

14 de septiembre de 2004

DJ- 44-2004

MSc. Javier Cascante Elizondo
Superintendente de Pensiones

Estimado señor:

En atención con su solicitud de emitir un criterio jurídico, en relación con la posibilidad de que la Superintendencia de Pensiones imponga sanciones en forma automática por faltas de "mera constatación", sin que medie la apertura de un procedimiento administrativo ordinario, me permito indicarle lo siguiente:

1) Criterio de la Sala Constitucional respecto a las faltas de mera constatación

La Sala Constitucional mediante los Votos N° 3345-00, 5591-00 y 5604-00 ha señalado que en el caso de las faltas disciplinarias de mera constatación cometidas por los agremiados a los colegios profesionales o en el caso de las faltas de los Notarios, y otros similares donde las infracciones son de mera constatación, se permite la aplicación de sanciones sin apego estricto al debido proceso. Lo mismo ha dicho respecto de las infracciones de tránsito con "multa fija"¹.

Concretamente, los Votos citados se refieren a las siguientes situaciones: a) la suspensión por no pago de la cuota al Colegio de Abogados y por ende la suspensión del ejercicio del notariado, en los cuales la infracción es de mera constatación y la sanción es única; b) la omisión de presentar informes diarios de labores requerido por los superiores; y c) la expulsión de una Asociación por no asistencia a las asambleas establecidas. En estos supuestos, considero

¹ La Sala Constitucional no encontró vicio de inconstitucionalidad en "la imposición de multas en forma directa por la autoridad administrativa, cuando el monto de ella fue individualizado expresamente por el legislador y existe aceptación tácita o expresa de parte del infractor respecto de la falta, posibilitándose para el caso de que no exista esa aceptación, recurrir a los tribunales de justicia" (Voto N° 4097-92).

la Sala no se hace necesario, seguir con rigurosidad el debido proceso, por tratarse de faltas de mera constatación.

2) Ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Superintendencia de Pensiones

En materia sancionatoria, la Superintendencia de Pensiones tiene la potestad de imponer las sanciones establecidas en la Ley N° 7523. Para ese efecto señala esa ley en su artículo 59, párrafo primero:

“Salvo los casos de suspensión, intervención y revocación de la autorización de funcionamiento de un ente regulado, que serán competencia del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, las medidas precautorias y sanciones contempladas en esta ley serán impuestas por el Superintendente. Sus resoluciones serán apelables ante dicho Consejo, salvo en el caso de las sanciones leves, contra las cuales cabrán únicamente recursos de reposición ante el Superintendente, dentro de los tres días. La Superintendencia emitirá el reglamento sobre el procedimiento que se aplicará para imponer las sanciones el cual se regirá por los principios de la Ley General de la Administración Pública”.

Las infracciones contempladas pueden ser *muy graves*, *graves* o *leves*. Existe para cada uno de estos grupos una serie de posibles sanciones, que pueden ir desde la simple amonestación hasta la revocación de la autorización (que debe ser impuesta por el Consejo), sanciones todas que deben ser valoradas a la luz de los criterios contemplados en el artículo 60 de la Ley N° 7523, que no es más que la materialización legislativa del *principio de proporcionalidad*, al cual se hará referencia más adelante en este estudio. Dice el citado numeral:

“Artículo 60.- Criterios de sanción

Para imponer las sanciones previstas en esta ley, la Superintendencia tomará en cuenta los siguientes criterios de valoración:

- a) La gravedad de la infracción.
- b) La amenaza o el daño causado.
- c) Los indicios de intencionalidad.
- d) La duración de la conducta.
- e) La reincidencia del infractor.
- f) La capacidad de pago del infractor”.

La Sala Constitucional, mediante **Voto N° 1397-2001**, en relación con la potestad sancionatoria de SUPEN y su ejercicio, señaló lo siguiente:

"Del estudio de la ley que establece el Régimen Privado de Pensiones Complementarias, en lo que se refiere al procedimiento sancionatorio, se desprende que éste puede ser aplicado sin necesidad de un reglamento, pues para ello existe el procedimiento administrativo previsto en la Ley General de la Administración Pública, ley que es detallista y exhaustiva, que fue aprobada con la intención de sustituir los procedimientos administrativos y que, además, establece un procedimiento respetuoso de los derechos y garantías que integran la garantía fundamental del debido proceso. El ordenamiento jurídico nacional establece una amplia gama de garantías y principios procesales de carácter fundamental, de aplicación plena no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en todo procedimiento administrativo, de forma que su inobservancia ocasiona la nulidad absoluta, por inconstitucionalidad de todo lo actuado. Dichos principios y garantías derivan, en general, de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, y más específicamente de la Ley General de la Administración Pública cuyos principios del procedimiento, por la especial naturaleza de la materia que regulan, resultan de acatamiento obligatorio. Dentro de ellos, según la sentencia número 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa de esta Sala, se encuentran:

"... a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada..." (lo subrayado no es del original).

De esta resolución se desprende un primer elemento de gran relevancia: que en el ejercicio de esta potestad, la Administración debe sujetarse a las pautas orientadoras de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que en esencia lo que garantizan es el respeto al principio del debido proceso. En este sentido, en el **Voto N° 8193-2000**, la Sala indicó:

"En conclusión, el conjunto de principios constitucionales que existen en materia de debido proceso cubre, con las diferencias propias de cada régimen, todos los ámbitos de actividad sancionatoria, sea penal, civil, administrativa y

disciplinaria, de modo que sus alcances no pueden ser vaciados de contenido para ninguno de ellos, como parece ser la tendencia mostrada por la tesis del ICAFE respecto de la responsabilidad disciplinaria, que, en todo caso, no es el régimen aplicable entre el Estado y los beneficiadores, exportadores y torrefactores de café, como bien lo señaló la parte coadyuvante en esta acción”.

Esto es así, porque actualmente la doctrina ha considerado que tanto las infracciones administrativas como los delitos derivan del *ius puniendi* del Estado, pues en ambos casos se trata de una intromisión del poder público en la esfera de los administrados, que debe ser ejercido en estricto apego a una serie de garantías que aseguren el derecho de defensa. De conformidad con lo anterior, SUPEN en el ejercicio de la potestad sancionatoria y en estricto apego al bloque de legalidad, concretamente al artículo 59 de la Ley N° 7523, ha venido aplicando el *procedimiento administrativo ordinario* establecido en el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública, que dice:

“Artículo 308

1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndoles o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y

b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad” (el subrayado no es del original).

Según lo dispuesto en esta norma, tratándose de procedimientos que pueden culminar con la imposición de obligaciones, como sería el pago de una multa, el procedimiento ordinario es el proceso que corresponde aplicar para el ejercicio de la potestad sancionatoria.

En este mismo orden de ideas, la Procuraduría ha indicado:

*"De ahí, que nuestro Derecho Administrativo Sancionador esté integrado por normas de Derecho Administrativo y por principios matizados del "ius puniendi general del Estado", representado por antonomasia por el Derecho Penal. Sin embargo, es conveniente indicar que, según criterio de la doctrina mayoritaria, "...cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace en realidad referencia a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, sino aquellos a los que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales" (Nota a pie de página número 7: QUINTERO citado por NIETO GARCÍA (Alejandro) Derecho Administrativo Sancionador. Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición, 1994, p.168). Este criterio ha tenido plena acogida por parte de la Sala Constitucional, la que al respecto ha reiterado lo siguiente: "**IV.- Extensión de los principios de la materia penal al campo de las sanciones administrativas.** Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa (sic) a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa -al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador. (Resolución N° 1484-96)." (Citado en la sentencia N° 08193-2000 op.cit)" (C-079-2001).*

3) Faltas de mera constatación

Para el caso de nuestra institución, las faltas que podrían considerarse como de mera constatación, serían aquellas en las que existe la posibilidad de que la misma Superintendencia, de una forma automatizada, pueda verificar fehacientemente la comisión de la falta, sin que se tenga que recurrir a otro

tipo de medio probatorio. Estas infracciones serían, en el caso particular, las que tienen que ver con la remisión de información que actualmente se hace en SUPEN por un medio de transmisión remota.

El mecanismo electrónico de remisión utilizado por esta Superintendencia, se encuentra regulado en el oficio **SP-887** de fecha 14 de Junio del 2002. El proceso de remisión de información por este medio, fue desarrollado para que a través de una extranet que interconecta equipos de la SUPEN con los equipos de cómputo de las entidades autorizadas, y haciendo uso de un navegador de Internet, se pueda realizar de forma remota la verificación de formato y contenido de los archivos que soportan los informes periódicos requeridos, así como la inclusión de la información correspondiente a la base de datos de la SUPEN. Mediante este mecanismo, se da un proceso de validación que consiste en la inclusión de los datos que la entidad está remitiendo, en las bases de datos de SUPEN, para concluir con éxito la transmisión de la información. Por este medio se recibe la información de afiliados, saldos contables y valoración a precios de mercado. **La verificación de la remisión de esta información, en los plazos establecidos en el oficio citado, es posible hacerla por mera constatación.**

4) En particular sobre la posibilidad de omitir la apertura de un procedimiento administrativo

Según los razonamientos expuestos, la Superintendencia de Pensiones tiene la potestad de imponer las sanciones establecidas en la Ley N° 7523. Dentro de las infracciones ahí contenidas se encuentra la de no suministrar la información requerida por ella dentro del plazo otorgado al efecto (artículo 46 inciso b). Para el ejercicio de esa potestad sancionatoria la Administración debe someterse a los principios contenidos en la LGAP, la cual contempla dos clases de procedimientos: el *ordinario* y el *sumario*. El ordinario se debe seguir cuando se pueda causar **perjuicio grave** al administrado en las siguientes situaciones: a) imponiéndole obligaciones o b) suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos (artículo 308); el sumario, por el contrario, es un proceso residual, se aplica cuando no se esté ante los casos previstos en el artículo 308. Puesto que las sanciones contempladas en los artículos 47 y 49 de la Ley N° 7523, se ubican en los dos supuestos del artículo 308, el procedimiento aplicable sería el ordinario. Cabe destacar que el procedimiento administrativo contenido en la LGAP es, en criterio de la Sala Constitucional, suficientemente "respetuoso de los derechos y garantías que integran la garantía fundamental del debido proceso" (**Voto N° 1397-2001**), que como se ha

explicado, es uno de los principios del Derecho Penal de acatamiento obligatorio en el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Ahora bien, no solo el principio del *debido proceso* debe ser respetado en el ejercicio de esa potestad, también deben aplicarse los principios de legalidad, el de tipicidad, el de culpabilidad y el de *proporcionalidad de las sanciones*. Este último es el segundo elemento relevante en este estudio.

El principio de proporcionalidad es, en opinión de Garberi, "la imprescindibilidad del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la actuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permita conocer el grado de perjudicialidad o dañosidad de cada medida de las de posible adopción, o la concordancia entre la entidad de dicha medida y la importancia del objetivo que la justifica"². Este último principio, como se indicó, reviste gran importancia en el análisis de este asunto, por cuanto según este, las sanciones, administrativas o penales, deben ser proporcionales a la falta cometida. Sobre este principio la Procuraduría General de la República, ante una consulta realizada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, manifestó "La sanción impuesta debe constituir una medida estrictamente necesaria para alcanzar el objetivo buscado (Corte de Justicia de la Comunidad Europea 20 febrero 1979, SA Buitoni c/Forma, aff. 122-78, citado por J.F. MILLET: "L'appréciation par le juge administratif des principes du droit communautaire, note sous CAA Nantes, 29 décembre 2000, S. A. Périmedical), p. 273, AJDA, mars 2001, p273) Por ende, no sólo es necesaria la previa tipificación legislativa de la infracción y la sanción aplicable, sino la posterior adecuación de la referida sanción al caso específico, lo que requiere la valoración de la culpabilidad del infractor, así como la de la gravedad de los hechos y, en algunos casos, hasta la de la personalidad o capacidad económica del partícipe" (**C-222-2001**, el subrayado no es del original).

En este orden de ideas, en el ejercicio de la potestad sancionatoria la Superintendencia de Pensiones requiere no sólo identificar la falta sino sopesar los hechos a la luz de lo dispuesto en el artículo 60 transcrito, con el fin de imponer la sanción correspondiente, pues los artículos 47 y 49 citados establecen diferentes tipos de sanciones: amonestación, multas calculadas sobre el patrimonio, multas calculadas por salarios base, suspensión y revocación. Es más, en el caso de la categoría de multas existen diferentes rangos (hasta 5% del patrimonio y hasta 200 salarios base).

² Citado por Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición ampliada, 2000, Pág. 243.

De conformidad con lo anterior, para la imposición de la sanción no sólo se requiere la identificación de la falta y del infractor, se requiere además, hacer una valoración de los hechos a la luz de los criterios citados, para imponer una sanción proporcional a la falta cometida, todo en estricto apego al principio de proporcionalidad. Al respecto, señala Nieto que "La Administración, en efecto, después de haber constatado los hechos y sus circunstancias, ha de proceder de la siguiente manera: a) Subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción. b) Subsunción del tipo en una clase de infracción. c) Determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción. d) Atribución de una sanción concreta de las que se encuentran agrupadas en la clase"³ y agrega "el mecanismo no individualizado de atribución de sanciones descansa, como más atrás se ha indicado ya, en un amplio margen que se deja a disposición de los operadores jurídicos y, además, en el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones que ha de inspirar tanto la actuación concreta de la Administración sancionadora como las actividades de control que ejercen los Tribunales sobre las decisiones concretas de aquélla"⁴. En este mismo sentido, en materia ambiental la Sala Constitucional señaló "Por demás, se debe mencionar que la gravedad de la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley Orgánica del Ambiente depende del grado de la vulneración del ordenamiento ambiental, en estricto apego al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Así, por ejemplo, resulta desproporcionado que una infracción mínima a las normas que tutelan la conservación del ambiente se ordene la clausura de un establecimiento mercantil durante varios meses u años. En definitiva, la gravedad de la sanción administrativa a que se hace acreedor el sujeto infractor de las normas de protección ambiental depende del grado de su falta; caso contrario, la aplicación de la medida lesiona los derechos fundamentales de la persona afectada por el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. En consecuencia, al considerarse en esta sentencia que lo dispuesto por el artículo 99 incisos b) y e) de la Ley Orgánica del Ambiente no viola el Derecho de la Constitución, lo procedente es declarar sin lugar la acción en lo que este extremo atañe" (**Voto N° 6514-02**).

Estas circunstancias particulares de las infracciones de la Ley N° 7523, sus sanciones y los criterios para la imposición de éstas, que no se encuentran en los casos analizados en los Votos de la Sala Constitucional citados, impiden asimilar el razonamiento en ellos expuesto, al caso de la infracción del artículo 46 inciso b) citado. La valoración a la que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, sólo es posible hacerla con la apertura de un procedimiento administrativo que brinde la oportunidad a la Administración de valorar las circunstancias particulares de los hechos y del infractor para la

³ Nieto, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Madrid, Editorial Tecnos, segunda edición ampliada, 2000, Pág. 310.

⁴ *Ibidem*, Pág. 313.

imposición de las sanciones que correspondan, mediante un acto debidamente motivado, razón por la cual se debe concluir que en el caso de la infracción establecida en el artículo 46 inciso b) de la Ley 7523, no es posible la aplicación automática de sanciones, esto es sin la realización previa de un procedimiento administrativo, aún siendo de mera constatación.

5) Conclusión

A la luz de los razonamientos expuestos, y con fundamento en el bloque de legalidad, y en los principios del debido proceso y proporcionalidad, no es posible la aplicación automática de sanciones en el caso de la infracción establecida en el artículo 46 inciso b) de la Ley 7523.

Cordialmente,



Jenory Díaz
Abogada encargada



Álvaro Jiménez Severino
Director, División Jurídica