

Sistema Financiero, como una institución de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que le estipula la citada ley u otras leyes vigentes, disponiendo el Art. 101 de ese cuerpo legal que se transfieren a la nueva Superintendencia del Sistema Financiero todas aquéllas facultades, competencias, potestades, atribuciones que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, le eran atribuidas, dentro de otras, a la ex Superintendencia de Pensiones. Asimismo, el inciso primero del Art. 118 de la indicada Ley establece que los procedimientos que estuvieren pendientes de resolver a la entrada en vigencia de la misma se continuarán tramitando de conformidad a la ley con que fueron iniciados y por las autoridades reguladas por ella con las competencias que les atribuye. Por esta razón el presente proceso debe resolverse, conforme a las disposiciones aplicables contenidas en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones y las facultades que ésta otorgaba así como otras leyes aplicables, como lo es la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, entre otras.

II. El presente proceso administrativo sancionador fue iniciado por denuncia interpuesta por el señor [REDACTED] de fecha dos de junio de dos mil nueve, en la que manifestó que el empleador le debía algunas cotizaciones previsionales del período laborado que en ese entonces era del cinco de mayo de dos mil ocho hasta el treinta de mayo de dos mil nueve. En razón de la denuncia, la Intendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones presentó informe a través del Memo SAP-349/2009 de fecha uno de julio de dos mil nueve, en el cual detallaba el cálculo de mora y de multa a pagar por el empleador.

III. Que por medio de resolución de fecha veintidós de julio del año dos mil nueve se les requirió a AFP Crecer, S.A. y AFP Confía, S.A. que realizaran gestiones de depuración de mora y de cobro respectivas, y se autorizó a la Gerencia Jurídica de la ex Superintendencia de Pensiones para que citara al empleador a efectos de intimarle respecto a las obligaciones previsionales que registraba. Resultado de dicha cita, el empleador remitió nota de fecha veintisiete de julio de dos mil nueve, en la cual reconocía



que debido a problemas financieros no habían podido cumplir con sus obligaciones previsionales. Asimismo, se recibieron los informes de ambas AFP.

IV. De acuerdo al informe presentado por AFP Crecer, S.A., mediante resolución de fecha veintiocho de octubre de dos mil nueve, se resolvió comunicarle al señor [REDACTED] [REDACTED] que estaban acreditadas las cotizaciones de los períodos de mayo dos mil ocho a mayo dos mil nueve y además, se les requirió a las AFP que realizaran gestiones de depuración de mora del empleador y las gestiones de cobro respectivo.

V. A través de Memorándum SAP- 545/2010 de fecha veintisiete de agosto de dos mil diez, la Intendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones remitió nuevo informe sobre el cálculo de mora y multa del empleador, en base al cual se abrió el presente proceso administrativo sancionador mediante resolución de fecha siete de septiembre del año dos mil diez, la cual fue notificada al empleador el día nueve de septiembre del año dos mil diez.

VI. Mediante escrito del empleador de fecha dieciocho de septiembre de dos mil diez, reconocieron que en efecto no habían pagado a tiempo las cotizaciones pero que habían estado realizando abonos a la deuda previsional que presentaban. En base a lo anterior, se les solicitó a las AFP, a través de resolución de fecha treinta de septiembre de dos mil diez, que actualizara el estado de la mora previsional del empleador. De los informes presentados por las AFP, el empleador manifestó su inconformidad, a través de escrito de fecha nueve de noviembre de dos mil diez, alegando que las cifras presentadas por los fondos de pensiones discrepaban con sus registros, por lo que se realizó una audiencia para que ambas partes aclararan las discrepancias encontradas.

VII. Por medio de resolución de fecha dieciséis de marzo de dos mil doce, se volvió a conferir audiencia al empleador para que ejerciera su derecho de defensa por los presuntos incumplimientos a los artículos 159 y 161 de la Ley SAP, a la cual respondió por medio de escrito de fecha veintinueve de marzo del año dos mil doce haciendo referencia a que había firmado un documento de Compromiso Unilateral de pago, a fin de

darle cumplimiento a sus obligaciones previsionales, pero que sin embargo, seguía debiendo el pago de cotizaciones previsionales a los fondos de pensiones.

MARCO TEORICO.

Previo a entrar en el análisis de cada uno de los argumentos y elementos probatorios vertidos durante la tramitación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador es menester realizar algunas consideraciones, las cuales serán tomadas en cuenta por el suscrito al momento de determinar si efectivamente existe responsabilidad o no por parte del administrado en relación a las infracciones que se le imputan, respecto al marco teórico aplicable.

1. Respecto al Principio de Legalidad de la Administración Pública:

El llamado Principio de Legalidad de la Administración Pública, se encuentra sustentando en el Art. 86 de nuestra Constitución y particularmente, en lo establecido en su inciso final, el cual reza literalmente de la siguiente manera: "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.". En ese sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio de Sentencia de Amparo dictada en proceso identificado con la referencia número: 703-1999, de fecha 26 de noviembre de 2001, ha establecido que el referido Principio de Legalidad "constituye una norma rectora de la Administración en virtud del cual, toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder previamente atribuido por la ley, la que lo construye, delimita y otorga fuerza vinculante a los actos administrativos. Es decir, que las diversas entidades administrativas que tienen como función realizar determinados fines públicos, deben someterse en todo momento a lo que la ley establezca para la realización de los b mismos".

La doctrina establece que el Principio de Legalidad en comento, otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, faculta, habilita a la Administración para su actuación confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda actuación administrativa se presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella



delimitado y construido. En consecuencia, sin una atribución legal previa de potestades, la Administración no puede actuar simplemente. Así, la Administración, se encuentra en consecuencia facultada a actuar únicamente cuando la ley la faculte, ya que toda acción administrativa se presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido.

2. Facultad sancionatoria de la Superintendencia del Sistema Financiero como parte integrante de la Administración Pública:

Es menester, realizar una breve referencia a la denominada Potestad Sancionadora de la Administración Pública. Así, en términos generales, debe entenderse por sanción un mal infligido por la autoridad competente a determinado sujeto como consecuencia de una conducta u omisión contraria a las regulaciones que le son aplicables.

Ahora bien, el Estado en uso de su poder de imperio se encuentra en la facultad de imponer sanciones a quienes transgredan las normas que les sean aplicables. Dicha facultad sancionatoria del Estado se encuentra recogida en el Art. 14 de nuestra Constitución, el cual expresa que corresponde al Órgano Judicial la facultad de imponer penas; pero que, no obstante, la autoridad administrativa podrá sancionar mediante resolución o sentencia y previo el debido proceso las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas. Vemos entonces que nuestra Constitución faculta tanto al Órgano Judicial como a la Administración Pública, a efecto de imponer sanciones y que por lo tanto, el mismo ius puniendi del Estado puede manifestarse tanto por la vía penal como por la vía administrativa.

Conforme con lo anterior, la doctrina establece que el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función que es también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración. Es así que la Potestad Sancionatoria de la Administración se basa en principios equivalentes a los que rigen en materia judicial, y más precisamente en

0078

346

materia penal, con las particularidades o matices propios de la actividad administrativa, resultante de la aplicación de los principios rectores del ius puniendi al ámbito administrativo sancionador, lo cual tiene origen en la norma fundamental, en cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

Aunado a lo anterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia dictada dentro del proceso identificado con la referencia 29-G-91, dictada el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y ocho, ha expresado que la Potestad Sancionatoria de la Administración Pública, puede definirse como "aquella que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por actos de éstos contrarios al ordenamiento jurídico. La finalidad que regula tal potestad es la protección o tutela de los bienes jurídicos precisados por la comunidad jurídica en que se concreta el interés general."

La doctrina señala que, el ius puniendi del Estado se concibe como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan dicha jurisdicción, y en la actuación de la Administración Pública al imponer sanciones a las conductas calificadas como infracciones por el ordenamiento. En este sentido, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de inconstitucionalidad dictada a las doce horas del día veintitrés de marzo de dos mil uno, sostiene esta postura al manifestar que: "En la actualidad, se acepta la existencia de dicha potestad (refiriéndose a la potestad sancionadora de la Administración) dentro de un ámbito más genérico, y se entiende que la misma forma parte, junto con la potestad penal de los tribunales, de un ius puniendi superior del Estado, que además es único; de tal manera que aquellas no son sino simples manifestaciones concretas de éste".

De igual forma, importante es de traer a colación la traslación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador no es automática, y debe cada uno de ellos ser matizados conforme a los principios que rigen ésta segunda materia, ellos son: 1- Una acción u omisión: el comportamiento positivo u omisivo del administrado vulnera un mandato o una prohibición contenida en la norma administrativa; 2- La sanción: para que



este comportamiento sea constitutivo de infracción es necesario que el ordenamiento legal reserve para el mismo una reacción de carácter represivo; y 3- La tipificación: el comportamiento inequívoco del infractor, así como la sanción prevista para el mismo, deben aparecer descritos con suficiente precisión en una norma con rango de ley. En conclusión la sanción administrativa tal y como lo señala el autor Luciano Parejo Alfonso, es pues "un infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutiva de infracción, es decir tipificado legal y previamente como tal", aspecto que consideramos que se encuentran en las presuntas infracciones señaladas.

Es importante hacer notar que, la potestad sancionadora encuentra su límite supremo en el Principio de Legalidad en su vinculación positiva, que recoge el Art. 86 de la Constitución y que se traduce en la afirmación que la Administración Pública sólo podrá actuar cuando la ley la faculte. Lo anterior garantiza que los particulares no serán mermados en sus derechos, salvo que una Ley lo prevea y después de que se siga un procedimiento administrativo. En virtud de la sujeción a la Ley, toda acción administrativa se presenta como un poder atribuido previamente por la ley, y por ella delimitado y construido. En tal sentido la potestad sancionadora de la ex Superintendencia de Pensiones la encontramos reconocida en el Art. 156 de la Ley SAP que establece "Será competencia de la Superintendencia de Pensiones la imposición de las sanciones establecidas en esta Ley".

Ahora bien, en el caso de determinarse la responsabilidad por parte de esta Superintendencia respecto de un sujeto respecto del cual se poseen facultades sancionatorias, la facultad del suscrito de imponer cualquiera de las sanciones antes indicadas, ha de encontrarse sujeta a los criterios establecidos para dicho efecto en el marco legal aplicable, lo cual será expuesto más adelante.

3. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva:

Corresponde ahora, pasar a analizar si la simple inobservancia por parte de los administrados a una norma de conducta, es suficiente para que éstos sean sancionados; o

si por el contrario, es necesario, para efectos de imponer una sanción, que dicha inobservancia haya sido producida con dolo o culpa por parte de los aquéllos. Es pertinente entonces realizar unas breves consideraciones con respecto a la Responsabilidad Objetiva y la Responsabilidad Subjetiva.

Tradicionalmente se consideraba como uno de los principales elementos que marcaban la diferencia entre las infracciones penales y las administrativas, el hecho que en estas últimas se admitía su ejercicio sobre la base del objetivo incumplimiento o la simple transgresión del precepto por parte del administrado, sin indagación sobre el comportamiento subjetivo, es decir, la infracción administrativa se identificaba con la simple inobservancia del precepto, con independencia del elemento subjetivo relativo a la intención del agente. Este tipo de responsabilidad es conocido jurisprudencial y doctrinalmente como Responsabilidad Objetiva. Para la aplicación de este tipo de responsabilidad, basta la materialidad fáctica de las conductas contrarias a la Ley para que la infracción se configure, previniéndose que el actor actuó con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia.

Como se apuntó anteriormente, los principios bajo los cuales se rige el proceso penal resultan también aplicables en la tramitación de Procesos Administrativos Sancionadores, razón por la cual poco a poco se ha ido erradicando del campo de las infracciones administrativas, la aplicación de la responsabilidad objetiva. Al respecto, es oportuno mencionar que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado esta corriente; así, en sentencia dictada en Proceso de Inconstitucionalidad pronunciada las doce horas del día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y dos, se estableció entre otros aspectos que: "... Esta Sala tiene la plena convicción que la garantía básica de la presunción de inocencia es plenamente aplicable -entiéndase de obligatoria observancia- al campo de las infracciones administrativas... Podemos asegurar entonces, sin ambigüedades, que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio nulla poena sine culpa; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad objetiva, pues el dolo o la culpa constituyen un elemento básico de la infracción...".

En este orden de ideas, es claro que para la imposición de una sanción por infracción de



un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración.

4. Consideraciones con respecto a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones:

El suscrito estima oportuno realizar algunas consideraciones con respecto a la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en adelante también referida como Ley SAP, por contener disposiciones aplicables al presente caso. Así, el primer inciso del Art. 13 de la Ley SAP, establece que durante la vigencia de la relación laboral existente entre un patrono y un trabajador, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias en forma mensual al Sistema de Pensiones por parte de los trabajadores y los empleadores. En ese sentido, el Art. 19 de la referida ley, establece que las cotizaciones establecidas en referencia deberán ser declaradas y pagadas por el empleador, el trabajador independiente o la entidad pagadora de subsidios de incapacidad por enfermedad, según corresponda, en la Institución Administradora en que se encuentre afiliado cada trabajador. Para dicho efecto, el empleador se encuentra en la obligación de descontar del ingreso base de cotización de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y voluntarias que expresamente haya autorizado cada afiliado, debiendo trasladar dichas sumas, junto con la correspondiente a su aporte, a las Instituciones Administradoras respectivas. Este artículo de conformidad al artículo 190 de la Ley SAP es aplicable al Sistema de Pensiones Público, conformado por el ISSS y el Instituto Nacional de Pensiones de los Empleados Públicos (INPEP). En ese orden de ideas, el numeral 1) del Art. 161 de la Ley SAP establece expresamente que constituye infracción para el empleador, la omisión absoluta del pago de la cotización, dentro del plazo legal señalado, lo cual será sancionado 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, así como también la cotización. Asimismo el literal b) del Art. 159 establece como infracción

0076

presentar la declaración posteriormente al plazo señalado en el literal a), lo cual será sancionado con una multa equivalente al diez por ciento de las cotizaciones.

DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR:

Indicado lo anterior, y habiéndonos formado un sucinto marco de referencia teórico-jurídico, es oportuno ahora valorar los elementos probatorios vertidos en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador y determinar si, en efecto, el empleador es responsable o no -tanto objetiva como subjetivamente del presunto incumplimiento que le ha sido imputado y que ha quedado detallado en las líneas que anteceden. Dicha valoración será realizada teniendo como base, desde luego, el marco legal y normativo aplicable a las infracciones objeto de investigación.

Así, dentro del expediente correspondiente al presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se encuentran incorporados diversos elementos que comprueban que efectivamente el empleador ha cometido las infracciones que se le imputan los cuales han sido relacionados en los romanos II, III, V, VI y VII de los considerandos de esta resolución, en los cuales el empleador reconoce la deuda previsional que ha ido acumulando en los últimos años.

Por otro lado, se ha actualizado la mora previsional por medio de las vistas que ponen a disposición de esta Superintendencia las AFP, obteniéndose el siguiente detalle:

Superintendencia Adjunta de Pensiones
Información Consolidada de Empleador en Vistas de Ambas AFP

AFP Confía, Fecha de Corte:07/02/13

NIT	RAZON SOCIAL	MONTO NDNP	COMISION NDNP	MONTO DNP	COMISION DNP	MONTO INS	COMISION INS	TOTAL
	ETCETERA S.A. DE C.V.	2,867.56	813.47	2,911.54	593.14	0.00	0.07	7,185.78

AFP Crecer, Fecha de Corte:07/02/2013 12:00:00 AM

NIT	RAZON SOCIAL	MONTO NDNP	COMISION NDNP	MONTO DNP	COMISION DNP	MONTO INS	COMISION INS	TOTAL
	ETCETERA S.A. DE C.V.	109.83	22.38	16,716.70	4,879.02	12.25	40.47	21,780.65

Fuente de la Información: Vistas de Mora de AFP Crecer y AFP Confía



Como puede observarse el empleador todavía mantiene cantidades importantes de deuda previsional en especial en AFP Crecer, S.A., a pesar de las gestiones realizadas en esta Superintendencia para intimarlo a pagar dicha deuda, por lo que se colige que ha existido un incumplimiento reiterado y deliberado por parte del empleador, quien a pesar de tener conocimiento de las posibles infracciones cometidas y sus consecuencias, no ha realizado las gestiones pertinentes para darle cumplimiento a las obligaciones establecidas en el Art. 161 de la Ley SAP además de haber reconocido el incumplimiento. Al respecto del Art. 159 de la Ley SAP el suscrito considera que no es procedente pronunciarse al respecto, ya que es necesario realizar la depuración de la mora presunta, para determinar efectivamente los montos por los cuales podría configurarse un incumplimiento.

Así las cosas, el suscrito es de la consideración que, dentro de la tramitación del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, ha quedado debidamente acreditado que el empleador es responsable objetiva y subjetivamente de los hechos que se le imputan, razón por la cual corresponde sancionarlo, debiendo declararse así en el fallo de la presente resolución final.

DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN A IMPONER:

Habiendo establecido la responsabilidad del empleador en los hechos que se le imputan dentro de las presentes diligencias, es menester determinar que la sanción que le corresponde, por el cometimiento de las infracción establecida en el Art. 161 numerales 1) y 2) de la Ley SAP, será basada en el informe de cálculo de mora y multa, presentado por la Intendencia del Sistema de Ahorro para Pensiones, mediante Memo SAP-545/2010 de fecha veintisiete de agosto de dos mil diez, que corre agregado de folios 152 al 181, en el mismo consta en detalle el monto de la mora registrada por el empleador en a los fondos de pensiones AFP Crecer, S.A. y AFP Confia, S.A. , del cual resulta el monto de la multa a imponer. Es importante además manifestar que se sancionarán en forma independiente cada una de las infracciones aún cuando tengan su origen en un mismo hecho, tal como lo estipula el Art. 151 de la Ley SAP.

0075

349

POR TANTO, el suscrito Superintendente Adjunto de Pensiones, actuando en base a delegación formulada por el señor Superintendente del Sistema Financiero por medio de Resolución Administrativa No. 19-A/2011 de fecha catorce de septiembre de dos mil once; en base a todo lo anteriormente expuesto y de conformidad a lo establecido en el Art. 14 de la Constitución; Art. 5 literal K) de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Pensiones, Arts. 13, 19, 20, 159 literal b) y 161 numeral 1) de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, **RESUELVE**:

- a) **SANCIÓNESE** a la Sociedad **ETCETERA, S.A. DE C.V.**, con la imposición de una multa por la suma de **CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, por la declaración y no pago de cotizaciones previsionales de sus trabajadores, infracción tipificada y sancionada en el numeral 1) del artículo 161 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, en el sentido de haberse determinado que declaró planillas de cotizaciones previsionales sin proceder a su pago, según lo expuesto en la presente resolución.

- b) **SANCIÓNESE** a la Sociedad **ETCETERA, S.A. DE C.V.**, con la imposición de una multa por la suma de **CIENTO NOVENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON VEINTICINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**, por el incumplimiento al numeral 2) del Art. 161, de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones, por pagar una suma inferior a la cotización que corresponde dentro del plazo legal establecido .

En lo relativo al pago de cotizaciones previsionales pendientes de pago, **INSTRÚYASE** a la Sociedad **ETCETERA, S.A. DE C.V.**, para que proceda al pago de las mismas, más la rentabilidad dejada de percibir, dentro de un plazo máximo de **TREINTA DÍAS HÁBILES**, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución, debiendo presentar a esta Superintendencia el comprobante de pago correspondiente inmediatamente lo haya realizado.



Superintendencia del Sistema Financiero

REF: PA-35-2010

Hágase del conocimiento de la Sociedad **ETCETERA, S.A. DE C.V.**, que la presente resolución es objeto de recurso de rectificación, el cual se podrá interponer dentro del término de tres días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación de la misma, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 44 de la Ley de Orgánica de la Superintendencia de Pensiones.

NOTIFÍQUESE.

Omar Iván Salvador Martínez Bonilla
Superintendente Adjunto de Pensiones //MPL



0074

350