



La infrascrita Secretaria del Comité de Apelaciones del Sistema Financiero Certifica: la resolución de las trece horas del día veintinueve de septiembre de dos mil quince, por el Comité de Apelaciones, en el recurso de apelación promovido por la sociedad Mobile Money Centroamérica, Sociedad Anónima de Capital Variable, en el expediente de apelación Ref. CA-17-2015 y que literalmente dice:

“CA-17-2015

COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO. San Salvador, a las trece horas del veintinueve de septiembre de dos mil quince.

Por agregado el escrito presentado el once de agosto del presente año, mediante el cual el señor Superintendente emite opinión sobre el presente recurso de apelación.

Vistos en apelación la resolución pronunciada por el Superintendente del Sistema Financiero a las trece horas con treinta y un minutos del diecisiete de febrero de dos mil quince, en el procedimiento administrativo sancionador de referencia PAS-042/2014 promovido contra **MOBILE MONEY CENTROAMÉRICA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE**, que puede abreviarse **MOBILE MONEY CENTROAMÉRICA, S.A. DE C.V.**, mediante la cual sancionó a la referida sociedad con multa de veintitrés mil trescientos diez dólares (US\$23,310.00) por la infracción al art. 4 de la Ley de Bancos; y el acto que resuelve no ha lugar el recurso de rectificación, emitido a las catorce horas y diez minutos del veintinueve de junio del presente año.

Y CONSIDERANDO:

I.- Que el licenciado Héctor Ramón Torres Córdova, en calidad de representante legal de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V., interpuso recurso de apelación contra las resoluciones antes citadas, basando su inconformidad en los siguientes motivos:

a) Violación al principio de legalidad

La sociedad recurrente argumentó que, aun cuando la Superintendencia del Sistema Financiero (en adelante SSF) tiene la facultad de sancionar a cualquier entidad que contravenga lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de Bancos (LB), ésta puede hacerlo únicamente cuando el administrado haya incurrido en la prohibición establecida en dicha

norma, circunstancia que no se ha verificado en el presente caso pues, a su juicio, no se ha comprobado que la apelante utilice la palabra “banco” o “financiera” o que haga uso de carteles, avisos o propaganda que indique que el giro del negocio es bancario o financiero.

Además, la sociedad apelante consideró que con la imposición de la multa se ha violentado la seguridad jurídica, pues la sociedad recurrente no ha llevado a cabo la conducta descrita por el art. 4 LB, que la Superintendencia no fue capaz de demostrar fielmente dentro del proceso sancionatorio la realización del hecho descrito en la norma base de la sanción.

b) Violación al principio de tipicidad

La sociedad apelante expuso que el principio de tipicidad, como vertiente del principio de legalidad, impone el mandato de plasmar explícitamente en la norma los actos u omisiones que constituyan ilícitos administrativos, así como sus consecuencias represivas. El quebrantamiento a dicho principio puede darse cuando el comportamiento sancionado no se identifique claramente con el descrito en la norma, cuando la norma tipificadora no esté vigente o cuando haya falta de tipificación de la acción u omisión concreta.

Asimismo, también se violenta dicho principio con las tipificaciones imprecisas y ambiguas, con fórmulas abiertas, cláusulas de extensión analógica o conceptos jurídicos indeterminados que no sea posible llenar de contenido. En esa orientación, agrega, que el principio de tipicidad es un presupuesto para el ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración, la que requiere no solo que el acto u omisión castigados se hallen claramente definidos como infracción en el ordenamiento jurídico sino también la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad.

A continuación, citó jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en que se resalta el asidero constitucional del principio de tipicidad en los principios de legalidad y seguridad jurídica, los cuales constituyen límites a la potestad sancionadora según los cuales, para la imposición de sanciones, se requiere la necesaria existencia de una



norma previa en la que se describa de manera clara, precisa e inequívoca la conducta objeto de sanción, coincidiendo con la exigencia clásica de lex certa y el “principio de determinación precisa” y más recientemente “principio de taxatividad”, ligados íntimamente a la seguridad jurídica y a la reducción del arbitrio de la Administración en la aplicación del derecho. Manifestó que en el proceso administrativo sancionador no se comprobó que la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. haya incumplido el art. 4 LB, pues su giro no es bancario y los servicios que presta corresponden a colecturía bajo la marca “Mobile Money”, lo que se puede extraer de las notas cruzadas con el Banco de Fomento Agropecuario (BFA) cuando describe los servicios antes relacionados y la marca bajo la cual se operaría.

Además, señaló que en la escritura de constitución de la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. consta la finalidad de dicha sociedad, la cual nada tiene que ver con el giro bancario; mientras que la relación de la sociedad apelante con Mobile Money America's Corp y con IBanco Corp. se hizo del conocimiento del BFA, así como el hecho de que dichas compañías son propietarias de la marca “m-banco”, pero operan en El Salvador por medio de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. con la marca “mobile money”, situación por la cual se registró la marca “m-banco” para IBanco Corp por el derecho de prioridad con que contaba respecto a la misma, habiendo sido traspasada a la sociedad recurrente como una forma usual de protección que las compañías extranjeras utilizan para sus marcas en otros países.

Añadió que el registro de una marca no implica su uso y que nunca se utilizó la palabra “banco” ni la marca “m-banco” por parte de la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V., por lo que se ha violado el principio de tipicidad en la medida que, insistió, no ha hecho uso mediante avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio para indicar que su giro es bancario ni tampoco ha hecho propaganda con la expresión “banco” y bajo ningún caso ha utilizado la palabra “banco” como denominación. Por todo lo anterior, la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. no ha realizado la conducta típica y no puede ser sancionada.

c) Violación al principio de proporcionalidad de la pena

La sociedad apelante señaló que el principio de proporcionalidad se encuentra en estrecha relación con la potestad discrecional de la Administración pues en virtud del mismo deben de tomarse en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas para graduar la sanción a imponer, esto para evitar la arbitrariedad y garantizar el apego a los parámetros que la ley establece.

A continuación distinguió la discrecionalidad de la arbitrariedad, consistiendo la primera en la actuación que está regida por normas legales; mientras que la segunda corresponde a una actuación que no tiene ni reconoce límites distintos a la propia voluntad del funcionario. En el anterior contraste adquiere especial relevancia la motivación por medio de la cual la Administración debe expresar las razones que la llevaron a tomar cierta decisión, con lo que el administrado puede saber con qué criterios la autoridad tomó su decisión a efectos de impugnarla.

Citó jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la que se aborda el tema del “marco punitivo genérico”, por medio del cual se establecen los límites mínimos y máximos dentro de los cuales la Administración debe determinar la sanción a imponer una vez establecida la infracción, mediante la ponderación de las circunstancias particulares y ajustándose a los parámetros legales.

En este orden, alegó que en las resoluciones impugnadas no se establece cuáles fueron los parámetros para determinar la cuantía de la multa, irrespetando así el principio de proporcionalidad pues carece de motivación. Por lo anterior, mencionó que da la impresión que se trata de un acto arbitrario ya que solo se ha tomado en cuenta la voluntad del funcionario para tomar la decisión, sin observar lo estipulado en el art. 50 LSRSF.

Finaliza observando que el art. 50 LSRSF prevé que para establecer la cuantía de una multa se tendrán en cuenta las declaraciones de IVA y renta, de las cuales fueron presentados comprobantes de las mismas a cero, por lo que la multa impuesta resulta excesiva de acuerdo a la capacidad económica de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V.



d) De la prueba y su valoración

Consideró la sociedad apelante que la Administración, para imponer sanciones, debe tener la certeza de que el sujeto a quien se le impondrá efectivamente incurrió en el supuesto de hecho que la norma describe. Para lograr lo anterior, con la prueba que se vierte en un proceso sancionador se debe comprobar que la conducta descrita se ha realizado, en orden de garantizar la presunción de inocencia del presunto infractor (art. 12 de la Constitución).

Expresó que la Administración tiene la obligación de valorar la prueba y abstenerse de sancionar cuando la conducta realizada no coincida con el supuesto de hecho de la ley para garantizar el respeto a la presunción de inocencia en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Uno de los efectos de dicha presunción es el desplazamiento de la carga de la prueba a la Administración, quien es la encargada de conseguir la prueba que inculpe al administrado y este último será quien presente elementos de descargo en el momento procesal oportuno.

A continuación, citó doctrina en la que se sostiene que la presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que debe ser desvirtuada a través de una actividad probatoria producida con todas las garantías procesales, la cual debe ser suficientemente incriminatoria para destruirla y fundamentar así la sanción. Dicha prueba debe también cumplir con los requisitos de licitud y autenticidad, debiendo ser valorada, en todo caso, de conformidad a la sana crítica o según la ley establezca. El art. 50 LSRSF establece cuáles serán los elementos que se deberán tener en cuenta al momento de imponer la sanción, siendo estos la gravedad del daño o del probable peligro, el efecto disuasivo en el infractor, la duración de la conducta y al reincidencia en la misma. Los anteriores parámetros, alegó, no han sido observados por el Superintendente en su resolución puesto que no se ha pronunciado respecto a la gravedad del daño o del probable peligro que la actuación que se le imputa habría causado ni quiénes serían los afectados así como tampoco se consideró la duración de la supuesta conducta o su reincidencia.

A continuación dividió su análisis respecto a la valoración de la prueba de la siguiente manera:

i) De la errónea valoración de la carta del 27 de enero de 2014

La sociedad apelante sostuvo que la carta enviada por el Banco de Fomento Agropecuario (en adelante BFA) a la Superintendencia se tomó como base para iniciar el proceso sancionatorio y para imponer la sanción por violar el art. 4 LB. Sin embargo, en dicha carta nunca se hace referencia a la palabra “banco”, “financiera” o a un giro bancario o financiero de la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V., de manera que no existió ningún daño emergente o latente con la relación privada que se pretendía establecer, por lo cual no encaja dentro de los supuestos que la ley exige para la imposición de la multa, el cual es la existencia de un daño que derive directamente de la comisión de la conducta prohibida.

Por lo anterior, considera que se ha valorado erróneamente el contenido de la carta ya mencionada, pues con la misma no se comprueba que la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. pretendió ocupar una marca con las palabras banco o financiera ni que su giro sea de naturaleza bancaria o financiera. A pesar de que no se cuenta con una prueba ni siquiera mínima, la autoridad procedió a imponer la sanción en clara afectación de la presunción de inocencia.

ii) De la errónea valoración sobre el registro de la marca

Según la apelante, ella forma parte de una corporación internacional denominada Mobile Money America's Corp., así como de IBanco Corp., dichas compañías son propietarias de la marca “m-banco” y operan en El Salvador a través de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. con la marca “mobile money”.

Sostuvo que la marca “m-banco” fue autorizada el trece de septiembre de dos mil once en Estados Unidos, por lo que contaba con un derecho de prioridad para la protección de su marca, el cual se ejerció en El Salvador a través de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. Sin embargo, no se ha verificado el uso de la palabra “banco” ni de la marca “m-banco” por parte de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V., ya que el registro de una marca no implica su uso. En ese sentido, no se ha producido ninguna prueba que demuestre fehacientemente que la marca se encuentre en uso pues no es posible deducir tal



actividad del simple registro de la misma, vicio en el que incurrió la Intendenta de Instituciones Estatales de Carácter Bancario en su memorando N° IEF-05/2014.

iii) De la errónea valoración del sitio web

Según la recurrente, consta en el expediente sancionatorio el supuesto hallazgo de un portal web cuyo dominio se atribuye a “m-banco mobile money”, así como el uso de la marca m-banco en dicho sitio web según se explica en el Informe No. BE-24/2014. Sin embargo, el dominio www.m-banco.com pertenece a la sociedad estadounidense IBanco Corp., quien en dicha página de internet describe sus operaciones a nivel mundial y, en uno de sus apartados, aparece la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. como contacto. Por lo tanto no es que la referida sociedad esté utilizando la marca m-banco, pues el titular del sitio web y de la marca es IBanco Corp., mientras que la apelante aparece únicamente como contacto en El Salvador.

Por lo tanto, la sanción impuesta resulta ilegal ya que no se ha determinado que el dominio www.m-banco.com sea propiedad de Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. y tampoco se ha establecido la forma en que supuestamente se está haciendo uso de dicho dominio para vulnerar el art. 4 LB.

II. Mediante auto de las nueve horas del veintisiete de julio del presente año, se admitió el recurso de apelación interpuesto, se suspendieron los efectos del acto impugnado y se mandó a escuchar al Superintendente del Sistema Financiero en atención a lo previsto en el art. 67 inciso final de la LSRSF.

El Superintendente contestó la audiencia conferida mediante escrito presentado el once de agosto del presente año, en los términos siguientes: a) Con relación a la supuesta violación al principio de legalidad, manifestó que, según jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, el *ius puniendi* del Estado se entiende como la capacidad de ejercer un control social coercitivo ante lo tipificado como ilícito y una de sus manifestaciones es la potestad administrativa sancionadora, la cual encuentra sus fines, postulados y principios rectores en la Constitución, dentro de los que se encuentran el principio de legalidad, lesividad del bien jurídico, culpabilidad y non bis in ídem, entre otros. El principio de

legalidad, en específico, se concreta en las exigencias de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*. Agregó que al examinar el procedimiento administrativo sancionador que dio origen a las resoluciones impugnadas puede efectivamente verificarse que la Superintendencia ha dado estricto cumplimiento a todos los elementos que conforman el principio de legalidad, basando su proceder en las facultades que la ley le otorga y sancionando la infracción por medio del proceso respectivo con todas las garantías que asisten al administrado y emitiendo una resolución razonada del análisis integral de la prueba.

b) En cuanto a la supuesta violación al principio de tipicidad, reiteró los argumentos vertidos en las resoluciones impugnadas, en cuanto a que la infracción impuesta a Mobile Money se encuentra debidamente fundamenta en derecho pues se determinó fehacientemente que se incurrió en incumplimiento a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de Bancos por el uso de la denominación “Banco”, sin contar con la autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero. Además, señaló que en el procedimiento respectivo se comprobó que la titularidad de la marca m-banco corresponde a la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. y que además se determinó el uso de dicha marca por medio de la vinculación entre sujeto y marca, lo que se refleja en la carta remitida por la presidenta del BFA, donde se materializó la función distintiva de la marca. Aunado a lo anterior hizo mención a que la Ley de Marcas es clara al establecer en su art. 41-D cuál será la forma de probar el uso de la misma.

c) En lo correspondiente a la supuesta desproporcionalidad de la multa impuesta, manifestó que para fijar su monto se han tenido en cuenta los límites establecidos en la LB que en su art. 4 señala que “Las infracciones a lo dispuesto en el presente artículo serán sancionadas por la Superintendencia con multas de hasta cuatrocientos salarios mínimos urbanos mensuales, de conformidad al procedimiento establecido en su Ley Orgánica”. Por lo tanto, la multa impuesta se encuentra dentro de los límites previstos por la referida norma legal.

IV. Concluido con el trámite que señala la ley para el recurso de apelación, se procede a emitir la resolución final respectiva.



Las resoluciones objeto del recurso de apelación son las pronunciadas por el señor Superintendente del Sistema Financiero, a las trece horas con treinta y un minutos del día diecisiete de febrero del presente año, mediante la cual sancionó a la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V. y la emitida a las catorce horas y diez minutos del día veintinueve de junio de dos mil quince que declaró no ha lugar el recurso de rectificación presentado por la sociedad sancionada.

El apoderado de la sociedad infractora hace recaer la ilegalidad de las resoluciones apeladas por la vulneración a los siguientes principios: **1. Principio de legalidad, 2. Principio de tipicidad, 3. Principio de proporcionalidad y 4. La errónea valoración de la prueba.**

1. Principio de legalidad

La recurrente alegó que es importante que la Administración inicie procesos administrativos sancionatorios e imponga la correspondiente sanción, solamente en los casos en los que la Ley le habilite, que la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. no es banco ni institución financiera y no ha incurrido en ninguna de las conductas descritas en el art. 4 incisos 1° y 3° de la Ley de Bancos.

Sobre este punto, la Superintendencia expresó que en el procedimiento administrativo sancionatorio que dio origen a las resoluciones impugnadas puede efectivamente verificarse que la Superintendencia ha dado estricto cumplimiento a todos los elementos que conforman el principio de legalidad, por cuanto ha basado su proceder en las facultades otorgadas por la ley, sancionando la infracción verificada por medio del proceso respectivo, de una disposición contenida en la Ley de Bancos.

Expresados los argumentos de la recurrente y la justificación brindada por el Superintendente, este Comité estima necesario hacer referencia al contenido del principio de legalidad, según la Sala de lo Contencioso Administrativo, *“El principio de legalidad se desenvuelve en dos vertientes: una formal, que suele denominarse exigencia de reserva legal, y otra material, conocida como mandato de tipificación legal.”* (Sentencia definitiva de referencia 249-2012, del 19 de noviembre de 2014).

El recurrente fundamentó la violación al principio de legalidad en cuanto a que no se comprobó fehacientemente que la sociedad Mobile Money Centroamérica haya cometido las infracciones previstas en el art. 4 LB, por lo tanto, sus argumentos se dirigen a la vulneración de la vertiente material del principio de legalidad, es decir, la vulneración al mandato de tipificación legal o a la errónea adecuación de la infracción.

En este sentido, por ser el principal argumento de la transgresión al principio de legalidad la no comisión de la infracción del art. 4 LB, este Comité estima conveniente resolver sobre lo alegado en el siguiente apartado en el cual se conocerá sobre la vulneración del principio de tipicidad.

2. Principio de tipicidad

La sociedad apelante manifestó que ha existido violación al principio de tipicidad por falta de subsunción de los hechos, según la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V. *“no se ha comprobado fehacientemente que MMC (sic) ha incumplido el artículo 4 de la Ley de Bancos, al utilizar la palabra ‘Banco’ en su marca de servicios; no se ha realizado propaganda que utilice las expresiones ni denominaciones con la palabra ‘Banco’”*.

Ahora bien, es oportuno aclarar que la Superintendencia motivó el cometimiento de una sola infracción administrativa indistintamente por el uso de la denominación banco sin autorización de la Superintendencia y además, por ofrecer al público los servicios de colecturía de pagos haciendo uso de la marca registrada la cual se denomina “m-banco”, el fundamento jurídico de la sanción fue la vulneración a los incisos 1° y 3° del art. 4 LB.

Con la finalidad de determinar qué conductas se sancionaron y con base en qué normativa, se considera oportuno, primero, exponer de forma breve lo que jurisprudencialmente se entiende como tipo infractor administrativo, y posteriormente, hacer un análisis de las infracciones imputables a la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A de C.V.



Según la Sala de lo Contencioso Administrativo:

“... el tipo sancionador compone una configuración descriptiva de un conjunto de elementos objetivos y subjetivos en torno a la conducta exteriorizada por los sujetos de derecho, cuya realización apareja una consecuencia jurídica, también delimitada.

El tipo -administrativo sancionador- se encuentra conformado, de un lado, por la descripción de la conducta típica, es decir, la parte objetiva, y del otro, por la parte subjetiva conformada por el dolo o la culpa(...)

La parte objetiva del tipo es el aspecto externo de la conducta, se trata del hecho descrito en la norma y cuya trasgresión acarrea la consecuencia jurídica sancionatoria. Por otro lado, la parte subjetiva del tipo es el aspecto interno de la conducta y se encuentra integrada, como se afirmó, por el dolo o la culpa.” [Sentencia definitiva referencia 325-2012, del 8 de diciembre de 2014].

El art.4 LB crea diferentes tipos administrativos infractores cada uno de ellos con sus propios elementos objetivos determinados claramente y cuya trasgresión acarrearía una sanción administrativa. Los incisos 1° y 3° del referido artículo tipifican infracciones independiente y así deberán ser desarrolladas por el Comité con el objetivo de aclarar la distinción entre ambas infracciones administrativas y de esta forma garantizar que el administrado conozca con certeza cuáles son los hechos por los que en esta sede administrativa se tenga por acreditada o no la existencia de una infracción administrativa.

a. Infracción al inciso 1 del art. 4 LB.

El inciso 1° del art. 4 LB regula que: *“La denominación “Banco” será exclusiva y de uso obligatorio a las instituciones autorizadas para funcionar como tales conforme a esta Ley. Ninguna entidad que no hubiere sido autorizada por la Superintendencia o por una ley especial podrá usar dicha denominación o una derivación de la misma; tampoco podrá usar la de “Financiera”.*

Los elementos objetivos del tipo se comprenden claramente de la siguiente manera, el sujeto activo del tipo podrá ser cualquier persona, no es necesario que se encuentre en el

listado del art. 7 de la LSRSF, la conducta ilícita es la de usar como denominación la palabra “banco” sin la autorización de la Superintendencia o utilizar la palabra “financiera”.

Se debe entender por denominación, el nombre, bajo denominación de una sociedad el cual se forma libremente, sin más limitaciones que la de ser distinta de la de cualquier otra sociedad existente, e irá inmediatamente seguida de las palabras o abreviaturas que identifique la especie de sociedad a que se refiere.

El utilizar la denominación banco tiene aparejada la correspondiente sanción prevista en el inciso 5° del art. 4 LB: *Las infracciones a lo dispuesto en el presente Artículo serán sancionadas por la Superintendencia con multas de hasta cuatrocientos salarios mínimos urbanos mensuales.*

Ahora bien, en el caso concreto, según la resolución sancionatoria de la Superintendencia, *“se concluye que la sociedad Mobile Money, S.A de C.V., incurrió en el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Bancos, en cuanto hizo uso de la denominación banco, sin contar con la autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero”.*

Consta en el expediente como prueba de cargo la carta emitida por la presidente del BFA (fs. 5 y 6 del expediente PAS 042/2013), en donde se hace referencia a la denominación de la sociedad apelante de la siguiente manera: *Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. (m-banco); Mobile Money (m-banco)*, sin embargo, este Comité coincide con lo expresado por la sociedad apelante en el escrito de apelación en el hecho que la referida carta no proviene ni fue emitida por Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V., en este sentido, este Comité considera que dicha prueba no demuestra que la sociedad Mobile Money Centroamérica haya hecho uso de la denominación Banco.

Como prueba de descargo, la sociedad apelante presentó copia certificada de la escritura de constitución (de fs. 32 al 38 del PAS-042/2014), de la sociedad **MOBILE MONEY CENTROAMÉRICA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE**, pudiéndose abreviar como **MOBILE MONEY CENTROAMERICA, S.A. de C.V.**, no configurándose en este documento la incorporación de la palabra Banco en su denominación.



De igual forma, de la valoración grupal de la prueba documental que consta en el expediente sancionador no se aprecia que la sociedad Mobile Money Centroamérica haga uso de la palabra Banco, o m-banco bajo su denominación social. En consecuencia, se desestima la infracción atribuida al concluirse que no existe prueba sobre la misma.

b. Infracción al inciso 3° del art. 4 LB.

El inciso 3° del art. 4 LB determina que: *“Ninguna persona natural o jurídica que no esté legalmente autorizada podrá hacer uso de avisos, carteles, recibos, membretes, títulos o cualquier otro medio que indique que su negocio es del giro bancario. Tampoco podrá hacer propaganda que utilice las expresiones de “banco” o de “financiera”.*

Los elementos objetivos del tipo se comprenden claramente de la siguiente manera, el sujeto activo en este caso puede ser cualquier persona, de igual manera que en la infracción anterior, no es necesario que se encuentre en el listado del art. 7 LSRSF, en cuanto a la conducta ilícita, esta puede presentarse en dos supuestos, el primero, el hacer uso de avisos, carteles, entre otros, que indiquen que el giro del negocio es bancario; y por otro lado, el hacer propaganda que utilice expresiones de “banco” o de “financiera”.

En el presente caso, la Superintendencia sancionó a la sociedad con base en el siguiente fundamento: *“...se ha comprobado fehacientemente por medio de la documentación relacionada, que Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V. ha ejecutado la acción sancionada en la Ley de Banco, verificándose que al momento de ofrecer al público sus servicios de colecturía de pagos por medio de una cuenta de depósitos, hizo uso de su marca registrada la cual denomina “m-banco”(…) Asimismo, que al realizar la búsqueda por medio de internet del nombre “Mobile Money” los resultados indican de manera inequívoca que se trata de la misma marca registrada a favor de la sociedad Mobile Money Centroamérica, S.A. de C.V., siendo además, que en el apartado “contact us”, se muestra de manera clara el nombre de la administrada y una dirección de contacto de la misma, lo que ha permitido determinar sin lugar a dudas que la administrada está haciendo uso de la marca en cuestión”.*

La prueba de cargo que sustenta la infracción y que consta en el expediente sancionador es la siguiente:

- Impresiones del sitio web www.m-banco.com presentadas por el BFA. (Fs.17 al 20 del PAS-042-2014)
- Acta suscrita por el licenciado Francisco Díaz Barraza, por medio del cual se deja constancia del hallazgo de un portal web, cuyo dominio se atribuye a m-banco mobile money. (f.23 del PAS-042/2014).
- Copia certificada de la inscripción m-banco traspasada a nombre de la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V.

Según consta en el acta de inspección, en el sitio web www.m-banco.com se observa las palabras “m-banco” en letras grandes y en la parte inferior de ellas “mobile money”, las cuales son idénticas a las plasmadas en los certificados de registros extendidos por el Registro de Propiedad Intelectual. Además, en el contenido de la referida página web se ofrecen servicios de transferencia, depósito y retiro de dinero por medio de cajeros y en general servicios financieros móviles, y finalmente, en las impresiones presentadas por el banco BFA, en el *link contac us* aparece como sede en Centroamérica la sociedad Mobile Money (Centroamérica) S.A. de C.V., quien además, señala la dirección al que se le puede contactar en este país.

Según el inciso final del art. 72 LSRSF, el sistema de valoración de la prueba que rige el procedimiento administrativo sancionador en el sistema financiero es la sana crítica, con la prueba pertinente que ha sido relacionada y valorada por este Comité, se pueden identificar la concurrencia de los siguientes hechos.

- a.) Que existe una página web bajo la dirección electrónica www.m-banco.com, en la que se ofrece servicios de carácter financiero, transferencias electrónicas, depósito de dinero, entre otros.
- b.) Que en el contenido de la página web www.m-banco.com se encuentra la marca “m-banco mobile money”, la que está inscrita a favor de la sociedad apelante en el Registro de la Propiedad Intelectual en El Salvador.
- c.) Que en el apartado *contac us* de la referida página web aparece como sede en Centroamérica “Mobile Money (Centroamérica) S.A. de C.V. Col. y pasaje Santa Mónica # 19. San Salvador, El Salvador”.



Ahora bien, corresponde analizar la relación entre estos hechos probados y la conducta ilícita que prevé el inciso 3° del art. 4 de la Ley de Bancos.

Del conjunto de prueba se concluye que en la página web www.m-banco.com se hace uso de propaganda con la palabra “m-banco” para la promoción de servicios financieros y que para contratar esos servicios en Centroamérica es necesario contactar a la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V., por lo que se deduce que esta sociedad es la que hace propaganda de sus servicios por medio de la expresión “m-banco”.

Errónea valoración de la prueba

La sociedad apelante alegó en un apartado por separado la errónea valoración de la prueba, sin embargo, se considera oportuno relacionarlo en el análisis de la tipicidad pues la valoración de la prueba que consta en el presente expediente es la que conducirá a determinar la existencia o no de la infracción al inciso 3° del art. 4 LB.

En relación con la certificación de la inscripción de la marca “m-banco Mobile Money” la sociedad apelante expresó que el hecho de tener registrada la marca “m-banco” no significa que la sociedad Mobile Money Centroamérica la utilice.

En relación con el sitio web www.m-banco-com, la sociedad apelante manifestó que *“quién es propietario de dicho sitio web es una compañía extranjera, que no se ha determinado bajo ningún medio que el dominio www.m-banco.com es propiedad de mi representada, mucho menos se ha establecido que MMC esté usando dicho dominio para promocionar o hacer alusión a un negocio bancario a través de dicho portal.”*

La Superintendencia expresó que la Ley de Marcas es clara al establecer en el artículo 41-D, cuál será la forma de probar el uso de la misma. El respectivo establece *“el uso de la marca se acreditará por cualquier medio de prueba admisible que demuestre que la marca se ha usado efectivamente (...). También constituye uso de la marca, la promoción publicitaria de la misma, por cualquier medio, aunque los productos o servicios identificados con la misma no estén siendo comercializados todavía en el país.”*

Sobre los argumentos expuestos por el apelante, este Comité aclara que el hecho de que el sitio web www.m-banco.com se encuentre a nombre de Ibanco Corp, no significa que Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V. no pueda hacer propaganda en esa página web, en la actualidad es habitual la existencia de sitios web que su principal función es servir como medio de comunicación para la oferta de bienes y servicios en internet, en este sentido, no es necesario tener el dominio de un sitio web para hacer propongna en el mismo, por lo tanto, no es válido el alegato expuesto.

En relación con la copia certificada de la inscripción de la marca “m-banco” traspasada a favor de la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V., este Comité coincide con la sociedad apelante en el sentido que la inscripción de una marca no significa su uso. Sin embargo, valorando en su conjunto la página web y las referidas certificaciones, si existe una conexión entre la sociedad Mobile Money Centroamérica, con los servicios financieros ofrecidos que se promocionan con la marca “m-banco Mobile Money” en el sitio web relacionado.

En este sentido, correspondería confirmar la existencia de la infracción cometida por la sociedad Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V. al inciso 3° del art. 4 LB.

3. Principio de proporcionalidad

La sociedad apelante alegó que *“en las resoluciones impugnadas no se establecen cuáles fueron los parámetros que se tomaron en cuenta para determinar la cuantía de la multa, con lo cual no se ha respetado la finalidad del principio de proporcionalidad, ya que carece de total motivación”*.

Continuó manifestando la sociedad apelante, que *“el hecho que no se haya establecido en las resoluciones cuáles fueron los motivos que el superintendente tomó en consideración a la hora de interponer la cuantía de la multa, da la impresión de un acto arbitrario, ya que solo ha tomado en cuenta la voluntad de dicho funcionario a la hora de tomar la decisión, irrespetando de tal forma lo estipulado en el art.50 de la LSRSF”*.

En la resolución sancionatoria emitida por la Superintendencia, consta el apartado “C. Determinación de la Cuantía de la Multa a Imponer”, en el cual se hace referencia a la



jurisprudencia nacional, internacional y a la doctrina sobre la *“aplicabilidad general de los principios y garantías fundamentales del derecho penal público, en la actividad administrativa sancionatoria del Estado.”* Asimismo, se relaciona el contenido del art. 50 de la LSRSF.

En lo pertinente al caso en concreto, para fijar el monto de la sanción, la Superintendencia *“aclara que en virtud de la sujeción a la ley, la Administración Pública, solo puede actuar sobre la base de una norma previa que la habilite (...). En este sentido, esta Superintendencia debe atender a los límites establecidos en la Ley de Bancos, mismas que en su artículo 4, inciso 5° señala que: las infracciones a lo dispuesto en el presente artículo serán sancionados por la Superintendencia con multas hasta cuatrocientos salarios mínimos urbanos mensuales.”*

Previo a resolver sobre las alegaciones presentadas por la sociedad apelante en este caso, se estima conveniente hacer referencia a los conceptos de potestad administrativa, potestad reglada y potestad discrecional y su influencia en la motivación de las resoluciones administrativas.

Las potestades administrativas proceden directamente del ordenamiento jurídico, según Eduardo García de Enterría:

“...la potestad es siempre derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto.”
(García de Enterría, E. Curso de Derecho Administrativo I, p. 435).

Según el citado autor, *“la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias (...); o bien por el contrario, definiendo la Ley (...) algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones (...). El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente. En cambio, el ejercicio de las potestades discrecionales de la*

Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con las que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o de su contenido particular”.

Según la Sala de lo Contencioso Administrativo, *“La potestad discrecional de la Administración implica el poder de libre apreciación que ésta tiene por facultad de ley, a efecto de decidir ante ciertas circunstancias o hechos cómo ha de obrar, si debe o no obrar, o qué alcance ha de dar a su actuación, debiendo siempre respetar los límites jurídicos generales y específicos que las disposiciones legales establezcan.”* (Sentencia Definitiva referencia 48-2009, del doce de marzo de 2015).

Los actos dictados en ejercicio de potestades discrecionales son controlables a través de sus elementos reglados, para el caso de la potestad sancionadora atribuida a la Superintendencia en el art. 4 LB, esta es discrecional porque permite una estimación subjetiva de la Superintendencia para determinar el monto de la multa, el cual debe de oscilar entre cero a cuatrocientos salarios mínimos. Ahora bien, esta facultad discrecional se debe someter a los parámetros reglados que prevé el art. 50 LSRSF.

Los elementos reglados que obligatoriamente debe considerar la Superintendencia al imponer una multa, cuando tiene un margen discrecional, son los siguientes: la gravedad del daño o del probable peligro a quienes podrían resultar afectados por la infracción cometida, el efecto disuasivo en el infractor respecto de la conducta infractora, la duración de la conducta infractora y la reincidencia de la misma, en los casos en que ésta no haya sido considerada expresamente por el legislador para el establecimiento de la sanción respectiva y cuando la sanción a imponer sea una multa, deberá tomar en consideración la capacidad económica del infractor.

El análisis de los elementos reglados que establece el art. 50 LSRSF debe ser motivado en la resolución sancionatoria, de esta forma se garantiza que el administrado tenga conocimiento de las valoraciones que llevaron a la Superintendencia a imponer un monto de multa determinado.



La motivación en este caso cumpliría con la finalidad de dotar de elementos suficientes que convenzan al administrado de que la sanción impuesta es legal o por el contrario, otorgar elementos que permitan una adecuada impugnación del acto sancionatorio en ejercicio de su derecho de defensa.

Como se ha relacionado, en la resolución sancionatoria impugnada existe un apartado específico de determinación de multa a imponer, sin embargo, en el mismo no se encuentra motivación alguna sobre el análisis de los parámetros reglados que establece el art.50 LSRSF para determinar el monto de la multa.

Sobre la falta de motivación por parte de la Superintendencia en la determinación del monto de la multa, es importante hacer referencia a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la cual se resolvió sobre un supuesto similar, en ese precedente judicial se determinó que *“... si bien es cierto el artículo 37 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Sistema Financiero es la base legal para fijar multas por infracciones a la Ley de la materia, (...) se observa que el acto emitido por la Superintendencia del Sistema Financiero no establece que parámetros utilizó para fijar el monto de la sanción, es decir, a nuestro criterio si existió violación a los principios de legalidad y tipicidad al no haber establecido cuáles fueron los métodos o parámetros que lo llevasen a concluir que la sanción por la cantidad de un mil dólares se encuentran dentro del dos por ciento sobre capital o reservas.”* [Sentencia definitiva 31-2007, del 11 de abril de 2011].

Por todo lo anterior, este Comité es del criterio que la falta de motivación expuesta es grave considerando su incidencia en el ejercicio del derecho de defensa del administrado. La Administración pública se encuentra principalmente obligada a motivar sus resoluciones en aquellos casos que emitan actos administrativos de gravamen y, además, sean consecuencia del ejercicio de una potestad discrecional. La omisión de motivación en el presente caso es un vicio que afecta la legalidad del acto, por lo tanto, es procedente revocar la sanción impuesta por la infracción cometida al inciso 3° del art. 4 LB.

POR TANTO: Con base en los razonamientos expuestos, y en los arts. 66 y 67 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, este Comité **RESUELVE:**

REVÓCASE las resoluciones emitidas por la Superintendencia del Sistema Financiero, a) emitida a las trece horas con treinta y un minutos del diecisiete de febrero de dos mil quince, mediante la cual sancionó a la sociedad **Mobile Money Centroamérica S.A. de C.V.** con multa de veintitrés mil trescientos diez dólares (US\$23,310.00) por la infracción al art. 4 de la Ley de Bancos; y b) la resolución que resolvió declarando no ha lugar el recurso de rectificación, emitida a las catorce horas y diez minutos del veintinueve de junio del presente año.

Devuélvase oportunamente el expediente de referencia PAS-042/2014 a la Superintendencia del Sistema Financiero.

La presente resolución agotada la vía administrativa, en consecuencia no admite recurso alguno en esta sede.

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. Archívese el presente expediente de apelación. **NOTIFÍQUESE.**

---FA Peña R--- MIarios--- RMarion---JZ--- CEL---PRONUNCIADA POR LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE APELACIONES DEL SISTEMA FINANCIERO QUE LA SUSCRIBEN---CEL---”

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

Secretaría Comité de Apelaciones del Sistema Financiero



RECIBIDO
DIRECCIÓN DE ASUNTOS
FINANCIEROS
Superintendencia del Sistema Financiero

<input checked="" type="checkbox"/>	Original
<input type="checkbox"/>	Fotocopia
<input type="checkbox"/>	Fax
<input type="checkbox"/>	Correo electrónico

Fecha: 05/10/15 Hora: _____
Firma: *Wendy Guillen*