

21-2018

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y seis minutos del día siete de enero de dos mil diecinueve.

Agréguese el escrito presentado el 9 de julio de 2018 por el abogado Manuel Arturo Montecino Giralt, en calidad de apoderado de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), mediante el cual solicita que se tenga por parte a su poderdante, en calidad de tercero titular de un interés legítimo en la defensa de la constitucionalidad del artículo 44 letra b de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF).

Por recibida la certificación de la sentencia de las quince horas con doce minutos del 29 de septiembre de 2017, pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (SCA), en el proceso contencioso administrativo referencia 251-2015, promovido por Scotiabank El Salvador, Sociedad Anónima, contra el Superintendente y el Comité de Apelaciones, ambos de la Superintendencia del Sistema Financiero, en la que, entre otros aspectos, decidió declarar inaplicable el art. 44 letra b LSRSF, por la supuesta contradicción con los arts. 2, 8, 15 y 86 de la Constitución (Cn).

I. La disposición inaplicada prescribe:

“Art. 44.- Las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo anterior que, si se tratare de multas, estas podrán ser de hasta el dos por ciento del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio en caso de personas naturales, cuando incurran en infracciones a lo siguiente:

b) Disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas;”

El *iter* de la presente resolución será el siguiente: (II) se expondrán los argumentos contenidos en la sentencia pronunciada por la SCA, en el proceso contencioso administrativo ref. 251-2015, en la que, entre otros aspectos, decidió declarar inaplicable el art. 44 letra b LSRSF; (III) luego se indicará el fundamento jurídico para iniciar el proceso de inconstitucionalidad con base en una decisión de inaplicabilidad; (IV) se analizará si la inaplicabilidad remitida cumple con los requisitos mínimos necesarios para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad; y (V) finalmente, se determinará si procede analizar la petición realizada por el abogado Manuel Arturo Montecino Giralt.

II. Inaplicación del art. 44 letra b LSRSF.

I. La autoridad remitente expone que el proceso contencioso administrativo ref. 251-2015 fue promovido por Scotiabank El Salvador, Sociedad Anónima, contra el Superintendente y el Comité de Apelaciones, ambos de la Superintendencia del Sistema Financiero, por las siguientes actuaciones administrativas: a) resolución emitida por el Superintendente del Sistema Financiero a las diez horas y diez minutos del 15 de enero de 2015, por medio de la cual se sancionó a la sociedad demandante con las siguientes multas: (i) \$8,838.02, por la infracción cometida al art. 13 letra b de las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, por faltantes de información en sus expedientes crediticios; (ii) \$8,838.02 por la infracción cometida al art. 21 párrafo 1 y 2 de las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, por reestructurar o refinanciar saldos de capital e intereses de préstamos, los cuales el administrador asignó indebidamente categorías de riesgos menos a “C2”; (iii) \$8,838.02 por la infracción cometida al art. 21 párrafo 4 de las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, por carecer de información sus expedientes de créditos de morosidad acumulada de las referencias crediticias que fueron refinanciadas o reestructuradas; (iv) \$8,838.02 por la infracción cometida a los arts. 10 y 17 de las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, por evaluación de activos de riesgo crediticio, por calificar en una categoría menor de riesgo a las correspondientes; (v) \$8,838.02, por la infracción cometida a los arts. 14 al 16 y 18 de las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, por reducir del total del riesgo el valor de las garantías con valores mayores a dos años; y (vi) \$8,838.02, por la infracción cometida al art. 8 de las Normas sobre el Procedimiento para la Recolección de Datos del Sistema Central de Riesgos NPB4-17, porque el banco no ha reportado ni actualizado la información para la Central de Riesgos; (b) resolución emitida por el Superintendente del Sistema Financiero, a las diez horas y quince minutos del 16 de marzo de 2015, mediante la cual resolvió el recurso de rectificación y se confirmaron las multas impuestas a la demandante; (c) resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la Superintendencia del Sistema Financiero, a las dieciséis horas y cuarenta y cinco minutos del 27 de mayo de 2015, mediante la cual confirmó las resoluciones pronunciadas por el Superintendente del Sistema Financiero a las diez horas y diez minutos del 15 de enero de 2015 y a las diez horas y quince

minutos del 16 de marzo de 2015, en la parte relativa a la responsabilidad atribuida al banco, y modificó la parte relativa a la cuantía de las multas, en cuanto a la base imponible para el cálculo de las mismas, por lo que la sanción económica de \$8,838.02, impuesta para cada una de las infracciones, se redujo a \$6,096.28.

2. Expresa que la parte actora en ese proceso alegó que las autoridades demandadas, al emitir los actos administrativos cuestionados, vulneraron los principios de tipicidad, seguridad jurídica y reserva de ley (art. 2, 15 y 246 Cn.) y art. 44 de la LSRSF, porque el art. 44 letra b LSRSF no prevé un contenido sobre las conductas constitutivas de infracción, sino que remite a un reglamento, norma técnica e instructivo para la configuración de las prohibiciones u obligaciones cuyo incumplimiento dan lugar a una infracción. Asimismo, al establecer que si las multas que pueden imponerse a las personas jurídicas puede ser de hasta el 2% del patrimonio, introduce un “elemento indeterminado” en la sanción, ya que no cumple con las exigencias de una previsibilidad razonable y, por lo tanto, vulnera el principio de reserva de ley y la seguridad jurídica al no especificar el contenido esencial de las conductas punibles objeto de sanción.

Sobre dichos alegatos, la SCA expone que, como juez de la Constitución, resultaba obligatorio realizar un juicio de constitucionalidad del art. 44 letra b LSRSF, puesto que en el presente caso las autoridades demandadas sancionaron a Scotiabank, Sociedad Anónima, con base en dicha disposición. El tribunal señala que el principio de ley cierta requiere que se definan con suficiencia las conductas constitutivas de infracciones administrativas, así como las correspondientes sanciones o medidas de seguridad a imponer o, cuando menos, se establezca una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones pueden aplicar. Tal exigencia no se satisfaría con “dicciones normativas genéricas”, por ejemplo, “se sancionará la infracción a las disposiciones de la ley”.

Por otra parte, en cuanto a la técnica de remisión normativa frente al principio de tipicidad, dice que la Sala de lo Constitucional, en la sentencia de 24 de agosto de 2015, Inc. 53-2013, estableció la posibilidad de regular infracciones administrativas por medio de remisiones normativas. Sin embargo, esta técnica está condicionada por la exigencia de taxatividad en la descripción de la conducta infractora, para lo cual se establecieron los siguientes criterios: (i) cuando esta forma de tipificación indirecta se realiza mediante disposiciones complementarias que carecen de rango legal o que son distintas a las disposiciones emitidas por la Asamblea

Legislativa (por ejemplo, remitiendo a reglamentos), sus consecuencias pueden tener mayor relevancia desde la perspectiva de la exigencia de reserva de ley; (ii) cuando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas (disposición remitente y disposición remitida) debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción. En tal sentido, son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas cláusulas unificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, que en realidad son fórmulas legales de tipificación simulada y remanente, que establecen infracciones “por defecto” o “por sobrante” de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador que ya están incorporadas a la ley.

Con base en ello, la autoridad requirente estima que la fórmula “infracciones [...] a disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes antes mencionadas” contenida en el art. 44 letra b LSRSF, que fundamenta la actuación administrativa impugnada, no describe un comportamiento objetivo verificable que pueda concretarse en una determinada acción u omisión. Tal enunciado solo establece una calificación que puede ser atribuida mediante una declaración del órgano sancionador en el procedimiento respectivo. En ese sentido, la referencia que se realiza, por defecto o por exclusión, a otro tipo de infracciones administrativas –incumplimiento de leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que rijan o sean aplicables, o incumplimiento de las instrucciones u órdenes– no basta, pues aunque estas infracciones sí incluyen supuestos fácticos específicos, legalmente definidos, el conjunto remanente de conductas susceptibles de ser calificadas o valoradas como infracciones es demasiado indeterminada hasta el punto de que su extensión depende del criterio de aplicación del órgano competente.

3. Agrega que el art. 44 letra b LSRSF no tipifica ninguna conducta, porque se trata de una definición puramente formal o aparente, similar a un círculo vicioso, en la que se presenta como elemento básico de una descripción fáctica, lo que en realidad es una calificación normativa imprecisa y carente de la descripción conductual exigida por el principio de tipicidad. Además, la mencionada disposición contiene una remisión normativa difusa o excesivamente indeterminada que en la práctica sustituye la debida previsión normativa del tipo sancionador, por

el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación.

Señala que el legislador tiene siempre la posibilidad, en las leyes penales en blanco, de recurrir a la complementación normativa por medio de un reenvío exterior, es decir, a otra disposición de igual o inferior rango legal, siempre que la naturaleza de la materia lo exija y describa de forma clara, precisa e inequívoca la conducta penalmente sancionada, pero no puede dejar su determinación absoluta a una autoridad distinta, particularmente de inferior rango. Para la autoridad inaplicante, al analizar el tenor del art. 44 LSRSF se observa su excesiva indeterminación y vaguedad, de modo que la norma que reenvía carece de suficiente elaboración respecto del foco de la prohibición. Es extremadamente imprecisa al penalizar cualquier infracción a las disposiciones que contenga esta gama normativa terciaria e incluso inferior. Esa indeterminación y vaguedad impide que los destinatarios del art. 44 LSRSF, a partir de su texto, puedan prever o conocer anticipadamente qué conductas pueden ser consideradas como infracción o cuáles serán las consecuencias de su actuación, situación que resulta violatoria de principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad material.

4. Finalmente, la SCA dice que, dado que en el presente caso la actuación administrativa impugnada tiene a su base la aplicación del art. 44 letra b LSRSF, y habiéndose concluido que tal disposición es contraria a la Constitución por vulnerar los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica, no podía aplicarla para el análisis de la situación planteada en la demanda. En consecuencia, ha decidido la controversia inaplicando la mencionada disposición.

III. Fundamento jurídico para iniciar el proceso de inconstitucionalidad con base en una decisión de inaplicabilidad.

La posibilidad de iniciar un proceso de inconstitucionalidad a partir del ejercicio de la potestad judicial de inaplicación de cualquier ley o disposición legal, de acuerdo con el art. 185 Cn., fue incorporada a la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) por medio del Decreto Legislativo n° 45, de 6 de julio 2006, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo n° 372, de 7 de agosto de 2006. Esta reforma no determinó un procedimiento diferenciado para tramitar y resolver los procesos así iniciados, por lo cual mediante una interpretación sistemática de la ley antes mencionada y del art. 183 Cn., esta sala ha establecido que tales procesos deben desarrollarse según los arts. 7, 8 y 9 LPC.

Es necesario recordar que en el proceso de inconstitucionalidad se decide sobre una confrontación entre las normas que se proponen como objeto y parámetro de control, para emitir

un pronunciamiento de carácter general y obligatorio; mientras que en el control difuso de constitucionalidad o inaplicación la decisión judicial produce efectos solo en el caso específico, entre las partes respectivas. Pese a tal diferencia, a esta sala se le ha atribuido la competencia de procurar la unificación de criterios interpretativos de las disposiciones constitucionales utilizadas por los jueces como parámetros de inaplicación, para contribuir a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley.

No obstante, el proceso de inconstitucionalidad iniciado con base en una decisión de inaplicabilidad no debe entenderse como un recurso o un procedimiento de revisión de esta resolución, pues no interfiere con los efectos de la decisión de inaplicación y los medios impugnativos que procedan contra ella siguen siendo viables si se cumplen los presupuestos legales correspondientes. En otras palabras, el proceso de inconstitucionalidad es independiente de los procesos en los que se origina la decisión de inaplicación y la remisión de esta únicamente representa el cauce de conexión entre el control difuso y el control concentrado de constitucionalidad de las leyes.

IV. Análisis liminar del caso.

Aclarado lo precedente, debe analizarse si la inaplicabilidad remitida cumple con los requisitos mínimos necesarios para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad, es decir: (1) la relación directa y principal que debe tener la ley, disposición o acto con la resolución del caso; (2) la inexistencia de pronunciamiento de esta sala sobre la constitucionalidad de la disposición, acto o cuerpo normativo inaplicado; (3) el agotamiento de la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución del objeto de la inaplicación; y (4) los elementos indispensables del control de constitucionalidad.

1. En cuanto al primer requisito, se advierte que el requerimiento tuvo su origen en el examen que la SCA realizó sobre la constitucionalidad del art. 44 letra b de la LSRSF, que determina la cuantía de las sanciones de multas por infracción a las disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes mencionadas en dicha ley. Dicha disposición está directamente relacionada con el problema jurídico formulado por la parte actora a dicho tribunal en el proceso contencioso administrativo ref. 251-2015, pues el demandante alegó que el Superintendente y el Comité de Apelaciones de la Superintendencia del Sistema Financiero, al emitir los actos administrativos que lo sancionaban con multa, vulneraron los principios de tipicidad, seguridad jurídica y reserva

de ley (arts. 2, 15 y 246 Cn.). La razón es que el actor del proceso contencioso administrativo dijo que el art. 44 letra b LSRSF no prevé un contenido sobre las conductas constitutivas de infracción, sino que remite a un reglamento, norma técnica e instructivo para la configuración de las prohibiciones u obligaciones cuyo incumplimiento dan lugar a una infracción.

2. En lo que concierne al segundo de los supuestos mencionados, se ha constatado que, a la fecha, este tribunal no ha emitido pronunciamiento definitivo alguno sobre la constitucionalidad del art. 44 letra b LSRSF que ha sido inaplicado por la autoridad remitente, por lo que se cumple con el requisito del art. 77-A inc. 3° LPC.

3. Respecto a la exigencia de agotar la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución del objeto de la inaplicación, es pertinente señalar que la jurisprudencia de esta sala ha establecido que, debido a que la Constitución es conjunto de normas jurídicas superiores del ordenamiento, y su carácter vinculante se extiende a todos los planos de la normatividad, la interpretación que se haga de toda norma infraconstitucional debe realizarse respetando y potenciando la normativa constitucional. Su fundamento es tanto el principio de unidad del ordenamiento jurídico y la supremacía constitucional que se proyecta sobre las normas jurídicas y condiciona el sentido que a estas cabe atribuirles. En ese sentido, el criterio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución implica que es imperativo que de entre las varias interpretaciones posibles de una disposición (objeto de la interpretación) debe escogerse, para dar una solución jurídica al caso, la norma (resultado de la interpretación) que permita un entendimiento coherente con la normativa y principios constitucionales (sentencias de 14 de febrero de 1997 y 5 de diciembre de 2006, Incs. 15-96 y 21-2006), lo cual adquiere trascendencia en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, en específico para la adecuada fundamentación de la inaplicación que se pronuncie en el caso concreto art. 77-B letra b LPC.

Corresponde ahora analizar si la SCA aplicó los criterios antes expuestos en la decisión de inaplicar el art. 44 letra b LSRSF, para ello se abordará (A) el tema de la potestad sancionadora de la administración; (B) luego, se harán breves consideraciones sobre el principio de legalidad y taxatividad en las sanciones administrativas; y, finalmente, (C) se examinará la interpretación realizada por la SCA.

A. En términos generales, la administración pública es la estructura orgánica compuesta por diversas instituciones a la que se atribuye la función de gestionar los bienes, recursos y servicios estatales, mediante actividades encaminadas a la realización del bien común y del

interés colectivo (sentencia de 29 de abril de 2013, Inc. 18-2008). Para la consecución de tal finalidad, la administración puede ejercitar potestades determinadas, entre las que se encuentra la potestad para sancionar conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Este poder ha sido reconocido en el art. 14 Cn., en el cual, aunque se establece que corresponde únicamente al Órgano Judicial la facultad de imponer penas, se habilita constitucionalmente a la administración para que pueda sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, es decir, la competencia de hacer uso de medidas coercitivas que tengan como finalidad la privación de un derecho o de un bien a los particulares por transgresiones determinadas al ordenamiento jurídico.

Así, siendo indistinto el gravamen aflictivo de las sanciones administrativas con las de índole jurisdiccional-penal, se acepta que se trata de un único poder estatal de castigar que se divide en una u otra dimensión atendiendo a las finalidades de ordenación que se persigan (sentencias de 11 de noviembre de 2003 y 29 de junio de 2015, Incs. 16-2001 y 107-2012, respectivamente). Sobre el particular, la SCA ha expresado que “el [poder punitivo] del Estado, concebido como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo constituido como ilícito, no solo se manifiesta en la aplicación de las leyes penales por los tribunales que desarrollan tal jurisdicción, sino que también se manifiesta en manos de la [a]dministración [p]ública” (sentencia de 5 de mayo de 2000, ref. 148-C-99). Se trata, pues, de una dualidad de sistemas represivos-sancionatorios, a manera de una despenalización de ciertas conductas, que traslada desde los jueces penales a la administración la represión de determinados delitos y faltas.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha identificado los elementos esenciales de la potestad sancionadora administrativa: (i) es un poder que deriva del ordenamiento jurídico; (ii) tiene un efecto aflictivo, porque su ejercicio trae aparejada la imposición de una medida de carácter angustioso para el administrado, que puede consistir tanto en la privación de un derecho preexistente (sanción interdictiva) como en la imposición de una obligación pecuniaria; y (iii) tiene una finalidad represora, esto es, el castigo de conductas contrarias al orden jurídico a efecto de restablecerlo, a manera de un control social coercitivo en desarrollo del poder punitivo estatal ante infracciones catalogadas como administrativas (sentencia de Inc. 16-2001, ya citada, sentencia de 3 de febrero 2006, Amp. 28-2005; y sentencia de 5 de julio de 2001, SCA, ref. 110-P-2001).

B. Una de las consecuencias más importantes de lo anterior es que si la denominada potestad sancionadora de la administración constituye una manifestación del poder sancionador

del Estado, resulta imperioso que los principios constitutivos del Derecho Penal también sean aplicables al derecho administrativo sancionador, con los matices que exige la materia, de tal forma que vinculen, por un lado, al legislador al crear normas relativas a las conductas constitutivas de infracciones y sus consecuentes sanciones y, por otro lado, a las autoridades administrativas competentes al momento de aplicarlas (sentencias de 13 de julio 2011 y de 15 de diciembre de 2014, Amparos N° 16-2009 y 358-2012, respectivamente; criterio compartido por la jurisprudencia contencioso administrativa, entre otras, en la sentencia de 29 de septiembre de 2014, proceso N° 57-2010). Los matices que exige la materia resultan de ponderar el fundamento de cada principio penal con los fines de la actividad administrativa inclinados a exceptuarlos.

Uno de esos principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador es el principio de legalidad. Este impone el actuar riguroso de la administración según lo determine la ley en cuanto a la creación de catálogo predeterminado, claro y preciso de las infracciones administrativas. Del mismo devienen dos principios que han adquirido una clara autonomía en esta sede, el de reserva legal y de tipicidad, denominado también de determinación, taxatividad o certeza. La jurisprudencia contencioso administrativa ha expresado que: “[e]l principio de tipicidad (*lex certa*), vertiente material del principio de legalidad, impone el mandato de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones constitutivos de un ilícito administrativo y de sus consecuencias represivas. La tipificación sólo es suficiente cuando, en definitiva, responde a las exigencias de la seguridad jurídica [...] no en la certeza absoluta [sino] en la [predicción] razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción. Esto debe ser así, puesto que para que el principio de tipicidad sea colmado no basta con que la ley aluda simplemente a la infracción, ya que el tipo ha de resultar suficiente, es decir, que ha de contener una descripción de sus elementos esenciales” (sentencia de 21 de octubre de 2009, Proceso N° 281-C-2002).

En similar sentido, este tribunal ha sostenido que “en el ámbito administrativo sancionador [...] sea la ley la que defina exhaustivamente las conductas objeto de infracciones administrativas, las sanciones o medidas de seguridad a imponer, o al menos establezca una regulación esencial acerca de los elementos que determinan cuáles son las conductas administrativamente punibles y qué sanciones se pueden aplicar, pues tales criterios, en la mayoría de los casos, son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales. Así, la obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que se desean castigar y

sus correspondientes sanciones persigue la finalidad de erradicar todo abuso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas a las autoridades administrativas” (sentencia de 25 de noviembre de 2011, Amparo 150-2009).

Al analizar con cierta amplitud el alcance del mandato de taxatividad en materia penal, esta sala ha aclarado que “la precisión de las leyes penales es una cuestión de grado y lo que exige el mandato de determinación es una precisión relativa [...] el requisito de taxatividad implica que las disposiciones legales que contienen los presupuestos, condiciones o elementos para considerar que una conducta es delito (disposiciones que se conocen como “tipos penales”), deben formular, describir, establecer o definir dichas conductas mediante términos, conceptos (tomadas estas dos palabras en su sentido común y no lógico formal) o expresiones que tengan la mayor precisión posible o una determinación suficiente, de acuerdo con el contexto de regulación” (sentencia de 8 de julio de 2015, Inc. 105-2012). Este criterio es aplicable también a los tipos administrativos sancionadores, que son los que definen o describen las conductas que constituyen infracciones administrativas y puede ser comprendido dentro del alcance del art. 15 Cn.

En el ámbito penal esta sala ha sostenido que el uso de la técnica de leyes penales en blanco no es por sí inconstitucional. Al contrario, es una herramienta necesaria en algunos sectores sociales dinámicos (transporte, medicamentos, medio ambiente, seguridad laboral, etc.), donde la regulación administrativa se ha desarrollado extensamente en el control y gestión de actividades que pueden traspasar los límites socialmente permitidos (sentencia de 9 de octubre de 2007 y 29 de julio de 2009, Inc. 27-2006 y 92-2007, respectivamente). Y es que en tales ámbitos, el Derecho Penal no puede aspirar a una regulación absolutamente independiente del resto de subórdenes jurídicos, sino que requiere necesariamente su complementación con la regulación administrativa pertinente, a fin de evitar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos personales o de la comunidad. Este tribunal ha enfatizado que el reenvío se encuentra justificado constitucionalmente cuando: (i) sea expreso y esté fundado en razón del bien jurídico protegido; y (ii) que el tipo penal contenga la pena y el núcleo esencial de la materia de prohibición, y satisfaga las exigencias derivadas del mandato de certeza.

En similar sentido, en el Derecho Administrativo Sancionador el principio de taxatividad exige que la ley describa una conducta (acción u omisión), de sus elementos “esenciales” o “de forma genérica”, pero que sea “constatable por el aplicador de la ley”. Dado que la descripción

legal de la infracción administrativa debe permitir una “predicción razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción”, no se pretende que la ley enumere de manera exhaustiva todos los comportamientos infractores posibles. Sin embargo, la exigencia de precisión suficiente o el estándar de la previsibilidad de la sanción implican que la tipificación de una infracción administrativa al menos debe identificar o definir una conducta objetiva, verificable o “constatable” por el aplicador (sentencia de 24 de agosto de 2015, Inc. 53-2013 Acum.). Esta exigencia es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (sentencia de 8 de julio de 2015, Inc. 105-2012), pero también por medio de remisiones normativas. Estas últimas consisten en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida por el tipo sancionador.

C. En el presente caso, el art. 44 letra b LSRSF expresamente remite a las disposiciones contenidas en los reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan las obligaciones establecidas en las leyes indicadas en la letra a del art. 44 LSRSF. Dado que la SCA no está facultada para realizar un examen en abstracto de la citada disposición, debió centrar su análisis en la remisión que el art. 44 letra b realiza a las “normas técnicas”, específicamente a las Normas para Clasificar los Activos de Riesgo Crediticio y Construir las Reservas de Saneamiento NCB-022, ya que esta normativa fue el fundamento jurídico de las multas aplicadas a la sociedad demandante y era la relevante para resolver el problema jurídico planteado.

Ahora bien, la SCA, en esencia, argumenta que el art. 44 letra b LSRSF no tipifica ninguna conducta y contiene una remisión excesivamente indeterminada que en la práctica sustituye la debida previsión normativa del tipo sancionador, por el criterio futuro e incierto del órgano encargado de su aplicación. La interpretación realizada por la SCA sugiere que el art. 44 letra b no prevé ni cataloga ninguna conducta como ilícita, sino que de manera originaria la Superintendencia del Sistema Financiero aprecia ciertas conductas como ilícitas, sin que los entes supervisados puedan tener la posibilidad de enterarse de la ilicitud de ciertas conductas. Parece que para la SCA la conducta ilícita vendría establecida por una decisión de dicha autoridad. A primera vista, tal interpretación, efectivamente, resultaría contraria al principio de legalidad en materia administrativa sancionatoria, en virtud del cual se exige una redacción que resulte clara e inequívoca (principio de taxatividad). Sin embargo, dicha interpretación debe ser descartada,

porque el precepto inaplicado admite una interpretación conforme con la Constitución, si se examina de forma sistemática y se toma en cuenta la naturaleza de la materia regulada.

a. En primer lugar, se observa que el art. 44 inc. 1º y letra b se refieren a la cuantía de la sanción de multa cuando los supervisados incurran en “infracciones a las disposiciones contenidas en las normas técnicas” que “desarrollan las obligaciones” establecidas en las leyes mencionadas en la letra a de dicho artículo. De lo anterior se infiere que estamos en presencia de una tipificación indirecta, que presupone la existencia de un precepto que establece un mandato o una prohibición (en este caso contenido en la norma técnica), y otro que establece que el incumplimiento de estas será objeto de sanción (art. 44 inc. 1º LRSSF). La construcción de la infracción se produce por medio de dos disposiciones: (i) el precepto de la ley secundaria que contiene una obligación concreta desarrollada en una norma técnica que dispone un mandato o prohibición al ente supervisado; y (ii) el precepto legal que dispone la infracción o incumplimiento de esa concreta obligación.

Si bien la labor del aplicador es más compleja, dado que debe interpretar de forma sistemática disposiciones legales e infralegales para estructurar la conducta típica y la sanción, la remisión que realiza el legislador no puede considerarse automáticamente inconstitucional. La razón es que no solo el reenvío goza de cobertura legal, sino también la creación de la norma técnica, en atención a la naturaleza de la materia regulada. Basta con remitirse a los arts. 10 letras a, b, c, ch y g de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero (LOSSF) y el art. 224 de la Ley de Bancos (LB) para apreciar que el legislador ha otorgado facultades al Consejo Directivo de la Superintendencia del Sistema Financiero para emitir normas que regulen la evaluación y clasificación de los activos de riesgo crediticio según la calidad de los deudores y exigir la constitución de reservas mínimas de saneamiento de acuerdo con las pérdidas esperadas de los respectivos activos.

Es relevante tomar en consideración que los “Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva”, definidos por el Comité de Basilea en 1997, disponen que los Estados deben contar con un sistema efectivo de supervisión bancaria, lo cual implica disponer de un marco de leyes bancarias que establezcan estándares mínimos que los bancos deben cumplir; que otorgue la suficiente flexibilidad al supervisor para establecer administrativamente, conforme sea necesario, reglas prudenciales para alcanzar los objetivos deseados, así como para utilizar juicios cualitativos; que provea poderes para recolectar información y verificarla de manera

independiente; y que otorgue poder al supervisor para ejecutar una variedad de sanciones que sean aplicables cuando no se cumpla con los requerimientos prudenciales. En ese sentido, los países que se han acogido a las políticas del Comité de Basilea establecen en sus legislaciones la facultad de los órganos de supervisión bancaria de realizar funciones de supervisión y de sanción, con el entendido que la función de supervisión incluye la potestad de emitir las normas técnicas cuyo incumplimiento haría peligrar el sistema financiero.

En el Derecho Comparado (como ejemplos, Ecuador, Perú, Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala, Costa Rica, México y España) es frecuente encontrar que los órganos de inspección y vigilancia tienen facultades para sancionar el incumplimiento de reglamentaciones e instrucciones dadas por las mismas, sin que ello se considere contrario a los principios de tipicidad y legalidad, debido a que los elementos básicos de la conducta reprochable, la sanción y el procedimiento a seguir para aplicarla figuran en el cuerpo de una norma de rango legal. La remisión a instructivos, resoluciones o circulares se debe limitar a precisar aspectos técnicos y específicos que serían de difícil regulación por medio de la ley, por la dinamicidad que ofrece el sector económico sometido a control y vigilancia. En esa lógica, el legislador salvadoreño ha otorgado a la Superintendencia del Sistema Financiero no solo la competencia para instruir procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de la normativa financiera, sino que además la ha facultado para emitir normativa técnica que regule la actividad de los entes supervisados. Por tanto, la interpretación que se realice de ciertas obligaciones establecidas en leyes bancarias y financieras también debe integrarse de forma sistemática con las normas emitidas por el ente vigilante del sistema financiero.

b. En segundo lugar, es fundamental tomar en cuenta que la flexibilización del concepto del principio de legalidad y su manifestación concreta en el principio de tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionatorio presenta un importante desarrollo en lo que concierne a la actividad bancaria, debido a las características de este sector económico. Las normas del Derecho Bancario constantemente deben ajustarse a las variables necesidades de los mercados financieros interno e internacional; de ahí que determinadas medidas de carácter normativo pierdan rápidamente su razón de ser y eficacia. Incluso, pueden resultar inconvenientes o contraproducentes a mediano o largo plazo para los operadores del mercado, afectándose también el interés público. De tal suerte que la regulación de dichos sectores de la economía sea, por naturaleza, mutable, sin ánimo de permanencia. En ese sentido, el principio de legalidad que opera de manera estricta en materia

penal debe ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas en dicha materia, sin que en todo caso quepa considerar que desaparece la vinculación positiva a aquel en el ejercicio de la potestad sancionatoria y que por medio de reglamentos o circulares puedan configurarse de manera autónoma conductas sancionables.

Así, mientras que en el Derecho Penal la ley legitimadora, por regla general, ha de prever tanto la previsión de la pena como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo, salvo el caso excepcional y restrictivo de los tipos penales en blanco; en el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas exige que una norma con fuerza material de ley establezca una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a reglamentos, instructivos y normas técnicas la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter infralegal complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa determinada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador.

c. En tercer lugar, es pertinente aclarar que la SCA ha fundamentado su decisión e inaplicación citando jurisprudencia emitida por este tribunal, entre la cual destaca la sentencia de Inc. 53-2013, antes mencionada. En esta decisión se estableció que “[c]uando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas (disposición remitente y disposición remitida) debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción. En tal sentido, son incompatibles con el mandato de tipificación administrativa las llamadas cláusulas tipificadoras generales o cláusulas sancionadoras residuales, que en realidad son fórmulas legales de tipificación simulada y remanente, que establecen infracciones “por defecto” o “por sobrante” de las genuinas descripciones de conductas prohibidas por el Derecho Administrativo Sancionador que ya están incorporadas a la ley”.

Con base en dicha jurisprudencia, la SCA sostiene la tesis de que las disposiciones inaplicadas son incompatibles con la Constitución, porque constituyen cláusulas sancionadoras residuales. Sin embargo, dicha autoridad judicial ha pasado por alto que las fórmulas legales de

tipificación aparente y residual constituyen una especie de “norma de cierre o de clausura” de lo punible en sede administrativa, dirigidas a evitar la impunidad de conductas no enumeradas expresamente en los tipos de infracción de la ley, pero que el órgano aplicador pudiera considerar merecedoras de una sanción administrativa, aunque sea leve. Se trata de una expresión para incluir todo lo que no había sido comprendido en las categorías de infracción, sin tener que tipificarlo realmente. Mediante ese tipo de cláusulas, la determinación efectiva de las conductas prohibidas –la “materia de prohibición”– queda postergada hasta el momento en que se aplica la norma, cuando el órgano competente decida a qué comportamiento identificar con el calificativo de infracción legal. En el presente caso, como se ha expuesto con anterioridad, las autoridades de la SSF no tipifican de forma originaria las infracciones ni las sanciones. Estas ya se encuentran definidas en la LSRSF, LB, Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos y el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos Financiera en las Instituciones de Intermediación, pero requieren una labor de interpretación sistemática.

D. En razón de que los argumentos que figuran en la resolución de inaplicabilidad pronunciada por la SCA no demuestran que se haya efectuado un análisis orientado a agotar la posibilidad de interpretación conforme de la disposición legal inaplicada, mediante una interpretación sistemática de disposiciones jurídicas, y tomando en cuenta la naturaleza de la materia objeto de regulación, esta no cumple con el presupuesto regulado en el art 77-B LPC para la admisión del requerimiento de inconstitucionalidad. Por tanto, es inútil pasar al análisis del resto de requisitos necesarios para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad originado en una inaplicación.

V. Petición del abogado Manuel Arturo Montecino Giralt.

Respecto a la petición del abogado Manuel Arturo Montecino Giralt, en el sentido que se tenga por parte a la SSF en calidad de tercero, debido a que en el presente caso se declarará improcedente el inicio del proceso de inconstitucionalidad requerido, resulta inoficioso analizar el fondo de su petición.

En virtud de lo antes expuesto, con base en los artículos 6 número 3, 77-B y 77-C de la Ley de Procedimientos Constitucionales esta sala **RESUELVE:**

1. *Declárase improcedente* el inicio del proceso de inconstitucionalidad requerido mediante la remisión de la certificación de la sentencia de las quince horas con doce minutos del

día veintinueve de septiembre de 2017 pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso contencioso administrativo referencia 251-2015, promovido por Scotiabank El Salvador, Sociedad Anónima, contra el Superintendente y el Comité de Apelaciones, ambos de la Superintendencia del Sistema Financiero, en la que, entre otros aspectos, decidió declarar inaplicable el artículo 44 letra b de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), por la supuesta contradicción con los artículos 2, 8, 15 y 86 de la Constitución. La razón es que dicha autoridad no hizo un análisis orientado a la posibilidad de agotar una interpretación conforme con la Constitución del objeto de la inaplicación.

2. *Tome nota* la secretaría de este tribunal del lugar señalado por la autoridad judicial requirente para recibir los actos procesales de comunicación.

3. *Tome nota* la secretaría de este tribunal del lugar señalado y personas comisionadas por el abogado Manuel Arturo Montecino Giralt para recibir los actos procesales de comunicación.

4. *Notifíquese.*

A. PINEDA.-----A. E. CÁDER CAMILOT.-----C. S. AVILÉS.-----
C. SÁNCHEZ ESCOBAR.-----M. DE J. M. DE T.-----PRONUNCIADO
POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.-----E. SOCORRO C.-
-----SRIA.-----RUBRICADAS.