



165

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

PAS-005/2019

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: San Salvador, a las ocho horas con treinta minutos del día seis de enero de dos mil veinte.

El presente procedimiento administrativo sancionador, se inició de manera oficiosa, mediante auto dictado a las diez horas con cincuenta y cinco minutos del día siete de enero de dos mil diecinueve, en contra de la sociedad SGB FONDOS DE INVERSIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN, en adelante también referida como la Gestora o la Supervisada, con el propósito de determinar si existe o no responsabilidad administrativa respecto a las supuestas infracciones relacionadas en los Memorandos DFI-146/2018 e IVC-077/2018, junto con sus respectivos anexos, de fechas nueve y once de octubre de dos mil dieciocho, respectivamente, remitidos por la Intendencia de Valores y Conductas de esta Superintendencia, las cuales se detallan de la forma siguiente:

### I. PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS

#### I.1 Presunto incumplimiento de SGB Fondos de Inversión, Sociedad Anónima Gestora de Fondos de Inversión al artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03)

La supuesta infracción se configura en razón que, según el memorándum DFI-146/2018, de fecha nueve de octubre de dos mil dieciocho, se informó que mediante muestra de las operaciones de inversión de los fondos de inversión administrados por dicha sociedad, se observó la existencia de operaciones en que se giraron instrucciones a las instituciones de inversión correspondientes, para que se ejecutaran operaciones de inversión por una persona diferente al administrador de inversiones, quien es el responsable de dicha función, y quien ha sido autorizado por esta Superintendencia para desempeñar dicha labor y que a la vez se ha revelado en los prospectos de los fondos como el responsable de la administración de los mismos.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Entre los ejemplos se mencionan los siguientes:

Autorización a SGB Casa de Corredores a la compra de PBSARAM2-4 por US\$954,166.67 (Anexo 3) y Depósito a plazo fijo en Banco Azul de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete por US\$750,0000 (renovación) (Anexo 4); ambas transacciones fueron instruidas por la señora Emperatriz Hernández, en calidad de asistente de Gerencia General.

**I.2 Presunto incumplimiento de SGB Fondos de Inversión, Sociedad Anónima Gestora de Fondos de Inversión al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión (NDMC-13).**

El presunto incumplimiento se configura en razón que, según consta en el Informe DFI-146/2018, existen quejas reiterativas de partícipes por no recibir sus estados de cuenta, y aún cuando este tipo de reclamos es recurrente, no existe evidencia que se hayan tomado medidas correctivas de esta situación.

Según se informó, ante la respuesta de la entidad, se confirmó la observación al declarar que son 41 eventos registrados, que representan un 5.88% los que presentaron el problema del total de los partícipes, en las quejas y reclamos presentados durante el año 2017; representando este evento el más recurrente, y se evidencia que la entidad no tomó las medidas correctivas oportunamente, ante un deficiente control interno, ya que no se contaba con un mecanismo de confirmación sobre la recepción de estos, sino sólo un control de envíos.

## II. TRAMITACIÓN DEL PROCESO SANCIONATORIO

II.1 Visto el contenido de los memorandos antes citados y la documentación probatoria anexa a los mismos, por medio de resolución de inicio de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del día siete de enero de dos mil diecinueve, se ordenó instruir el presente procedimiento administrativo sancionatorio y emplazar a la sociedad supervisada para que se pronuncie respecto de los presuntos



166

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

incumplimientos atribuidos. Del emplazamiento realizado a la supervisada se dejó constancia en acta de las once horas y diez minutos del día treinta de enero de dos mil diecinueve (Folio 52).

II.2 La supervisada hizo uso de su derecho de audiencia, compareciendo en el presente procedimiento administrativo sancionatorio a través de sus Apoderados Generales Extrajudiciales Licenciados Julio Enrique Vega Álvarez y Karla María Fratti de Vega, por medio de escrito de fecha doce de febrero de dos mil diecinueve, presentado ese mismo día en esta Superintendencia, por medio del cual alegaron inaplicabilidad, falta de tipicidad, imposibilidad de sancionar con base en una normativa, inexistencia de una injerencia en la administración de las inversiones por persona no autorizada, inexistencia de daño y medidas tomadas a raíz de la observación realizada por la SSF. Asimismo aportó prueba documental de descargo (Folios 53-139).

II.3 Por resolución de las ocho horas con treinta minutos del día doce de marzo de dos mil diecinueve, se tuvo por parte a los licenciados Julio Enrique Vega Álvarez y Karla María Fratti de Vega, se agregó documentación, se ordenó la apertura a pruebas y se requirió a la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia, determinar la capacidad económica de la supervisada con base a los estados financieros auditados al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho (Folios 140).

II.4 Mediante escrito de fecha veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, los apoderados de la supervisada, evacuaron el traslado conferido en el término probatorio y, solicitaron se aceptara como prueba de descargo la que se adjunta al citado escrito, y que se valore la prueba aportada con el escrito de contestación del emplazamiento (Folios 142- 155).

II.5 Por medio del Informe No. DAE-114-2019, de fecha once de abril de dos mil diecinueve de la Dirección de Análisis de Entidades de esta Superintendencia,



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

remitió el análisis de la capacidad económica de la supervisada, con referencia al treinta de diciembre de dos mil dieciocho (Folio 158).

II.6. Mediante resolución de las ocho horas con treinta minutos del día quince de abril de dos mil diecinueve, se agregó el informe y el escrito con sus anexos relacionados en los numerales II.4 y II.5 de la presente resolución. Asimismo se dio por evacuada la audiencia probatoria concedida a la Gestora, y se mandó a emitir la resolución final. (Folio 163).

### III. PRUEBA INCORPORADA AL PROCEDIMIENTO

#### III.1 PRUEBA DE CARGO

a) **Memorándum No. IVC-077/2018**, de fecha once de octubre de dos mil dieciocho, de la Intendencia de Valores y Conductas de esta Superintendencia, por medio del cual solicita el inicio de proceso administrativo sancionatorio en contra de la Gestora, y se remite el informe que lo justifica. (Folio 1).

b) **Informe Ejecutivo No. DFI-106/2018**, de fecha once de julio de dos mil dieciocho, sobre hallazgos encontrados en la visita de inspección a la Gestora (Folios 3-4).

c) **Memorándum No. DFI-146/2018**, de fecha nueve de octubre de dos mil dieciocho, por medio del cual la Jefe del Departamento de Supervisión de Fondos de Inversión, hace del conocimiento del Intendente de Valores y Conductas de esta Superintendencia de los presuntos incumplimientos de la Gestora (Folios 5-8).

d) **Anexo 1: Nota SAV-DFI-14444**, de fecha diez de julio de dos mil dieciocho, por medio de la cual se remite a la Gestora el informe final de visita de inspección, y se señala en el romano I Eventos de Riesgo Operacional, literal c) de dicho informe, que la Asistente de Gerencia General está realizando actividades que únicamente puede realizar el administrador de inversiones del Fondo de Inversión, como son las de autorizar operaciones y el pago de éstas (Folios 10-20).



167

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

e) **Anexo 2:** Nota de fecha veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, por medio de la cual la Gerente General de la Gestora, remite en documento adjunto a la misma, la respuesta a la nota SAV-DFI-014444, y al romano I Eventos de Riesgo Operacional, literales c) y d) en las cuales la Gestora se justifica ante los señalamientos de la Superintendencia (Folios 22-37).

f) **Anexo 3:** Orden de inversión - autorización a SGB Casa de Corredores a la compra de PBSARAM2-4, en este documento se verifica que la orden de inversión por parte de la Casa Corredora de Bolsa, la suscribe la señora Emperatriz Hernández, quien no se encuentra autorizada como Administradora de Inversiones (Folio 39).

g) **Anexo 4:** Orden de renovación de depósito a plazo fijo Banco Azul, S.A., en la que se observa que la orden de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, se encuentra suscrita por la señora Emperatriz Hernández, Asistente de Gerencia General, quien no se encuentra autorizada como Administradora de Inversiones (Folios 41).

h) **Anexo 5:** Certificación No. 65/2016, del Acuerdo del Consejo Directivo de esta Superintendencia, en sesión N° CD-13/2016, de fecha catorce de abril de dos mil dieciséis, donde se autorizó a la licenciada Julia María Castaneda Hernández como Administrador de Inversiones de la Sociedad **SGB FONDOS DE INVERSIÓN, S.A., GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN**, con lo que se demuestra quien es la persona autorizada para ejecutar los acuerdos de Consejo Directivo, en razón de lo cual debería suscribir la orden de inversión de la casa corredora de bolsa y la renovación de depósito a plazo fijo (Folio 43).

i) **Anexo 6:** Prospecto de colocación, en el cual en el apartado 7.3.3 Administrador de Inversiones, establece: "Es la persona designada por la Junta Directiva para el manejo del portafolio administrado observando las políticas de inversión establecidas en el Reglamento Interno de cada uno de los Fondos de Inversión, los lineamientos vertidos por el Comité de Inversiones, así como el cumplimiento de la



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

normativa legal aplicable. El cargo de Administrador de Inversiones será desempeñado por: Licda. Julia María Castaneda Hernández” (Folio 45).

j) **Anexo 7:** Bitácora de quejas por la no recepción de estados de cuenta, con la que se demuestra la existencia de 86 incidentes de quejas de los partícipes por no recibir sus estados de cuenta (Folio 47).

### III.2 PRUEBA DE DESCARGO

a) **Anexo 2:** Copia de la nota SAV-DFI-020722, de fecha once de octubre de dos mil dieciocho, remitida por esta Superintendencia a la Gestora, con la cual se pretende comprobar que existieron interacciones entre la Gestora y esta Superintendencia, posteriores al memorando que originó el presente procedimiento, y que los elementos que se analizaron para su inicio no se habían considerado la totalidad de los argumentos y elementos de descargo aportados por la Gestora (Folios 72 al 75).

b) **Anexo 3:** Copia de la nota de respuesta SGB-Fondos de Inversión 143/2018, de fecha nueve de noviembre de dos mil dieciocho, remitida por la Gestora a esta Superintendencia, en respuesta a nota SAV-DFI-020722, con la que se pretende demostrar que existieron interacciones entre la Gestora y la Superintendencia, posteriores al Memorando que originó el procedimiento y que no se habían considerado la totalidad de los argumentos y elementos de descargo aportados por su representada (Folios 77 al 83).

c) **Anexo 4:** Copia de la orden de operación número 090248 y hoja de liquidación de la transacción, suscritos por la administradora de inversiones, con dicha prueba pretenden demostrar que la orden de operación que se giró a la casa de corredores comisionista fue suscrita con anterioridad a la ejecución de la operación. Además, se pretende probar que la administradora de inversiones giró la instrucción de realizar la operación y suscribió de conformidad la hoja de liquidación de la operación ejecutada (Folios 85-86).



---

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

---

d) **Anexo 5:** Copia del acta número cinco del Comité de Inversiones del Fondo de Inversión Abierto Rentable de Corto Plazo, de fecha veintisiete de abril de dos mil diecisiete, en la cual en el punto IX literal f) se acordó invertir un millón de dólares en "PBSARAM a plazo de un año y rendimiento bruto de 5%. Además, en el literal d), el Comité de Inversiones acordó invertir, en Bancos entre ellos el Banco Azul, tal como consta en el romano VIII, Votaciones, con ésta prueba se pretende comprobar que el Comité de Inversiones fue quien acordó la operación de compra que posteriormente instruyó y firmó de conformidad con su ejecución la administradora de inversiones (Folios 88-89).

e) **Anexo 6:** Copia de Memorándum-04/2018, del doce de noviembre de dos mil dieciocho, suscrito por la Gerente General de la Gestora, el cual se dirige a la administradora de inversiones y a la analista de fondos de inversión, con copia a la Gerente General y al Gerente de Operaciones de la casa de corredores de bolsa a través de la cual se han ejecutado las operaciones en comento, instruye que "todas las instrucciones y órdenes de pago relacionadas a las dichas órdenes (Sic.), deben ser firmadas exclusivamente por el Administrador de Inversiones", con ésta prueba se pretende comprobar que la Gestora ha tomado medidas tendentes a solucionar las observaciones realizadas por la Superintendencia y acoplarse a la interpretación de la norma (Folio 91).

f) **Anexo 7:** Copia de los mensajes de correo electrónico enviados a los partícipes, con los cuales se adjuntaron los respectivos estados de cuenta, con esta prueba se pretende demostrar que se atendieron las quejas y reclamos por parte de los partícipes, remitiendo los estados de cuenta solicitados, dentro de los tres días hábiles regulados en el artículo 11 del Manual de Atención al Partícipe. Además, de que se cuenta con controles eficientes de envío y recepción de estados de cuenta a los partícipes (Folios 92 al 130).

g) **Anexo 8:** copia de comprobante de recepción y entrega de estados de cuenta, con la que se pretende comprobar la entrega en físico de estados de cuenta a los partícipes, en respuesta a su solicitud (Folios 131-135).



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

h) **Anexo 9:** Tabla de Análisis de Envío de Estados de Cuenta y Reclamos, con la que se pretende probar que más del 99% de los estados de cuenta remitidos fueron efectivamente recibidos a satisfacción de los partícipes (Folio 137).

i) **Anexo 10:** Memorándum-02/2018, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciocho, del Gerente de Operaciones de la Gestora a la Gerente General, con el que pretenden comprobar que como medida adicional de control y seguimiento a partir de noviembre de dos mil dieciocho, el Gerente de Operaciones de SGB, S.A. de C.V., Casa de Corredores de Bolsa, le remite a la Gerente General y a la Administradora de Inversiones de SGB Fondos de Inversión S.A, Gestora de Fondos de Inversión el estatus del envío de los estados de cuenta no enviados (Folio 139).

j) Tabla comparativa de las mejoras implementadas por la Gestora, en los controles y seguimiento del envío de estados de cuenta a los partícipes, con la que pretende demostrar que se han continuado implementando mejoras en el control y seguimiento del envío de los estados de cuenta a los partícipes (Folios 146-147).

### IV. ANÁLISIS DEL CASO, ARGUMENTOS, VALORACIÓN DE PRUEBA

1. Argumentos sobre la potestad sancionadora de esta Superintendencia, presentados por la Gestora de Fondos de Inversión y su análisis.

a. Sobre el argumento de la inaplicabilidad del artículo 44 literales a) y b) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, invocado como base para sancionar las supuestas infracciones.

Por medio del escrito de fecha doce de febrero de dos mil diecinueve (Folio 53), los apoderados de la Gestora, argumentan que la potestad sancionatoria invocada como base de inicio de este procedimiento se centra en una disposición que no describe un comportamiento objetivo que pueda adecuarse a ella, o sea no tipifica una infracción, en contravención al principio de tipicidad.





169

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Agregan que la exigencia de tipicidad en la descripción de las conductas infractoras tiene importantes implicaciones y se relaciona con la reserva de ley, ya que en cuanto a la técnica de remisión normativa frente al principio de tipicidad, se ha establecido, que las remisiones normativas son, en principio, válidas para construir el tipo de una infracción, esta técnica está condicionada por la exigencia de taxatividad en la descripción de la conducta infractora en la norma a la que se remite.

A su vez, los profesionales citados, relacionan como antecedente que en sentencia 131-2015, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se declaró la inaplicabilidad del artículo 44 literales a) y b) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

Respecto a este argumento de la Gestora, esta Superintendencia considera necesario emitir el siguiente análisis sobre tipicidad con el propósito de defender la facultad sancionatoria de esta Superintendencia en la presente resolución y ante la resolución dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, y en particular la emitida a las quince horas con ocho minutos del día veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, en el juicio marcado con la referencia 131/2015, en la que se declaró inaplicables los literales a) y b) del artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero.

Los magistrados concurrentes que emitieron la sentencia en mención – existe un voto disidente de la Magistrada Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo al que más adelante se hará referencia – consideraron que los literales a) y b) del artículo en mención violentan el principio de tipificación derivado del principio de legalidad de los artículos 2, 5, 8 15 y 86 de la Constitución de la República, en síntesis fundamentando que (i) tal norma jurídica posee una indeterminación del tipo administrativo sancionador, (ii) que no existe descripción concreta de una prohibición o mandato categórico – deber jurídico-, y (iii) que no existe ninguna conducta típica infractora delimitada de la cual deban abstenerse sus



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

destinatarios sino que, por el contrario, la materia de prohibición se determinaría hasta el momento de la aplicación de la norma que se comenta.

*De acuerdo a la sentencia en comentario "No hay aquí ningún tipo de determinación posible, ni determinación de conductas específicas descritas con suficiencia para comprender el alcance de la prohibición sin necesidad de interpretación del intérprete y relacionar ese comportamiento prohibido con la consecuencia jurídica esperada con algún grado de relación causal. Esa indeterminación y vaguedad impide que los destinatarios del artículo 44 de la LSRSF, a partir de su texto, pueda prever o conocer anticipadamente qué conductas pueden ser consideradas como infracción o cuáles serán las consecuencias de su actuación, situación que resulta violatoria de los principios constitucionales de seguridad jurídica y legalidad material."*

Dicho análisis no es compartido por esta Superintendencia, debido a que resulta claro que el legislador, al momento de emitir la norma jurídica, no consideró el artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero como un "tipo sancionador", en el que pretendiera agotar todos los elementos del mismo - sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, prohibición u obligación, bien jurídico protegido, sanción, etc.-, lo cual se desprende de la simple lectura del mismo.

Ahora bien, lo que si resulta evidente de la simple lectura del artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, es que el legislador estableció una "fórmula infractora", y consagró el citado artículo como una disposición de **remisión normativa**.

Dicha técnica legislativa de tipificación indirecta ha sido aceptada por la Sala de lo Constitucional (Sentencia de Inconstitucionalidad del veinticuatro de agosto de dos mil quince, Inc. 53/2013-54/2013-55/2013 y 60/2013 considerando 4) quien ha señalado que el contenido fáctico de la infracción no debe ser el resultado de la capacidad interpretativa del órgano aplicador, sino de la capacidad expresiva y redactora del órgano legislativo.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Además, la Sala estableció que: *"Lo que importa es si en la base de dicho ejercicio interpretativo existe un texto legal que determine con precisión suficiente un comportamiento objetivo, al que quepa atribuirle esa calidad o condición. El tipo sancionador debe ser en realidad descriptivo, en el sentido de que exprese literalmente un supuesto de hecho, aunque sea genérico y abstracto, que permita identificar o prever cuál es el comportamiento prohibido y que pueda ser verificado mediante la prueba por el órgano aplicador."*

La mencionada sentencia, en su considerando 5, señala que la exigencia contenida en el párrafo que antecede *"es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (con los criterios expuestos en la ya citada Sentencia de 8-VII-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..."*

Asimismo doctrinariamente El tratadista Alejandro Nieto, sostiene: *"(...) En definitiva y resumiendo: 1º El mandato de tipificación (en sentido amplio) se manifiesta en dos planos sucesivos, imponiendo que la norma describa primero la infracción (tipificación en sentido estricto) y luego atribuya una sanción. 2º Para cumplir este doble mandato de forma individualizada, directa y completa, la norma tiene que comprender los siguientes elementos: una descripción concreta de la infracción y una atribución de la sanción, también concreta que le corresponde. 3º Pero la norma también puede realizar la tipificación a través de una estructura más complicada declarando genéricamente – y sin precisión de contenido alguno- que constituye infracción incumplimiento de un mandato establecido en otro precepto, de tal manera que la tipificación resulta de la conjugación entre la norma que establece el mandato (o prohibición) concreto y la norma que declara genéricamente que su violación es una infracción. Con cualquiera de estas fórmulas se cumple suficientemente la tipificación de la infracción".*



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Aclarado lo anterior en cuanto a que el artículo 44 LSRSF evidentemente no constituye un "tipo sancionador", sino el de una norma de remisión que establece una técnica legislativa de tipificación indirecta mediante normas de remisión, es pertinente el análisis de si la "fórmula infractora" establecida cumple con los requisitos de la **remisión normativa**.

En la sentencia de inconstitucionalidad, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil quince, la Honorable Sala de lo Constitucional sostuvo, que 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 esa línea, esta Superintendencia se adhiere al criterio manifestado por la Doctora Dafne Sánchez, Magistrada Presidenta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, quien es especialista en Derecho Administrativo, y quien acertadamente en el voto disidente ha sostenido que en el ámbito administrativo sancionador, la ley debe definir exhaustivamente las conductas constitutivas de infracciones administrativas, las sanciones a imponer o al menos, establecer una regulación esencial de las conductas administrativamente punibles, y que sanciones se pueden aplicar.

Sostiene la magistrada en su voto disidente que la tipificación y atribución de sanciones incumbe a dos planos sucesivos, el primero, en cuanto a que la ley ha de declarar cuales son las conductas que se consideran infracción administrativa, y en segundo lugar, la de atribuir a cada infracción la sanción que corresponde; considerando, sin embargo, que existen excepciones en las cuales el mecanismo de tipificación no es directa sino por medio de la técnica de remisión.

Retomando el voto disidente de la Magistrada Presidente en la sentencia antes mencionada, debemos compartir la validación constitucional de la fórmula



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

infractora contenida en la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, afirmando que ésta no violenta los principios de lex previa y lex certa, ya que, la misma permite en todo momento que el sujeto pasivo de la obligación conozca la misma, así como las consecuencias de su incumplimiento, plasmándose dicho criterio en los párrafos siguientes del voto razonado en mención:

“Como se advierte, la construcción de las infracciones administrativas se produce de manera indirecta y en dos planos sucesivos -tipificación indirecta-, en el siguiente sentido:

- (i) Existe una norma jurídica en la ley secundaria que contiene una concreta obligación, esta última, a su vez, es desarrollada en un reglamento, norma técnica o instructivo como determinada carga o deber del administrado.
- (ii) El incumplimiento de esa concreta obligación - contenida en la ley formal y desarrollada en la ley material- es la materia de prohibición. En otras palabras, al verificarse que el administrado incumple la regulación contenida en la ley, reglamento, norma técnica o instructivo de que se trate, se configura la infracción administrativa.

Como se observa, de la conjunción sistemática del artículo 44 inciso primero, literales a) y b) de la LSRSF con las normas jurídicas que desarrollan las obligaciones objeto de control de la parte actora, surge el tipo.

En este orden de ideas, para la suscrita Magistrada la disposición normativa a la base de los actos administrativos impugnados contiene una descripción suficiente de los parámetros necesarios para la configuración de la infracción administrativa. Evidentemente, no existe una remisión en blanco a una norma jurídica dado que la infracción se configura, en el caso de la literal a) de la disposición aludida, con el incumplimiento de las concretas obligaciones contenidas en las leyes secundarias.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Ahora, en cuanto al literal b) de la misma disposición, la infracción se produce con el incumplimiento de normas contenidas en reglamentos, normas técnicas e instructivos que desarrollan concretas obligaciones contenidas en las leyes que regulan a las instituciones del sistema financiero, con lo cual resulta clara la conducta típica: incumplimiento de normativa que desarrolla las obligaciones concretas que imponen las leyes a que se refiere la disposición.”

Finalmente, resaltamos que en el proceso contencioso administrativo de referencia 131-2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo al inaplicar lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, remitió de acuerdo a lo establecido en el artículo 77-E de la Ley de Procedimientos Constitucionales, la certificación de ésta a la Sala de lo Constitucional, en donde se iniciaron los procesos de inconstitucionalidad de referencia 27-2018 y 21-2019, siendo que en ambos casos la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar *improcedente* el inicio del proceso de inconstitucionalidad requerido mediante la remisión de las certificaciones de las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en los procesos contenciosos administrativos de ref. 131-2015, en los cuales se declaró inaplicable el artículo 44 literales a) y b) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, al considerar: “El aplicador no puede limitarse a interpretar que las remisiones a disposiciones complementarias que carecen de rango legal implican una vulneración constitucional automática. Él debe realizar un esquema completo de integración normativa según el tópico concreto que se regula y la habilitación legislativa. Es fundamental que se tome 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...el principio de legalidad que opera de manera estricta en materia penal, resulta 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



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

medio de reglamentos o circulares pueda configurarse de manera autónoma las conductas sancionables”.

En razón de lo anterior, consideramos que no procede el argumento de inaplicabilidad del artículo 44 literales a) y b) alegado por apoderados de la Gestora.

2- Presunto incumplimiento de SGB Fondos de Inversión, Sociedad Anónima, Gestora de Fondos de Inversión al artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03), el cual establece que la Gestora es responsable de velar porque las inversiones de los Fondos sean administradas únicamente por personas que cumplan los requisitos para la autorización e inscripción en el Registro de los administradores de inversiones establecidos en las presentes Normas y que hayan sido registrados en la Superintendencia.

El presunto incumplimiento se configura en razón que, según el memorándum DFI-146/2018, de fecha nueve de octubre de dos mil diecinueve, se informó que mediante muestra de las operaciones de inversión de los fondos de inversión administrados por dicha sociedad, se determinó la existencia de operaciones en que se giraron instrucciones a las instituciones de inversión correspondientes para que se ejecutaran operaciones de inversión por una persona diferente al administrador de inversiones, quien es el responsable de dicha función, y que ha sido autorizado por esta Superintendencia para desempeñar dicha labor y que a la vez se ha revelado en los prospectos de los fondos como el responsable de la administración de los mismos.

Entre los ejemplos se mencionan los siguientes:

Autorización a SGB Casa de Corredores a la compra de PBSARAM2-4 por US\$954,166.67 (Anexo 3) y Depósito a plazo fijo en Banco Azul, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete por US \$750,0000 (renovación) (Anexo 4); ambas



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

transacciones fueron instruidas por la señora Emperatriz Hernández, en calidad de Asistente de Gerencia General.

### 2.1 ARGUMENTOS DE DESCARGO

#### a. Sobre la imposibilidad de sancionar con base en una normativa.

Se alega que la imputación es basada en normativa sin vincular con una conducta tipo contenida en ley secundaria. Agregan además, que la ausencia de una disposición de ley secundaria que tipifique como infracción los presuntos incumplimientos derivan en violación al principio de legalidad y tipicidad, principios básicos de la potestad sancionatoria, pues no se cuenta con asidero legal que describa de forma clara, precisa e inequívoca y que califique de infracciones los presuntos incumplimientos.

Esta Superintendencia, con respecto de este argumento, considera que no se transgreden los principios ni de legalidad ni de tipicidad, en primer lugar, porque desde el inicio de la tramitación del presente proceso, la conducta reprochada fue siempre clara pues existe una obligación descrita en la norma que consiste en que la Gestora esté vigilante para que las inversiones de los Fondos se administren solamente por personas debidamente acreditadas. Por otra parte, se reitera lo argumentado en el apartado de la inaplicabilidad, pues lo que opera es una tipicidad indirecta o por remisión, ya que existe una disposición legal -Artículo 44 literal b) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero- que reconoce que constituye infracción el incumplimiento a lo dispuesto en otra disposición -Artículo 16 de la Norma- con lo cual la fórmula infractora se encuentra completa para configurar la tipicidad.

Asimismo, se insiste en lo resuelto por la Sala de lo Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad de referencia 27-2018 y 21-2019, relativo a que: "Es fundamental que se tome en cuenta que la flexibilización del concepto del principio de legalidad y su manifestación concreta en el principio de tipicidad en el Derecho





## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Administrativo Sancionatorio presenta un importante desarrollo en lo que concierne a la actividad bancaria, debido a las características de este sector económico...el principio de legalidad que opera de manera estricta en materia penal, resulta 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 pueda configurarse de manera autónoma las conductas sancionables”.

De igual manera, en sentencia de la Sala de lo Constitucional, de fecha catorce de diciembre de dos mil cuatro, proceso de inconstitucionalidad de referencia 17-2003, ésta se pronunció al respecto de la reserva de ley en el sentido de que “(...) en el ámbito administrativo sancionador tal exigencia es entendida en el sentido de que, 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 puede aplicar, por considerarse que éstas en la mayoría de los casos son supuestos de limitación o restricción de derechos fundamentales (...)”.

“La obligación de predeterminar normativamente los supuestos de hecho que desea castigar y sus correspondientes sanciones, persigue la finalidad de erradicar todo abuso o exlimitación en el ejercicio del poder, es por ello, que se atribuye en exclusiva a un órgano representativo de la voluntad general la facultad de decidir qué restricciones de derechos fundamentales son necesarios para lograr una convivencia pacífica. Como producto de lo anterior, se reconoce entonces que no necesariamente todos los aspectos que forman parte de la configuración de las infracciones y sanciones deban ser totalmente agotados en el texto de la ley, ya que ello iría –hasta cierto punto– en contra de la estructura de poderes dibujado por la Constitución de la República; existe por tanto, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones o habilitaciones a normas reglamentarias por ejemplo, a efecto de que las mismas –siguiendo la línea referencial



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

indicada por la ley– terminen de concretar el sentido de los elementos precisados en su texto” (El resaltado es propio).

Por tanto, en línea con la jurisprudencia citada, consideramos que no se violenta el principio de reserva de ley, en el sentido de que existe una disposición legal - Artículo 44 literal b) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero- que reconoce que las instituciones y personas supervisadas por la Superintendencia estarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo 43, cuando incurran en infracciones a obligaciones contenidas en normas técnicas que desarrollan las obligaciones establecidas en las Leyes, siendo éste nuestro caso, pues la Norma infringida desarrolla obligaciones contenidas en la Ley de Fondos de Inversión, específicamente en el artículo 26 que establece “Las personas que laboren con la Gestora o con sus mandatarias realizando la comercialización de cuotas de participación de los Fondos y los encargados de administrar las inversiones de los mismos, deberán ser autorizadas por la Superintendencia, de conformidad a las normas técnicas que emita el Banco Central para tal efecto”.

Se colige de lo que precede, que la conducta reprochada a la entidad supervisada se encuentra concretamente tipificada en el artículo 16 de las Normas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión, pues tal precepto determina como responsabilidad ineludible de la Gestora, velar porque las inversiones de los Fondos sean administradas únicamente por personas que cumplan los requisitos para la autorización e inscripción en el Registro de los administradores de inversiones establecidos en las Normas, y que hayan sido registrados en la Superintendencia.

En razón de ello, se sostiene que no es cierto que la conducta que se considera incumplida no se encuentre vinculada con una ley secundaria, pues como se demuestra, existe una ley que contiene obligaciones las cuales en el caso particular son desarrolladas en la norma técnica en referencia.



174

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

b. Respecto al concepto de administrar las inversiones, y a la injerencia en la administración de las inversiones por persona no autorizada.

Los apoderados de la Gestora alegan que no se ha infringido la normativa, ya que las conductas que fueron cuestionadas por esta Superintendencia no las califica como actos de administración de inversiones, sino de actos meramente operativos.

Señalan que la orden de operación fue suscrita por la administradora de inversiones a las ocho horas con cuatro minutos del día nueve de mayo de dos mil diecisiete, y según consta en la hoja de liquidación en conformidad suscribe la administradora de inversiones, la operación fue ejecutada a las once horas con nueve minutos del día nueve de mayo de dos mil diecisiete; en otras palabras, la orden de operación que se giró a la casa de corredores comisionista fue suscrita con anterioridad a la realización de la operación, por lo que niegan que la orden de operación se firmó con posterioridad.

Manifiestan que la operación como la conformidad con la hoja de liquidación, son los documentos que efectivamente vinculan a los ejecutores de las operaciones y dichos documentos, fueron firmados por la Administradora de Inversiones. Por otra parte, sostienen que la decisión de inversión cuestionada fue tomada por el Comité de Inversiones, y que el documento denominado: "Orden de Inversión Casa Corredora de Bolsa" es un documento de control interno administrativo operativo, por lo que, no debe entenderse que la suscripción del mismo constituya una injerencia en las funciones de la administradora de inversiones o en la administración de inversiones; por lo tanto, estiman que no se configuraría la presunta infracción imputada a su representada.

En cuanto a la "Orden de renovación de depósito a plazo fijo" los apoderados de la Gestora sostienen, que no obstante dicho documento fue firmado por la señora Emperatriz Hernández, dicha gestión, fue realizada por instrucciones recibidas por la Administradora de Inversiones, debido a que en esa oportunidad se encontraba fuera de oficina y era necesario realizar la operación con el banco, lo cual implica



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

que bajo ninguna circunstancia la firmante del documento actuó por decisión propia o irrespetando los límites.

Esta Superintendencia estima pertinente traer a colación, el artículo 1 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03), el cual dispone que estas tienen por objeto establecer los requisitos que deben cumplir las personas naturales que trabajen para una Gestora de Fondos de Inversión, para efectos de desempeñarse como Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión, a fin de ser autorizados e inscritos en el Registro correspondiente de la Superintendencia del Sistema Financiero.

A su vez, el literal b) del artículo 2 de las citadas Normas, regula que son sujetos obligados al cumplimiento de las mismas, las Gestoras de Fondos de Inversión autorizadas por la Superintendencia del Sistema Financiero.

Asimismo, el literal a) del artículo 3 de las Normas define, que el Administrador de Inversiones es la "Persona natural que es empleada en una Gestora de Fondos de Inversión para efectos de gestionar la toma de decisión y ejecución de las inversiones que se realizan con recursos de los Fondos de Inversión, de conformidad con el Reglamento Interno y la política de inversión del Fondo de Inversión (...)" ; a su vez, de acuerdo a lo relacionado en el Memorándum DFI-146/2018 el Manual Organizacional de la Gestora apartado N° 1 inciso 8 establece que es responsabilidad del Administrador de Inversiones, ejecutar las instrucciones de inversión acordadas por el Comité de Inversiones, así como también velar por la correcta liquidación y registro de las mismas.

En ese orden de ideas, en el artículo 4 de las Normas, se establece que para que una persona natural pueda actuar como administrador de las inversiones del Fondo, ésta deberá laborar para una Gestora registrada en la Superintendencia, ser previamente autorizada por la Superintendencia para realizar la función de administrador de inversiones y estar inscrita en el respectivo Registro.



175

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

El artículo 5 de las normas antes mencionadas establece que: "Los administradores de inversiones serán designados por la Gestora y deberán actuar con diligencia, habilidad y cuidado razonable, para observar el cumplimiento de la política de inversión del Fondo del cual administran las inversiones, sin perjuicio de la responsabilidad de la Gestora por la administración de los Fondos".

Partiendo de lo que precede, no existe disposición que habilite a delegar la función desempeñada por el administrador de inversiones, ya que para el fiel desempeño de la misma, es necesario haber cumplido con los presupuestos o requisitos establecidos en el artículo 6 de las Normas, entre ellos los establecidos en los literales b) y c) relativos a contar con título universitario afín al negocio de administración de inversiones y contar con conocimiento y dominio en temas relacionados con la gestión de inversiones y al campo de especialidad de la naturaleza del Fondo a administrar, lo cual debe ser debidamente comprobado ante la Superintendencia.

Por otra parte, en la copia de la orden de inversión que corre agregada a folio 39 de este expediente administrativo, **no consta que quien la suscribe actúe por instrucciones de la administradora de inversiones**, además, expresa que por medio de dicha orden "autoriza" efectuar la compra en mercado primario de PBSARAM2-4, lo que demuestra una actuación en nombre propio de la empleada Emperatriz Hernández, quien suscribe y sella dicha orden.

Asimismo, en la orden de renovación de depósito a plazo fijo que corre agregada a folio 41, de fecha ocho de noviembre de dos mil diecisiete, aparece suscrita por la señora Emperatriz Hernández, sin que se refiera a que actúa en atención a instrucciones precisas de la administradora de inversiones. Además, manifiesta que dicha autorización se emite en virtud de acuerdo tomado por el Comité de Inversiones; es decir, constituye un documento con el que se está gestionando la toma de decisión y ejecución de las inversiones que se realizan con recursos de los Fondos de Inversión, función que de acuerdo a la Norma en referencia, es exclusiva de la Administradora de Inversiones antes relacionada.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Por otro lado, respecto al argumento que es un documento interno, se sostiene el análisis manifestado en el numeral 3 del Anexo 1 que acompaña la nota SAV-DFI-020722, suscrita por la Superintendente Adjunta de Valores de esta Superintendencia, en el cual se expresa que los procesos internos, formatos prediseñados, niveles de control, diferentes niveles de autorización dentro de la jerarquía, son parte integral del sistema de control interno, creados con el fin de mantener en todo momento una adecuada segregación de funciones y delimitación de responsabilidades.

Con respecto al argumento de falta de injerencia en la decisión de inversión, se refuta el mismo en razón que, de acuerdo a los artículos 3 y 4 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión, la persona autorizada para gestionar la toma de decisión y la ejecución de inversiones, como son las de autorizar, cancelar o pagar inversiones, es exclusivamente la Administradora de Inversiones; no obstante, el documento que autoriza efectuar la compra en mercado primario del PBSARAM2-4, fue suscrito por una empleada de la Gestora que no se encuentra autorizada por esta Superintendencia para materializar las funciones propias de la administradora de inversiones en referencia.

Por otra parte, no consta documentación probatoria que demuestre que la actuación realizada por la asistente, fue ejecutada por medio de instrucción de la Administradora de Inversiones, lo que consecuentemente evidencia que la Gestora tenía pleno conocimiento que la persona que estaba realizando funciones atribuidas a la administradora de inversiones en las operaciones señaladas, no estaba autorizada ni inscrita para ejercer o materializar dichas atribuciones; por lo que, se concluye que la prueba de descargo incorporada en este proceso, no ha logrado desvanecer la inobservancia imputada a la supervisada en este procedimiento, y los apoderados de la Gestora, solamente se han limitado a exponer argumentos para justificar las actuaciones realizadas por la señora Emperatriz Hernández, sin lograr fundamentar legalmente la actuación de la misma.



176

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

No obstante lo que precede, esta Superintendencia estima pertinente valorar que la Gestora ha expresado que se tomaría en cuenta la observación realizada en la visita de inspección, y se procuraría que toda la documentación interna y externa relacionada a las inversiones estuviera firmada por la Administradora de Inversiones (Folio 24). Así como el hecho de haber girado instrucción por medio del Memorándum-04/2018, de fecha doce de noviembre de dos mil dieciocho, dirigido a la licenciada Julia María Castaneda, quien funge como Administradora de Inversiones y a la señora Emperatriz Hernández, que todas las instrucciones y órdenes de pago relacionadas a dichas órdenes, deben ser firmadas exclusivamente por el Administrador de Inversiones (Folio 91); circunstancias que se valorarán posteriormente en el apartado de criterios a considerar para la imposición de sanciones.

**c. Sobre la inexistencia de daño, por no trascender o impactar la conducta cuestionada por la SSF en el patrimonio del fondo de inversión ni de los partícipes del mismo.**

Los apoderados de la Gestora, en síntesis manifiestan que la génesis y control de las decisiones tomadas siempre se encontró en la administradora de inversiones y que, en las conductas cuestionadas no se ha evidenciado ningún incumplimiento a los límites normativos o a las políticas de inversión estipuladas en los reglamentos internos, de lo que deducen la inexistencia de un daño efectivo. Además, apuntan que en relación a los cambios de nombre a la posición/cargo que ostenta Emperatriz Hernández, éstos han obedecido a actualizaciones en el Manual de Organización, y que éstos cambios son parte de la libertad de empresa como manifestación de la libertad económica, según el principio de autodeterminación empresarial.

A criterio de esta Superintendencia, los actos realizados por la empleada Emperatriz Hernández, son de ejecución de las decisiones de inversión del Comité de Inversiones, por tanto, aunque la Administradora de Inversiones haya realizado otros actos de ejecución, no significa que esto subsane el incumplimiento a lo



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

establecido en las Normas NDMC-03, así como el Manual de Organización de la Gestora apartado N° 1 inciso 8, que establece que las instrucciones de inversión acordadas por el Comité de Inversiones solamente pueden ser ejecutadas por el Administrador de Inversiones. Por otra parte, en relación al argumento de los cambios en el cargo de dicha empleada y de la autodeterminación empresarial, se advierte que el reproche específico en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, consiste en que no es la persona autorizada por este Ente Contralor para realizar las funciones de administradora de inversiones, más allá de los diferentes cargos o puestos que ha desempeñado en la Gestora.

En virtud de lo anterior, se verifica que la gestora no cuenta con una adecuada segregación de funciones y ello expone a los partícipes de los fondos de inversión, con respecto a que las operaciones ejecutadas no sean las idóneas para la rentabilidad de los fondos de inversión que administra la Gestora, debido a la inexperiencia o expertís de la persona que ordenó su ejecución. Además, esta práctica no da fe respecto a que si esta persona está actuando en atención a instrucciones de la administradora de inversiones.

Por otro lado, conforme lo dispone el artículo 35 literal c) de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, es obligación de los supervisados, es decir de la Gestora, cumplir con las disposiciones legales, reglamentarias y normativas que regulan la actividad de los integrantes del sistema financiero, así como el de las instrucciones emitidas por la Superintendencia de conformidad a sus facultades legales.

Sobre esa base, la Gestora no desconoce el marco normativo que está obligada a cumplir, y a su vez, esta Superintendencia haciendo uso de la facultad correctiva y disciplinaria, debe estar vigilante a que se cumpla con dicho marco legal; por tanto, la libertad de empresa alegada por los apoderados tiene como límite las obligaciones que le impone la Ley en su sentido amplio.

### **d. Sobre las medidas tomadas a raíz de la observación realizada por la SSF.**





## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Los apoderados de la Gestora manifiestan que el doce de noviembre de dos mil dieciocho, en memorándum referencia 04/2018, la Gerente General de su representada giró expresas instrucciones a la administradora de inversiones del fondo y a la analista del fondo de inversión, con copia a la Gerente General de la casa de corredores comisionista, al Gerente de Operaciones de la casa de corredores comisionista y al Gerente de Operaciones de la casa de corredores comisionista, en el sentido que: "Todas las órdenes de operación son giradas por el Administrador de Inversiones hacia SGB, S.A. de C.V., Casa de Corredores de Bolsa; por tanto, las instrucciones y órdenes de pago relacionadas a las dichas órdenes, deben ser firmadas exclusivamente por el Administrador de Inversiones" ( Folio 91).

Argumentan reiterativamente, que en razón de que se han tomado medidas tendientes a solucionar las observaciones, lo cual fue informado a esta Superintendencia, en fecha nueve de noviembre de dos mil dieciocho, la potestad sancionatoria carece de finalidad cuando no existe daño y diligencia de su representada.

A criterio de esta Superintendencia, el inciso segundo del artículo 32 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, es claro en establecer que se comunicarán a los supervisados las deficiencias, excesos, irregularidades o infracciones que notare en sus operaciones, exigiendo su normalización de conformidad a la regulación vigente, sin perjuicio de instruir los procesos administrativos correspondientes y de la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar.

Por tanto, si bien ante el incumplimiento el hecho de corregir la actuación no es eximente de responsabilidad administrativa, se valorará que se hayan aplicado las medidas correctivas por parte de la Gestora de Inversiones para superarlo, y será tomado en cuenta al momento de determinar la sanción a imponer de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, como en líneas anteriores se ha enfatizado.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

En virtud del análisis integral que precede, se concluye que la Gestora, cometió la infracción que le ha sido atribuida en este procedimiento, pues se ha logrado comprobar ciertamente su culpabilidad en el cometimiento de la conducta antijurídica imputada, y siendo responsable administrativamente amerita se le imponga la sanción que conforme a derecho corresponde.

### **3. Presunto incumplimiento de SGB Fondos de Inversión, Sociedad Anónima Gestora de Fondos de Inversión al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión (NDMC-13)**

El incumplimiento se presume en razón que, según consta en el Informe DFI-146/2018, existen quejas reiterativas de partícipes por no recibir sus estados de cuenta, y aún cuando este tipo de reclamos es recurrente, no existe evidencia que se hayan tomado medidas correctivas de esta situación.

Según se informó, ante la respuesta de la entidad, se confirmó la observación al declarar que son 41 eventos registrados, que representan un 5.88% los que presentaron el problema del total de los partícipes, en las quejas y reclamos presentados durante el año dos mil diecisiete; representando este evento el más recurrente, y se evidencia que la entidad no tomó las medidas correctivas oportunamente, ante un deficiente control interno, ya que no se contaba con un mecanismo de confirmación sobre la recepción de estos, sino sólo un control de envíos.

### **3- ARGUMENTOS DE DESCARGO**

**a) Respecto a la inexistencia de la supuesta infracción de no envío de los estados de cuenta a los partícipes y de inexistencia de controles.**

Los apoderados de la Gestora alegan que, si bien es cierto durante el año dos mil diecisiete, se dieron 411 casos en los que por razones ajenas a Gestora los partícipes



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

no recibieron su estado de cuenta al mismo tiempo que los otros partícipes, también es cierto que, en cada uno de los casos, tan pronto los partícipes le comunicaron a su representada tal situación, se procedió a enviar los estados de cuenta correspondientes en forma electrónica y otros en física (Folios 92-139).

Por lo anterior, consideran los referidos profesionales que al haber recibido los partícipes los estados de cuenta, no puede entenderse configurada la infracción imputada a su representada; expresan además, que con las gestiones antes mencionadas, también se desvirtúa la imputación acerca de que la Gestora tiene controles ineficientes del envío de estados de cuenta, pues, fueron esos mismos controles, los que se activaron para atender la solicitud de cada partícipe y enviar a cada uno su respectivo estado de cuenta, dentro del plazo regulado para tal efecto en el Manual de Atención al Partícipe.

A criterio de esta Superintendencia, la disposición legal es clara en establecer que es obligación de la Gestora remitir los estados de cuenta a cada partícipe, pues cada mes éstos deberían de recibir vía electrónica o física dichos estados de cuenta; sin embargo, de acuerdo al Memorándum DFI-146/2018, existen varios partícipes que no los han recibido, lo cual se evidencia en la bitácora de quejas que corre agregada a folio 47 de este expediente administrativo.

En tal sentido, las respuestas brindadas remitiendo los estados de cuentas, constituyen una medida correctiva ante tal omisión, hecho que no desvanece el incumplimiento, pues este se configuró a partir de que en el respectivo mes que la norma establece no se efectuó la remisión de la información. Asimismo, aunque manifiesten los referidos profesionales que los controles se activaron para dar respuestas a las solicitudes, y que se pretenda con ello demostrar que esto desvirtúa la imputación, tal afirmación carece de fundamento, ya que a la fecha de la visita de inspección realizada a la Gestora, se evidenció que no contaba con un mecanismo de confirmación sobre la recepción de los estados de cuentas en referencia.

**b) Sobre la inexistencia de daño, por no trascender o impactar la conducta cuestionada por la SSF en el patrimonio del fondo de inversión ni de los**



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

partícipes del mismo, y por haber recibido los partícipes el estado de cuenta respectivo.

Los apoderados de la Gestora, consideran que en razón de que los partícipes sí recibieron su estado de cuenta dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha en que lo solicitaron a la Gestora, según lo regulado en el artículo 11 del Manual de Atención al Partícipe, no puede configurarse el daño o potencial impacto en los inversionistas.

Manifiestan además que, el dato de un 5.88% que presentaron problema del total de los partícipes, es inexacto y corrigen en el sentido que se enviaron 5,449 estados de cuenta y de esos 41 no se recibieron de inmediato, representando éstos un 0.75%, lo cual evidencian por medio de la "Tabla de Análisis de Envío de Estados de Cuenta y Reclamos" (Folio 137).

Agregan que como medida adicional de control y seguimiento, a partir del siete de noviembre de dos mil dieciocho, el Gerente de Operaciones, le remite al Gerente General y Administradora de Inversiones, el estatus de los envíos de los Estados de Cuenta y las gestiones realizadas. Memorándum 02/2018, Confirmación de Lectura de Estados de Cuenta (Folio 139).

Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, el Sistema de Supervisión y Regulación Financiera, tiene por objeto preservar la estabilidad del sistema financiero y velar por la eficiencia y transparencia del mismo. Asimismo, cuando hubiere lugar, impondrá las sanciones que legalmente correspondan a los supervisados que resultaren responsables en los actos, hechos u omisiones.

Es decir, que es competencia de esta Superintendencia instruir a los supervisados corrijan las actuaciones u omisiones cometidas que puedan causar un impacto negativo en la estabilidad del Sistema Financiero, y a los usuarios del mismo,



179

## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

ejerciendo para ello la facultad sancionadora que persuade al infractor para que cumpla con el ordenamiento jurídico aplicable.

### c) Sobre las medidas tomadas a raíz de la observación realizada por la SSF.

Los apoderados de la Gestora, destacan que su representada a raíz de las observaciones realizadas por esta Superintendencia, ha implementado controles adicionales a los ya existentes, siendo éstos:

- a. Implementación de un nuevo Proceso de Envío
- b. Modificaciones en el sistema
- c. Lanzamiento de servicios en línea
- d. Proyectos a ejecutar

De lo anterior se concluye que, las medidas correctivas implementadas, no constituyen elementos de descargo para el presunto infractor, no obstante, serán valoradas a efecto de determinar la sanción a imponer.

En virtud del análisis integral que precede, se concluye que la Gestora, cometió la infracción que le ha sido atribuida en este procedimiento, pues se ha logrado comprobar ciertamente su culpabilidad en el cometimiento de la conducta antijurídica imputada, y siendo responsable administrativamente amerita se le imponga la sanción que conforme a derecho corresponde.

## V. CONSIDERACIONES A LA SANCIÓN A IMPONER Y LA PROPORCIONALIDAD

La jurisprudencia nacional tanto como la comparada y la doctrina de tratadistas nacionales e internacionales, en materia de derecho administrativo sancionatorio, convergen en la aplicabilidad general de los principios y garantías fundamentales del derecho penal público, en la actividad administrativa sancionatoria del Estado. En ese contexto, es pertinente indicar que uno de los pilares fundamentales para la imposición de la sanción administrativa, debe ser el de proporcionalidad, en virtud del cual se constituye una frontera o límite de la actuación represiva de la Administración Pública. Como resultado de la aplicación de dicho principio, es



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

dable afirmar que la sanción imponible debe ser la necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma, factor que debe tomarse en consideración al momento de determinar la misma.

Como consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad, la Administración Pública se ve obligada a que al momento de imponer la sanción correspondiente al caso en particular, se determinen los perfiles y circunstancias en virtud de los cuales se impone la misma.

De conformidad con el artículo 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, los criterios para adecuación de la sanción que deben considerarse por la comisión de una infracción son: 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. Además, cuando la sanción a imponer sea una multa, deberá tomar en consideración la capacidad económica del infractor.

En cuanto a la gravedad del daño o probable peligro, se considera que en el incumplimiento al artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03), se expone a los partícipes, con respecto a que las operaciones ejecutadas no sean las idóneas para la rentabilidad de los fondos de inversión que administra, debido a la inexperiencia de la persona que ordenó su ejecución, lo cual podría redundar en una afectación a su patrimonio.

En lo que respecta a la gravedad del daño o probable peligro, podemos determinar que en el incumplimiento al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión (NDMC-13), se causa un perjuicio a los partícipes al no contar con un estado de cuenta de su participación en el Fondo de



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Inversión y por lo tanto no pueden verificar oportunamente la aplicación de los movimientos por transacciones de suscripciones, rescates, valor de sus cuotas a la fecha, rendimiento del fondo, como un medio básico y necesario de confirmación adicional a la limitación de tomar decisiones de inversión, a la luz de la información de desempeño de los fondos de inversión. La anterior afectación es palpable, ya que han sido los mismos partícipes los que han realizado la queja de no haber recibido sus estados de cuenta, lo cual indica que para éstos es de relevancia dicha verificación sobre sus inversiones.

En relación a la duración de la conducta infractora, se verifica que en el incumplimiento al artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03) la orden de inversión de la casa corredora de bolsa y la orden de renovación de depósito a plazo fijo, consignan las fechas 9 de mayo y 8 de noviembre de 2017 respectivamente (Folios 39 y 41), por lo que se considera que la conducta infractora se mantuvo por un lapso de aproximadamente cinco meses en el año 2017. Por otra parte, se valora que se giraron instrucciones para corregir el incumplimiento, por medio del Memorándum-04/2018.

En relación a la duración de la conducta infractora, del incumplimiento al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión, en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión (NDMC-13), se verifica en la Bitácora de Quejas por la no recepción de estados de cuenta (Folio 47) que se registraron reclamos durante aproximadamente todo los meses del año dos mil diecisiete. Sin embargo, se valora que a cada una de las quejas se le dio respuesta al partícipe, solventando las mismas, según Anexo 7 Resolución de Quejas y Reclamos de Clientes, o peticiones.

En cuanto al aspecto de la reincidencia, no se han tramitado otros procedimientos administrativos sancionatorios en contra de la Gestora por ninguno de los dos incumplimientos.



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

Asimismo, dentro de los aspectos a valorar en este apartado, se encuentra el **efecto disuasivo** en el infractor respecto a las conductas consumadas; por lo que, esta Superintendencia es de la consideración que la sanción a imponer debe ser justa y proporcional, a fin de que se logre evitar que la Gestora, vuelva a cometer las conductas reprochadas y debidamente comprobadas dentro de este debido proceso.

En razón de lo anterior, se considera que en el incumplimiento al artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión, es pertinente imponer como sanción una multa, debido al riesgo al que se expone a los partícipes del fondo en su patrimonio, al no ser el administrador de inversiones quien ejecute las funciones que le competen.

En el incumplimiento al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión se considera que lo que corresponde imponer es una amonestación escrita en razón de que no obstante su extemporaneidad, los estados de cuenta reclamados fueron entregados a los solicitantes.

En armonía con lo anterior, respecto a la determinación de la capacidad económica de la Gestora, el artículo 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, regula que se podrá tomar como base, la última declaración de renta del presunto infractor o cualquier otro medio probatorio, según lo requiera la Superintendencia. Por otro lado, el artículo 44 de la mencionada Ley, establece que las multas a imponerse a personas jurídicas, podrán ser hasta del dos por ciento del patrimonio de la misma.

Que la Dirección de Análisis de Entidades, es una área especializada de esta Superintendencia, y en su Informe Técnico N° DAE-114-2019, luego de haber realizado el respectivo análisis objetivo concluyó que, la solvencia económica de la Gestora con referencia al treinta y uno de diciembre de dos mil dieciocho, respecto a su patrimonio ascendía a US\$569,093.83, y que esta presenta un indicador de





## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

solvencia aceptable y su liquidez supera la unidad, permitiéndole cumplir con sus obligaciones a corto plazo.

En consecuencia, procede imponer sanciones a la Gestora, por las infracciones cometidas y analizadas integralmente en este debido proceso.

**POR TANTO**, de conformidad a los anteriores considerandos y sobre la base de los artículos 43, 44 literales a) y b), 50, 52 y 61 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero **RESUELVE**:

1. **SANCIONAR** a la sociedad **SGB FONDOS DE INVERSIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN**, con una **MULTA** de **UN MIL CIENTO TREINTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON DIECINUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1,138.19)**, equivalente al 0.2% de su patrimonio, por la infracción a lo establecido en el artículo 16 de las Normas Técnicas para la Autorización y Registro de los Administradores de Inversiones de los Fondos de Inversión (NDMC-03).
2. **SANCIONAR** a la sociedad **SGB FONDOS DE INVERSIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN**, con una **AMONESTACIÓN ESCRITA**, por la infracción cometida al artículo 34 de la Ley de Fondos de Inversión en relación a los artículos 24 y 25 de de las Normas Técnicas para la Remisión y Divulgación de Información de Fondos de Inversión (NDMC-13).
3. Infórmese a la sociedad **SGB FONDOS DE INVERSIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN**, que la multa impuesta mediante la presente resolución, deberá ser cancelada en la Dirección General de Tesorería del Ministerio de Hacienda dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la presente resolución, para lo cual emitase y entréguese el mandamiento de pago que corresponde.
4. Hágase del conocimiento de la sociedad **SGB FONDOS DE INVERSIÓN, SOCIEDAD ANÓNIMA GESTORA DE FONDOS DE INVERSIÓN**, la presente



## SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO

resolución, para los efectos legales consiguientes, así como de que la misma es objeto de los Recursos de Reconsideración y Apelación en los plazos que establecen los artículos 132, 133, 134 y 135 de la Ley de Procedimientos Administrativos, con relación al artículo 66 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero. El primero de los recursos, se presenta y dirige a la Superintendente del Sistema Financiero, y el segundo, se dirige al Comité de Apelaciones ante la Superintendente. El lugar para presentar dichos recursos es en las oficinas principales de la Superintendencia del Sistema Financiero, ubicada en Calle El Mirador, entre 87 y 89 Avenida Norte Torre Futura, Nivel 16 San Salvador, El Salvador.

NOTIFÍQUESE.

  
Mirna Patricia Arévalo de Patiño  
Superintendente del Sistema Financiero



AJ 12