicamente pueden cometerse de forma instantánea siendo materialmente imposible que su ejecución se prolongue en el tiempo; pues ya no está en la voluntad del sujeto activo continuar o cesar el cometimiento de la infracción debido a que ésta ya se realizó, quedando únicamente los efectos, los cuales obviamente – según como está configurada la conducta del art. 245 CPn. – llegan a ser el no pago de las cotizaciones previsionales.

Por lo cual, coincidimos con lo expresado por la Sala de lo Penal en la sentencia 37-CAS-2008, en cuando a que la conducta delictiva descrita en el art. 245 del Código Penal, consistente en la retención de las cuotas laborales, se comete de manera instantánea, siendo imposible materialmente que su ejecución se prolongue en el transcurso del tiempo.

Sin embargo, el anterior análisis no puede ser equiparado en el caso de autos, pues el legislador le dio a la precitada disposición penal una configuración completamente distinta a la señalada en el art. 161 de la Ley SAP. Como ya se expresó, la conducta típica en el art. 161 de la Ley SAP es “incumplir la obligación de pago”, siendo el verbo rector de esta norma “**incumplir**”. Para el caso, la conducta infractora se continuará realizando mientras el patrono no observe la obligación de pagar las cotizaciones, siendo tal situación la que otorga la naturaleza de permanente a la infracción en comento. En esta línea, a pesar que el empleador

incurra en el incumplimiento, tiene la posibilidad de cesar la conducta antijurídica en cualquier momento, mediante el pago de la cuota previsional adeudada y el rendimiento dejado de percibir en la cuenta individual.

En razón de lo anterior, no es procedente considerar – como el resto de los miembros del Comité -que la infracción regulada en el art. 161 de la Ley SAP es una falta de ejecución inmediata con efectos permanentes, debido a que el incumplimiento del pago de la cuota previsional es en sí el comportamiento infractor y solo cesará el cometimiento hasta que se realice debidamente el pago.

Identificación de períodos en los cuales se cometió la infracción del incumplimiento de la obligación de pagar las cotizaciones previsionales

Se tuvo a la vista el expediente PAS-10/2013 y en él se encuentran los anexos (fs. 183-186) en dónde se identifica los períodos en el cual la sociedad apelante incurrió en las infracciones de no pago e insuficiencias, y el cálculo de la sanción que le corresponde.

Los hechos imputables a la sociedad Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V. lo constituyen el omitir el pago de las cotizaciones en la AFP CONFÍA, S.A. en los períodos comprendidos desde noviembre 2010, abril a septiembre y diciembre 2011 y enero a julio 2012; y, por el incumplimiento de pago total (insuficiencias) en esa misma Administradora de Fondos de Pensiones por los períodos de enero a abril 2007; según el detalle siguiente:

Año y mes de cotización	Vencimiento plazo legal para el pago	Tipo de mora		Sanción				Total a pagar
		Declaración y no pago	Insuficiencia	Art. 161				
				Multa		Recargo moratorio		
				No pagado	insuficiente	No pagado	Insuficiente	
2010-11	14/12/2010	247.02		49.40		194.82		244.22
2011-04	16/05/2011	344.51		678.90		236.56		305.47
2011-05	14/06/2011	29.14		5.83		19.45		25.27
2011-06	14/07/2011	29.14		5.83		18.86		24.69
2011-07	17/08/2011	29.14		5.83		18.20		24.03
2011-08	13/09/2011	373.65		74.73		226.68		301.41
2011-09	14/10/2011	373.65		74.73		218.96		293.69
2011-12	13/01/2012	373.65		74.73		196.29		271.02

319

2012-01	14/02/2012	365.25		73.05		184.09		257.14
2012-02	14/03/2012	405.56		81.11		196.56		277.67
2012-03	18/04/2012	438.07		87.61		202.10		289.71
2012-04	15/05/2012	438.07		87.61		194.21		281.83
2012-05	14/06/2012	401.26		80.25		169.87		250.12
2012-06	13/07/2012	401.26		80.25		162.11		242.36
2012-07	16/08/2012	401.26		80.25		153.01		233.27
2007-01	14/02/2007	0	453.89		45.39		1929.18	1974.57
2007-02	14/03/2007	0	453.75		45.38		1907.67	1953.05
2007-03	18/04/2007	0	452.96		45.30		1878.25	1923.55
2007-04	16/05/2007	0	450.97		45.10		1849.21	1894.31
TOTAL		\$4,650.63	\$1,811.57	\$930.13	\$ 181.16	\$2,391.77	\$7,564.32	\$11,067.37

Cometimiento de la infracción del incumplimiento a la obligación de pagar.

Como se estableció en el apartado anterior, la conducta tipo descrita en el art. 161 de la Ley SAP es el *incumplimiento de la obligación de pago*, que se deriva implícitamente del deber positivo de pagar las cotizaciones establecidas en los arts. 13 y 19 de la Ley SAP.

El cometimiento de un ilícito por el incumplimiento del pago de cotizaciones se consuma¹¹ al omitir el pago total o parcial (insuficiencias) de las cotizaciones al iniciar el décimo primer día hábil del mes siguiente al del devengo; sin embargo, consideramos que la conducta antijurídica (incumplimiento del deber de pagar) no cesa su cometimiento ese mismo día, sino que subsiste mientras el empleador no cumpla con el pago íntegro, por lo que las infracciones se siguen consumando en el tiempo, en este sentido, el legislador previó una infracción de carácter permanente. Se aclara, que una vez iniciado el cometimiento de la infracción (del no pago a partir del día décimo primero del mes siguiente) el empleador se vuelve acreedor de la sanción dispuesta en el art. 161 Ley SAP.

A manera de ejemplo, la Superintendencia sancionó a la sociedad Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V. por incumplir el pago absoluto de sus cotizaciones del mes de noviembre 2010 en AFP Confía, S.A.; la conducta típica de incumplimiento de pago inició el 15 de diciembre de 2010, pero el deber positivo de pago subsiste en tanto se siga incumpliendo

¹¹ "Consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos." - MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal, Parte General*, octava ed., Editorial Tirant Lo Blanch, p.412.

con la obligación de pagar la cotización correspondiente al referido mes y la respectiva rentabilidad del fondo.

La sanción prevista en el art. 161 numeral 1 para la infracción del no pago es del veinte (20%) de la cotización no pagada más un recargo moratorio del dos por ciento (2%) por cada mes o fracción de mes, de la cotización no pagada. Utilizando el mismo ejemplo del apartado anterior, por la infracción de declarar y no pagar la cotización correspondiente a noviembre 2010, la Superintendencia determinó una sanción independiente que asciende al monto de cuarenta y nueve dólares con cuarenta centavos (US\$49.40), más los recargos moratorios de ciento noventa y cuatro dólares con ochenta y dos centavos (US\$194.82), calculados a la fecha de 11 de marzo de 2014.

En este sentido, los montos que constan en el fallo de la resolución definitiva emitida por la Superintendencia que asciende a la cantidad de mil ciento once dólares con veintiocho centavos (US\$1,111.28) más los recargos moratorios de nueve mil novecientos cincuenta y seis dólares con nueve centavos (US\$9,956.09) en ningún momento representan una sola sanción, sino que es el resultado de la suma de las diecinueve sanciones individuales que ha cometido la sociedad Servicios Integrales Médicos, S.A. de C.V.

En razón de todo lo anterior, se puede tener por comprobado que la infracción de declaración y no pago constituye una infracción permanente. Recapitulando, las infracciones permanentes se caracterizan porque la conducta, no obstante de haberse consumado el día décimo primero del mes siguiente, crea un estado delictivo que se dilata y se extiende en el tiempo, de tal manera que la infracción se sigue cometiendo en cuanto no se le ponga término al estado infraccionado (incumplimiento de la obligación de pago de las cotizaciones previsionales), es decir la omisión prosigue durante determinado tiempo y esto hace que se prorrogue la situación antijurídica. La actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración se imputan como cometimiento de la infracción. En el análisis de las infracciones permanentes se deben de cumplir dos elementos básicos:

- a) Que la infracción cometida prosiga de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial, es decir mientras la acción o conducta antijurídica persista, la infracción se produce en cada instante en su acción consumativa. En el caso en estudio

consta que al 11 de marzo de 2014 existe deuda previsional que aún no ha sido pagada, por lo cual a esa fecha el cometimiento de la infracción persistía.

- b) El segundo elemento a cumplir se refiere a que el infractor tenga el poder de continuar o cesar la conducta antijurídica. Por lo que el término de la prescripción empieza a correr solo cuando se le pone término al estado delictivo (el pago de la cotización previsional).

Finalmente, con base en todo lo anteriormente expuesto, se concluye que el cómputo del plazo de la caducidad para este tipo de infracciones inicia en el preciso momento en que cesa el deber de actuar, es decir, cuando el patrono pague la cotización. Para lo anterior, es oportuno remitirnos al auto de las nueve horas del día veintiocho de febrero de dos mil catorce (fs. 177 del PAS-10/2013), en el cual la Superintendencia del Sistema Financiero solicitó a la Intendencia del Sistema de Pensiones la remisión de un nuevo cálculo de mora y multa para la sociedad apelante, en el cual se refleje la mora adeudada en APF Confía, S.A. de los períodos comprendidos de mayo 2007 a julio 2012 en concepto de declaración y no pago; y, de los períodos comprendidos de enero a abril 2007 en concepto de insuficiencias.

Según anexo II-A¹² (fs. 183) y III-A (fs.184) del memorando ISP-058/2014 (fs. 181) se determinó que, al 11 de marzo de 2014, todavía existía el incumplimiento de las obligaciones de pago total de las cotizaciones previsionales con AFP Confía, S.A. de los períodos de: noviembre 2010; abril a septiembre y diciembre 2011; enero a julio 2012; e incumplimiento por pago insuficiente de las cotizaciones previsionales para los períodos de enero a abril 2007, siempre con la mencionada Administradora de Fondos de Pensiones. En este sentido, se puede establecer que la conducta antijurídica persistía a la fecha del mencionado memorando (es decir, 11 de marzo de 2014), y por lo tanto ni si quiera había iniciado el cómputo del plazo de la caducidad establecida en el art. 153 de la Ley SAP, siendo que somos del criterio que procedía a confirmar por parte del Comité, las sanciones impuestas por el Superintendente del Sistema Financiero pues ninguna infracción había caducado.

--- FA Peña R--- CEL---PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE
APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN.

---CEL---

¹² "Quod non est in actis, non in mundo"

Es conforme, la cual se confrontó con su original, y para los efectos legales, extiéndase la presente certificación para ser entregada al Superintendente del Sistema Financiero, de la resolución antes transcrita a las trece horas y treinta minutos del día veintidós de octubre de dos mil quince.

F. 

Secretaria Comité de Apelaciones del Sistema Financiero

