



La potestad sancionatoria de la Administración

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Procedimiento Administrativo.
Palabras Clave: Potestad sancionatoria, Sanción administrativa, Principios de derecho punitivo, Mercado de Valores, SUPEN, Comisión Nacional del Consumidor.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 13/02/2014.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la potestad sancionatoria de la Administración, la jurisprudencia trata temas como los principios de derecho punitivo, la intervención del estado en procesos administrativos, la sanción administrativa, las atribuciones de la Superintendencia de Pensiones para sancionar a las operadoras de pensiones, y los criterios para imponer sanciones a sujetos investigados, entre otros.

Contenido

JURISPRUDENCIA	2
1. Potestad sancionatoria administrativa: Aplicación de los principios de derecho punitivo	2
2. Sanción administrativa: Potestad sancionatoria del Estado sobre sujetos que intervienen en los mercados de valores	5
3. Sanción administrativa: Aplicación de principios del derecho punitivo	13
4. Sanción administrativa: Atribuciones de la Superintendencia de Pensiones para imponer sanciones a las operadoras de pensiones	22
5. Generalidades sobre el régimen sancionatorio e incorporación de cláusula penal: Incumplimiento en la contratación administrativa	29
6. Sanción administrativa: Inexistencia de criterios objetivos para imponer sanciones y montos a los sujetos investigados por la Comisión Nacional del Consumidor	32

JURISPRUDENCIA

1. Potestad sancionatoria administrativa: Aplicación de los principios de derecho punitivo

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII]ⁱ

Voto de mayoría:

“IV: [...] Estima este Tribunal que lo resuelto en primera instancia, respecto al tema de la tipicidad de la conducta sancionada se ajusta a derecho y encuentra pleno respaldo -a mayor abundamiento- en la más reciente jurisprudencia de la Sala Constitucional, cuyo voto N° 2011-6976 de las trece horas y veintidós minutos del veintisiete de mayo del dos mil once, conociendo una acción de inconstitucional planteada contra varios artículos de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y que por tanto es un hecho notorio, analizó el Principio de Tipicidad y en lo medular se cita:

"[...] IV.- Principios que rigen el sistema sancionatorio administrativo. En cuanto a los principios aplicables al régimen sancionatorio administrativo, se ha establecido que éstos tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos: / "Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativas a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que "todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador." (resolución N° 1484-96) "...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los

ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado." (resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos." (Sentencia 2000-08193 de las quince horas cinco minutos del trece de setiembre del dos mil)

V.- Principio de tipicidad en los ilícitos administrativos. Propiamente en relación con la esfera del derecho administrativo sancionador, se ha recalcado la importancia del respeto al principio de tipicidad, el cual, si bien es cierto, no tiene la rigurosidad que se exige en el campo del derecho penal; resulta una garantía indispensable para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuáles conductas son prohibidas y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Resulta violatorio tanto del principio de legalidad como del principio de tipicidad, la construcción de tipos sancionatorios que dejen a la Autoridad sancionatoria la determinación antojadiza del contenido de la prohibición:

"VI.- Potestad sancionatoria de la administración y proyección del principio de legalidad. El principio de legalidad en materia penal (artículo 39 de la Constitución), se traduce en la reserva absoluta de ley, de manera que la predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones aplicables debe emanar de normas con rango de ley, la cual debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso, satisfacer plenamente el principio de tipicidad, que excluye la aplicación de la analogía desfavorable al acusado, así como la interdicción de la costumbre como fuente de derecho sancionador. Además, apareja la garantía del principio conocido como non bis in ídem, consagrado en el artículo 42 constitucional. Y si bien el principio de legalidad en materia sancionatoria cobra su mayor entidad en el orden penal, es indudable que las garantías constitucionales que le acompañan también extienden sus alcances al campo de las infracciones administrativas, lo que no significa un automático traslado en idénticas condiciones, pues la especificidad de la actuación administrativa y la diversidad de las sanciones aplicables hacen que la aplicación de este sistema de garantía adquiera sus propios matices.

VII.- El principio de tipicidad en materia administrativa. Esta Sala en anteriores ocasiones ya se ha encargado de delimitar los alcances que este principio posee, principalmente en materia penal, señalando que "Los tipos penales deben estar estructurados básicamente como una proposición condicional, que consta de un presupuesto (descripción de la conducta) y una consecuencia penal, en la primera debe necesariamente indicarse, al menos, quién es el sujeto activo, pues en los delitos propios reúne determinadas condiciones (carácter de nacional, de empleado público, etc.) y cuál es la acción constitutiva de la infracción (verbo activo), sin estos dos elementos básicos (existen otros accesorios que pueden o no estar presentes en la descripción típica del hecho) puede asegurarse que no existe tipo penal. [...] Así, este principio, consistente en la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas -sin perjuicio del desarrollo que el reglamento pueda hacer de las disposiciones de la ley-

por lo que, aún cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, son inadmisibles las cláusulas generales o indeterminadas de infracción que habilitan a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. Esta exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, debe proyectarse sobre la tipificación de las conductas como tales, y también respecto de su graduación y escala de sanciones, de modo que el conjunto de normas aplicables permita predecir, con suficiente certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta al administrado. Todo lo anterior resulta de capital importancia para efectos de esta acción, en razón de que las consideraciones expuestas obligan a tener por inconstitucionales las cláusulas generales o indeterminadas de infracción. No cabe, entonces, la simple habilitación legal si ésta carece de un contenido material propio que delimite los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionatorias. Con ello, quedan descartadas como legítimas las normas que pretenden tipificar como infracción "el incumplimiento de la presente regulación" o la "infracción a los deberes y obligaciones generales", toda vez que una descripción con tal nivel de apertura traslada al órgano sancionador la tarea -que podría ejercer a su entero arbitrio- de determinar cuáles acciones son susceptibles de sanción. [...] De manera que si la calificación de un hecho o de una conducta como infracción administrativa no es facultad discrecional de la Administración, sino propiamente actividad jurídica de aplicación de normas, lo que exige, como presupuesto objetivo, el encuadramiento o sumisión de la falta incriminada en el tipo predeterminado legalmente [...]

En efecto, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador rige también la prohibición de la analogía in malam partem, cuyo uso como herramienta de interpretación implica una lesión directa al núcleo esencial de la garantía del principio de tipicidad. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, ha señalado que "va de suyo que la tipicidad como manifestación sui generis del principio de legalidad en el ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas frena cualquiera veleidad hermenéutica que conduzca a la extensión por analogía de las figuras definidas como infracciones, más allá de sus límites estrictos (SSTC 75/1984, 159/1986, 138/1987 y 182/1990). Esta prohibición, que viene de antiguo y nace en el Derecho Penal, es inherente a la concepción reflejada constitucionalmente que podría burlarse de hecho muy fácilmente a través de una jurisprudencia que ampliara analógicamente cada conducta acuñada por el legislador" (ATC 72/1993, reiterado en ATC 255/2002). [...]". (Énfasis suplido).

En el caso concreto, el artículo 23 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores describe con suficiente claridad, en los términos señalados por la Sala Constitucional, la conducta sancionable y en los artículos 159 inciso 16 y 164 inciso 4) de la misma ley se establece la sanción a aplicar, sin que observe ninguna deficiencia o ambigüedad en la descripción del tipo o hecho sancionable. En la apelación, el Popular Valores Puesto de Bolsa S.A. recrimina la falta de tipicidad respecto al hecho que se le sanciona, al entender que el negocio realizado en la práctica fue una recompra, misma que no se encuentra incluida en el numeral 23 de la citada ley. No obstante, quedó demostrado en el cuadro fáctico de la sentencia revisada, que lo sucedido en la realidad fue una "compra" de Bonos de deuda externa del gobierno de Costa Rica por parte del Popular Valores Puesto de Bolsa S.A. con medios que le brinda el Banco Nacional para hacer dicha negociación (ver hecho probado N° 3), lo cual no fue

impugnado ni desvirtuado por el apelante. Así las cosas, el agravio respecto a la falta de tipicidad de la conducta sancionada, deviene en improcedente.”

2. Sanción administrativa: Potestad sancionatoria del Estado sobre sujetos que intervienen en los mercados de valores

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“**V.-** La actora señala como primer punto de disconformidad con la sanción impuesta, que se han violado los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y la proporcionalidad de la sanción a la gravedad de la falta, ya que lo normado en los artículos 108, 157 inciso 29, y 158 inciso 3 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores es sumamente amplio e implica que los operadores jurídicos puedan interpretar el mismo de la forma en que consideren más conveniente. Ha mencionado inclusive que dicho numeral tiene trazos de inconstitucionalidad. En ese sentido interpuso el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, expediente 09-3587-0007-CO, dentro del cual se dictó la resolución 2009014416, en la cual se declaró sin lugar el recurso y se indicó reiterando la jurisprudencia de dicha Sala sobre el punto lo siguiente:

“III.- OBJETO DE LA ACCIÓN. El accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 108, 157 inciso 29) y 158 inciso 3) de la Ley Reguladora del Mercado de Valores número 7732, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 108.- Actuación de participantes

“Los participantes en el mercado que reciban órdenes, las ejecuten o asesoren a clientes respecto de inversiones en valores, deberán actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizándolas según las instrucciones estrictas de sus clientes o, en su defecto, en los mejores términos, de acuerdo con las normas y los usos del mercado. La información que dichos participantes tengan de sus clientes será confidencial y no podrá ser usada en beneficio propio ni de terceros; tampoco para fines distintos de aquellos para los cuales fue solicitada”.

Artículo 157.- Infracciones muy graves:

“Incurrirán en infracciones muy graves:

(...)

29.- Las personas, físicas o jurídicas, que incumplan, según corresponda, alguna de las obligaciones o de las prohibiciones establecidas en los artículos 34, 35, 105, 106, los incisos a), b), c), d), e) y f) del 107, 108, 146 y 148, serán **sancionadas** de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 158 de esta ley.

(...)”

Artículo 158.- Infracciones muy graves

“Las sanciones correspondientes a las infracciones muy graves serán:

(...)

3.- Multa de doscientos salarios base, según se define en la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993.

(...)"

A juicio del accionante, en el artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores número 7732, el "tipo" regulado en la norma es ayuno en claridad y precisión, requerimientos necesarios y obligatorios en la estructura de la norma sancionadora, toda vez que delega en el operador la determinación de la conducta reprimida o sancionable y constituye un grave peligro de arbitrariedad, en lesión del principio de legalidad, tipicidad y proporcionalidad por cuanto generaliza de tal modo, que resulta posible encuadrar cualquier conducta en la prohibición imponiendo una única y gravísima sanción, lo que implica obviar la proporcionalidad de causa a efecto, por cuanto engazar un tipo tan abierto como el referido en el numeral 108 con una única y gravísima sanción como lo es la multa de doscientos salarios base, es desatender el principio de razonabilidad, ya que es el operador y no el legislador quien dispone si una actividad cualquiera es una falta de cuidado y diligencia, sin apreciar criterios de proporcionalidad para imponer como sanción una multa de doscientos salarios. Por otra parte, respecto de los artículos 157 inciso 2) y 158 inciso 3), el petente cuestiona que las sanciones son impuestas y aplicadas sin mayor criterio de proporcionalidad, según la falta en que se haya incurrido y que no existe una razonable fijación de las penas al menos con márgenes o rangos dentro de los cuales la autoridad pueda imponer una sanción según las especiales circunstancias del caso, sin existir la posibilidad de que el juzgador valore la relación que existe entre la gravedad de la conducta o infracción y el daño, sin permitir la imposición de una sanción a partir de un mínimo y un máximo en una relación causa y efecto.

IV.- SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS IMPUGNADAS. Esta Sala en la sentencia 06-13329 de las diecisiete horas treinta y dos minutos del seis de septiembre del dos mil seis, se pronunció sobre los artículos 108, 157 inciso 2) y 158 inciso 3), ocasión en la que consideró lo siguiente:

"VII.- De la alegada inconstitucionalidad del artículo 158 inciso 3) de la Ley de Mercado de Valores. La accionante impugna el inciso 3) del artículo 158 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, en cuanto establece una sanción fija de multa de doscientos salarios base (según se define en la Ley No.7337, de 5 de mayo de 1993). Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, se ha establecido que el hecho que la ley no establezca criterios para la graduación de las sanciones administrativas que prevé, no hace que éstas sean inconstitucionales ni las torna irrazonables o desproporcionadas; antes bien, se trata a juicio de la Sala de una decisión legislativa válida, conforme a la cual se pretende sancionar por igual todo caso en que se demuestre el incumplimiento de los deberes establecidos por la normativa (En este sentido ver además la sentencia 9738-04 de las catorce horas con treinta minutos del primero de septiembre del dos mil cuatro). En el presente asunto, la sanción que se analiza si bien es fija, no resulta confiscatoria ni desproporcionada - frente a la conducta que se pretende evitar, que es la falta al deber de cuidado del participante en el mercado -, en relación con la importancia del bien jurídico tutelado, que es la confianza que los inversionistas han depositado en esos participantes del mercado, pues de ese factor confianza depende el sano y buen funcionamiento del mercado. A ello se agrega que de la relación del monto de la sanción, - que es de doscientos salarios base -, con el bien jurídico que se tutela, que como se dijo, es la confianza en el sistema financiero costarricense y del deber correlativo del Estado de brindar protección a los inversionistas, estima la Sala que la sanción resulta proporcional a los

finés de la normativa y eventuales perjuicios que con la infracción se causen en los mercados financieros, susceptible de poner en riesgo los recursos de terceros. En suma, a criterio de este Tribunal la sanción es proporcional y corresponde de forma plena al ilícito administrativo, - que es la falta al deber de cuidado y diligencia en las operaciones de mercado -, en los términos del artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, que exige que tales acciones se realicen conforme a las instrucciones de los clientes o, en su defecto, en los mejores términos, de conformidad con las normas y los usos del mercado, lo que atiende plenamente al bien que se pretende tutelar: la confianza que los inversionistas depositan en los operadores del mercado de valores; se trata de una finalidad trascendental, pues la confianza es uno de los factores determinantes en el buen funcionamiento del mercado. Los argumentos expuestos justifican la desestimación de la acción en cuanto a este extremo, como en efecto se hace.

VIII.- De la infracción al deber de cuidado en el régimen de mercado de valores.

Del caso que presenta el recurrente se tiene además, que a la empresa accionante se le atribuye lo señalado en ese inciso 29) del artículo 157, que dice que:

"Las personas, físicas o jurídicas, que incumplan, según corresponda, alguna de las obligaciones o de las prohibiciones establecidas en los artículos 34, 35, 105, 106, los incisos a), b), c), d), e) y f) del 107, 108, 146 y 148, serán sancionadas de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 158 de esta ley. (...)"

En este asunto, se sanciona la falta a las obligaciones de naturaleza positiva - obligaciones de hacer- del artículo 108, según el cual: "...los participantes en el mercado que reciban órdenes, las ejecuten o asesoren a clientes respecto de inversiones en valores, deberán actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizándolas según las instrucciones estrictas de sus clientes o, en su defecto, en los mejores términos, de acuerdo con las normas y los usos del mercado." A esta altura es necesario recordar que en el Derecho Administrativo Sancionador, se permite que la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permitan un margen de apreciación en el caso concreto. Del análisis de la norma que se examina, es contrario al deber de cuidado y de diligencia el incumplimiento de las instrucciones del cliente, y en su defecto, conforme a los usos y costumbres mercantiles, lo que incluye las normas de conducta, de acatamiento obligatorio para directores, personeros, asesores y empleados, así como para los puestos y agentes de bolsa que establece el Título VI de la Ley de cita. De lo anterior se infiere que el artículo 157 inciso 29) de la Ley de Mercado de Valores, establece una prohibición que encuentra una clara definición en el artículo 108 de la misma ley, en el tanto establece parámetros ciertos para determinar si la conducta es negligente o descuidada, concepto que si bien es de contenido variable, en este caso se puede determinar su alcance de acuerdo con las directrices que ha dado el cliente, o conforme a los usos y costumbres mercantiles. Aún dentro del derecho sancionador por excelencia como el derecho penal, se admite que en las modalidades delictivas culposas, el contenido de un concepto como el deber de cuidado y la diligencia, se infiere de normas legales, reglamentarias, así como de las reglas básicas que rigen la buena práctica profesional, de tal forma que aunque no es posible que el tipo culposo defina los conceptos supra mencionados, su contenido debe tener siempre un sustento normativo o debe inferirse de los principios fundamentales que rigen el quehacer profesional, tal como ocurre en las lesiones culposas y el homicidio culposo, cuando se juzga en sede penal, un caso de "mal

praxis” médica. En el mismo sentido esbozado líneas atrás, estima la Sala que este tipo de infracciones - dentro del régimen de mercado de valores-, resulta razonable, en el tanto busca evitar el incumplimiento de las obligaciones que pongan en peligro y traicionen la confianza en que descansa ese tipo de relación, - como sería el caso de apartarse de las directrices dictadas por el propio cliente o incumplir reglas elementales que rigen el quehacer profesional de quienes intervienen en el mercado de valores. Es en esa tesitura y en cumplimiento del deber de cuidado y vigilancia al que se refiere con precisión el artículo 108 de la Ley de Mercado de Valores, es que deben, los participantes en las transacciones de valores, acatar de manera fiel y diligente las instrucciones del cliente y en su defecto, - si no existieren -, deben ajustarse a las disposiciones y usos del mercado, lo que incluye, sin duda alguna, el respeto a las normas fundamentales que rigen la actividad profesional de quienes intervienen en el mercado de valores. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 inciso 29) en relación con el 108 de la ley de cita, para fiscalizar y dar contenido al deber de cuidado en la actividad financiera - y con ello proteger al inversionista, a fin de mantener la solvencia, estabilidad y liquidez del sistema financiero nacional -, se debe valorar la actuación de los participantes en primer término, conforme a las instrucciones del cliente, - y en caso que no existan -, según las normas y usos del mercado.”

V.- SOBRE EL IUS PUNIENDI DEL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. *Esta Sala en reiteradas oportunidades ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración se justifica en el ejercicio del ius puniendi estatal que tiene como fundamento el principio de legalidad. Tanto en el campo penal como en el administrativo, el Estado tiene la potestad de castigar ciertas conductas antijurídicas justificadas en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de importancia para la colectividad. De esta manera la materia sancionatoria está reservada a la ley, independientemente de si su naturaleza es penal o administrativa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, nacional y extranjera, en forma reiterada, al aceptar la tesis de que los principios inspiradores del orden penal son aplicables al derecho administrativo sancionador -con ciertos matices- partiendo de la existencia de una afinidad entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En ambas materias, por su naturaleza punitiva, es necesario garantizar la seguridad jurídica, para que tanto el individuo como el Estado, sepan a qué atenerse y cuál es su campo de acción, estableciendo claramente el legislador constituyente que el establecimiento de estas reglas está reservada exclusivamente al legislador. (Sentencia 2006-001034 de las catorce horas treinta y nueve minutos del uno de febrero del dos mil seis). En este sentido este Tribunal en sentencia 2000-8191 de las quince horas tres minutos del trece de septiembre del dos mil estableció: “... la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador. De esta forma se acepta que no sólo el Estado no puede pretender resolver todos los problemas de los ciudadanos y de la sociedad en general a través de la sanción, sino que tampoco puede tener poderes ilimitados para hacerlo. En ese sentido se habla del*

principio de utilidad, que exige la relevancia del bien jurídico tutelado y la idoneidad del medio para tutelar ese bien jurídico. Toda prohibición sin estos elementos se considera injustificada e ineficaz. La potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales". *Ante esto esta Sala ha considerado que el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando es de naturaleza administrativa o de una relación administrativa de sujeción especial, difiere en su aplicación de la severidad de las normas penales que contiene el ordenamiento jurídico. En el caso en cuestión, se trata de la potestad sancionatoria del Estado sobre las personas físicas o jurídicas que intervienen en los mercados de valores, para evitar que estos incumplan con las obligaciones establecidas por ley y con esto brindar protección tanto al inversionista como al Sistema Financiero Nacional.*

VI.- SOBRE LOS ALEGADOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y TIPICIDAD. *El accionante asegura que las normas impugnadas infringen los principios de proporcionalidad y tipicidad, porque establecen una sanción determinada y fija sin preveer márgenes o rangos dentro de los cuales la autoridad pueda imponer una sanción según las especiales circunstancias del caso, sin existir la posibilidad de que el juzgador valore la relación que existe entre la gravedad de la conducta o infracción y el daño y sin permitir la imposición de una sanción a partir de un mínimo y un máximo en una relación causa y efecto. Sin embargo este Tribunal según se indicó en la sentencia 06-13329 citada supra, ha considerado que este tipo de sanciones dentro del régimen de mercado de valores, resulta razonable por cuanto busca evitar el incumplimiento de las obligaciones que pongan en peligro y traicionen la confianza en la cual se apoya este tipo de relación, como sería el caso de apartarse de las directrices dictadas por el propio cliente o incumplir reglas elementales que rigen el quehacer profesional de quienes intervienen en el mercado de valores. La Sala ha tenido oportunidad para pronunciarse sobre similares alegatos y ha estimado que no se produce infracción alguna a la Constitución Política. En la sentencia No. 2006-10060 de las diecisiete horas y once minutos del once de julio del dos mil seis se estableció lo siguiente:*

"Único. La normativa consultada ahora por el Juez Contravencional y de Menor Cuantía de Guácimo, sea el inciso c) del artículo 44 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, ha sido objeto de estudio por parte de esta Sala en dos acciones de inconstitucionalidad, resueltas mediante sentencias número 2004-14752 de las 15:06 horas del 22 de diciembre de 2004 y la 2005-12202 de las 15:43 horas del 7 de setiembre de 2005, en las cuales, la Sala estableció que el numeral impugnado no resultaba inconstitucional, toda vez que fue establecido precisamente tomando en cuenta la infracción que se comete en contra del sistema de seguridad social, situación que por su propia naturaleza hizo que el legislador se inclinara por el establecimiento de una sanción fija. En la última de las sentencias mencionadas, que a su vez reproducía lo que ya había indicado la Sala, se indicó:

"II.- Objeto. El inciso c del artículo 44 citado dice, en lo que aquí interesa:

Artículo 44.- Las siguientes transgresiones a esta ley serán sancionadas en la siguiente forma: [...]

c) Será sancionado con multa de cinco salarios base quien no incluya, en las planillas respectivas, a uno o varios de sus trabajadores o incurra en falsedades en cuanto al

monto de sus salarios, remuneraciones, ingresos netos o la información que sirva para calcular el monto de sus contribuciones a la seguridad social.

Según el accionante la pena es desproporcionada, irracional y confiscatoria, además de no guardar ni razonabilidad ni equidad. El accionante echa de menos la proporción entre la sanción y la afectación al bien jurídico.

III.- Sobre el fondo: A pesar de la alegada falta de correlación entre la multa y el bien jurídico, el accionante no menciona siquiera cuál es el bien jurídico que a su juicio se lesiona. La omisión no le permite darse cuenta de que la norma es más bien benevolente ante el daño que la conducta ilícita puede provocar. En sentencia No. 3465-93, del 20-7-93, esta Sala dijo al referirse a otra sanción impuesta en la misma ley que: "... lo que está en juego es el sistema de seguridad social del trabajador costarricense. No estamos ante un particular cobrando una deuda, sino ante una institución estatal cobrándole al patrono lo que él, como designado del Estado para ello, le deduce al obrero de su salario para contribuir con el sistema de seguridad social que garantiza su atención médica, incapacidades y pensiones de retiro, entre otras, como consecuencia de la garantía social establecida en el artículo 73 de la Constitución Política. [...]

Resulta entonces que la norma cuestionada no es inconstitucional, sino que, por el contrario, lo que hace es dar efectividad a un principio contemplado en el artículo 73 de nuestra carta fundamental, calificando como delito una conducta que por su trascendencia, al atentar contra bienes jurídicos tan relevantes como la salud y la vida misma del trabajador, merecen especial tutela por parte del ordenamiento jurídico.

La exclusión de un trabajador de las planillas o la alteración de su sueldo definitivamente inciden sobre el monto que recibirá cuando se acoja a los beneficios de la seguridad social. En consecuencia, la sanción impuesta al patrono por incurrir en estas conductas no es ni desproporcionada ni irracional y no lesiona ninguno de los principios constitucionales que el accionante alega".

Así las cosas, en el caso que se analiza, el hecho de que se establezca que la sanción por el no empadronamiento dentro de los ocho días hábiles siguientes al inicio de la actividad, sea el equivalente al cinco por ciento del total de los salarios, remuneraciones o ingresos omitidos; no hace que por sí misma tal consecuencia punitiva sea violatoria de los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad que se alegan violados. En consecuencia, con base en las consideraciones expuestas, se rechaza por el fondo la acción interpuesta."

Es importante mencionar que la Sala Constitucional no ha establecido en forma categórica que toda sanción fija sea automáticamente inconstitucional. De esta manera se estimó constitucional la sanción de cierre de negocios por quince días con que la Ley General del Impuesto sobre las Ventas sanciona el incumplimiento de ciertos deberes formales tributarios, en tanto existía una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que perseguía la referida norma, en este sentido dispuso:

"c) Violación al principio de proporcionalidad. Uno de los principales cuestionamientos del cierre de negocios es su aparente irrazonabilidad y falta de proporcionalidad. Según se alega, las normas transgreden la proporción necesaria que

debe existir entre el fin y la medida adoptada para conseguirlo. Efectivamente, la razonabilidad de una norma jurídica significa la verificación de la proporción entre el fin querido y la medida adoptada para lograrlo, y en ese sentido, puede decirse que no basta la relación entre el fin y el medio, sino en la proporcionalidad del medio con respecto al fin, sobre todo en un país democrático como el nuestro, en donde el fin no justifica los medios, sino que los medios se constituyen un fin en sí mismo, para garantía de los ciudadanos. Tomando en cuenta que para poder fiscalizar y verificar el pago de los tributos, la administración tributaria necesita de una serie de informaciones, resulta razonable que exija el cumplimiento del deber formal que aquí se analiza, que es la emisión de factura o comprobante debidamente autorizado por la Administración Tributaria y la entrega de esta al cliente en el acto mismo de la compra, venta o prestación del servicio. Esta es una de las formas materiales en que se puede determinar el fiel cumplimiento de la obligación tributaria por parte de los contribuyentes, siendo no solo razonable, sino indispensable, para el cumplimiento de los deberes de verificación y fiscalización que tiene la Administración Tributaria. Por otra parte, el Estado tiene la necesidad inexorable de captar recursos para el cumplimiento de sus fines; los impuestos se presentan como el recurso por excelencia para la obtención de ingresos para el cumplimiento de los fines sociales, y si no se establecen adecuadas formas de exigir el pago de estos recursos, la evasión y no el pago será la regla, con el eventual perjuicio de toda la sociedad. En ese sentido, para esta Sala, también resulta razonable, exigir al comerciante que cobre el pago del tributo correspondiente y no lo retenga (art. 20.2), porque de otra forma lo más probable es que no lleguen a las arcas del Estado los recursos. Conforme a lo expuesto, resulta no solo proporcional, sino indispensable para la recaudación de los impuestos, exigir que éstos sean pagados y que como prueba de ello se exijan las facturas o comprobantes autorizados; de igual forma resulta necesario que esos comprobantes sean entregados en el acto de la compra venta, o prestación de servicio -como garantía al Estado y al contribuyente- y que sean remitidos oportunamente al Fisco para su debida utilización en las obras que el Estado determine por medio de sus canales legales.”

En el caso particular, contrario a lo alegado por el accionante en cuanto a la falta de claridad y precisión de la conducta sancionable, así como la imposibilidad de graduación de la sanción en proporción a la gravedad del hecho cometido u omitido, considera esta Sala que los artículos impugnados no infringen los principios alegados, por cuanto dicha normativa no se limita a establecer las obligaciones o prohibiciones de las personas físicas o jurídicas que intervienen en los mercados de valores, sino que expresamente señalan cuál es la sanción que debe ser impuesta en tanto la infracción se cometa y de esta manera dicha infracción sólo puede ser reprimida con la sanción que específicamente el artículo indique, esto con el fin de evitar determinadas conductas de los participantes en el mercado de valores que pongan en riesgo los recursos de terceros.

VII.- SOBRE EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. En sentencia 2007-13580 de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de septiembre del dos mil siete se dispuso:

“Sobre el particular, debe indicarse que esta Sala ha reconocido que el principio de razonabilidad, implica que la restricción a derechos fundamentales impone el deber de que aquella se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar

su afectación del ámbito cubierto prima facie por el derecho fundamental de las personas. A partir de ello, este Tribunal ha reconocido que un acto limitativo de derechos fundamentales es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende lograr en beneficio de la colectividad”.

De la misma forma la sentencia 1998-8858 de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho estableció que:

“El principio de razonabilidad, surge del llamado "debido proceso sustantivo", es decir, que los actos públicos deben contener un substrato de justicia intrínseca. Cuando de restricción a determinados derechos se trata, esta regla impone el deber de que dicha limitación se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su contradicción con el principio general de igualdad.

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados.”

En el caso concreto, en cuanto a los numerales de la Ley del Mercado de Valores impugnados, los cuales establecen las posibles infracciones así como las correspondientes sanciones, en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones

o de las prohibiciones estipuladas para los participantes en el mercado de valores, no resultan irrazonables respecto del bien jurídico que se tutela, situación que propicia la necesidad de imponer al Estado la obligación de adoptar medidas tendientes a la protección de tales intereses, para que a los individuos se les brinde un servicio de seguridad eficiente y respetuoso de las leyes, tal y como se contempla en los artículos 108, 157 inciso 29) y 158 inciso 3) de la Ley del Mercado de Valores. En todo caso la discusión sobre la aplicación de la sanción alegada por el accionante, es un asunto que le corresponde conocer a las autoridades jurisdiccionales, a fin de que sean éstas las que determinen si se incumplieron o no las obligaciones que rigen la actividad profesional de quienes participan en el mercado de valores, así como la procedencia de la sanción impuesta, y no a esta Sala.

VIII.- CONCLUSIÓN. *Como en el caso concreto los extremos alegados por la accionante, coinciden con los conocidos y resueltos por esta Sala a través de las sentencias citadas supra, y al no existir motivo para variar el criterio vertido en esas oportunidades, resulta procedente rechazar por el fondo la presente acción. "*

Luego de lo transcrito, y dado no sólo el carácter vinculante de las resoluciones de la Sala Constitucional, se concluye que efectivamente la sanción impuesta en el artículo 158 inciso tres de la Ley del Mercado de Valores no es inconstitucional, ni viola los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción a la gravedad de la falta, pues la misma corresponde a un ilícito administrativo y una vez que se comprueba que la falta ha sido cometida, se debe imponer la sanción establecida por la ley, la cual establece una pena para cada tipo de infracción, que en el caso concreto se refiere a la falta de la diligencia en el mercado bursátil, conducta que podría implicar graves perjuicios en ese sector de la economía.”

3. Sanción administrativa: Aplicación de principios del derecho punitivo

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“III.- Generalidades sobre la potestad sancionatoria. Principios jurídicos aplicables. Aplicación de principios del Derecho Punitivo en materia administrativa sancionatoria. En virtud de lo alegado, es menester ingresar a esclarecer y precisar el conjunto de principios aplicables al derecho administrativo sancionatorio, dado que el accionante aduce, resultan atinentes al caso principios propios del derecho penal, según lo ha fijado la Sala Constitucional. Sobre el particular cabe indicar lo que de seguido se expone. El Derecho Administrativo Sancionatorio se entiende como el conjunto de disposiciones mediante las cuales la administración pública (centralizada o descentralizada según el marco de sus competencias) encargada de favorecer el bienestar público (e interés público que justifica la concesión de potestades legales de imperio), vincula a la trasgresión de una disposición administrativa (de base normativa) como supuesto de hecho, una sanción administrativa, como efecto condicionado. La propia evolución del Derecho

Administrativo permite su desarrollo y posterior autonomía, según lo establece el canon 9 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública. Desde este plano, si bien tanto el derecho penal como el administrativo sancionador derivan del ejercicio del ius puniendi, como manifestación de los poderes públicos, lo que motivó que este último sustentara sus bases y principios en aquella rama, el derecho administrativo sancionatorio, como ramificación del Derecho Administrativo, ha sido objeto de evolución, llevando a un grado de autonomía que permite la aplicación de principios propios, si bien similares en algunos supuestos a aquel régimen represivo penal, no iguales. Por ende, al margen de que en su momento, participaba de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal, lo cierto del caso es que en la actualidad, esos postulados son utilizables dentro del procedimiento administrativo pero de manera matizada, ergo, no son atinentes al ejercicio administrativo en su plenitud, sino en la medida en que resulten atinentes a las relaciones jurídico administrativas de orden sancionatorio, sea interno o externo. Lo anterior se justifica en la naturaleza diversa que se presenta entre la potestad sancionatoria penal y la administrativa. Sobre la aplicación de estos criterios y las diferencias existentes en ambas materias, ya ha dado cuenta la Sala Constitucional, entre muchas, en el fallo No. 1484-96 y en materia tributaria, para citar un ejemplo, en el fallo No. 8193-2000 del 13 de septiembre del 2000. En esta última, de manera genérica, fijó bases esclarecedoras sobre el tema en particular, que resultan relevantes al presente asunto, señalando: ***IV.- Extensión de los principios de la materia penal al campo de las sanciones administrativas.*** Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar –en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que "todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas –principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador." (resolución N° 1484-96) "...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado."(resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de

legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos." En igual sentido pueden consultarse las resoluciones números 5653-93, 3929-95 y 10198-01 de ese mismo Tribunal Constitucional. Conforme a lo expuesto, es claro que la implementación dentro del procedimiento administrativo sancionatorio de los diversos principios que corresponden al *ius puniendi* penal, no es plena, sino solo parcial en aquellos aspectos que resulten armónicos con la dinámica propia de la instancia administrativa y que se corresponden con la máxima del debido proceso, principio ineludible en esta materia. Lo anterior dado que por sus propias particularidades, no puede equiparse como un todo al proceso penal, el cual, tiene fines diversos. Desde luego que en orden a lo expuesto por la Sala Constitucional, esa graduación no puede vaciar el contenido de los principios básicos del régimen sancionatorio. A fin de cuentas, la actuación pública debe respetar el debido proceso, constitucionalmente tutelado. Para ello ha de tenerse claro que el Derecho Administrativo sancionador es punitivo en cuanto como consecuencia jurídica, impone sanciones o reprimendas administrativas, pero en definitiva, no tiene todas las connotaciones del proceso penal, pues carece del alcance desvalorativo que merecen las conductas que, además de ser ilícitas, son incuestionables e intolerablemente injustas. De ahí que para los efectos del presente fallo, ha de tenerse claro que en la tramitación de un procedimiento sancionador que se cursa en sede administrativa por parte de una Administración regulatoria de las operaciones cambiarias en moneda extranjera, no resultan plenamente aplicables todos los principios del sancionador penal, sino solo aquellos que resulten de posible uso en aquel primero, para lo cual debe ponderarse su finalidad y particularidades propias. Con todo, estos procedimientos han de satisfacer las garantías propias del contradictorio y debido proceso, así como las diversas fases del procedimiento administrativo que fija el libro segundo de la Ley General de la Administración Pública, No. 6227/78, o bien, del régimen jurídico especial que pueda regular determinado campo de acción. Se trata de un presupuesto de validez de la conducta administrativa, que en esa medida, debe ajustar su forma de emisión al cauce procedimental que le resulte aplicable, con la posibilidad, oficiosa incluso del juzgador, de revisar las deficiencias en ese elemento del acto, conforme lo señala el precepto 182 *ibidem*.

IV.- Base legitimante de la potestad sancionadora del Banco Central en las operaciones cambiarias. Es evidente que el ejercicio sancionador que emprende el Banco Central por infracción de los sujetos fiscalizados en el marco de las operaciones cambiarias de contado, como el que aquí se examina, en tanto manifestación de la potestad punitiva de la Administración, se encuentra afecto a los postulados previamente explicitados. Ahora bien, la trascendencia e interés público que subyace en las actividades de intermediación financiera, dentro de estas, transacciones económicas de compra o venta de moneda extranjera -relevante al caso-, justifica la asignación de potestades al Banco Central para poder regular ese sector, lo que supone, no solo la posibilidad de emisión de disposiciones normativas para los sujetos regulados, inmersos en una relación de sujeción especial -artículo 14 Ley General de la Administración Pública-, sino la tenencia de un poder sancionador que le habilita para el dictado de medidas correctivas o sancionatorias ante la desatención de las disposiciones que regulen ese mercado o marco de actividades. Sobre el alcance de las relaciones especiales de sujeción en el sistema financiero nacional puede verse el fallo No. 1000-2010 de las 09 horas 35 minutos del 26 de agosto del 2010 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Desde este plano, las atribuciones genéricas

que establecen los cánones 2 y 3 de la Ley Orgánica del Banco Central, No. 7558, sientan las bases para justificar dicha potestad de imperio. Para ello, el ordenamiento jurídico sectorial ha establecido una conformación orgánica que le permite concretar ese ejercicio de supervisión, que implica, potestades de fiscalización y regulación. Por ende, se encuentra dispuesta la creación de las superintendencias, bajo la figura de órganos de desconcentración máxima, a saber, la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones y, recientemente, la Superintendencia General de Seguros, teniendo las dos últimas personalidad jurídica instrumental. En cuanto al régimen cambiario, los preceptos 85 a 98 de la Ley Orgánica del Banco Central establece una serie de regulaciones que precisan esa actividad, fijando la competencia del Banco Central para emitir las regulaciones en este campo. Dentro de estas, interesa para efectos de la presente causa, la potestad sancionatoria que concede el numeral 93 a favor del citado ente público, ante el incumplimiento de los preceptos de ese marco legal, las disposiciones del Banco Central o bien, de las recomendaciones de la SUGEF. Se trata por ende de una competencia exclusiva y excluyente, que le habilita para emitir sanciones a los infractores de las regulaciones que atañen al mercado cambiario. Es claro que la intencionalidad inmersa en esa competencia es mantener un funcionamiento eficiente, ágil, estable, competitivo y garante de los derechos del público que se constituye en usuario de esos servicios financieros. Desde este plano, como parte de los principios propios del derecho punitivo que han de ser garantizados dentro de la dinámica de la rama administrativa sancionatoria, se encuentra la necesaria asignación de esa potestad de imperio que posibilite el ejercicio de ese marco sancionador. Tal potestad, en el caso del Banco Central para el tema de las transacciones cambiarias se encuentra incuestionablemente plasmada en la norma de comentario. Ahora bien, como ha sido expuesto por las parte involucradas en esta causa, el citado precepto 93 de la Ley No. 7558, fija un sistema gradual de **sanciones**, en los siguientes términos: **"Artículo 93.- Sanciones para entes infractores.** *Los antes autorizados a participar en el mercado cambiario, que infringieren las disposiciones de esta ley o las regulaciones del Banco Central o no acataren las recomendaciones de la Superintendencia General de Entidades Financieras, serán sancionados previo informe de la Superintendencia General de Entidades Financieras, por el Banco Central de la siguiente forma: a) Por violaciones reglamentarias, amonestación escrita. b) En caso de reincidencia en faltas al reglamento en un período de un año o por violaciones legales, se suspenderá la participación del ente en el mercado cambiario por el término de uno a treinta días. c) En caso de más de tres violaciones a la ley en un período de dos años, se cancelará la autorización de participar en el mercado cambiario por un plazo de dos años."*

Como se puede colegir con claridad de ese precepto, el ejercicio de la potestad sancionatoria es viable en la medida en que se haya determinado, previo procedimiento administrativo, la desatención o incumplimiento a las reglas que para efectos del mercado cambiario fije el Banco Central o recomiende la SUGEF. Desde esta arista de examen, es claro que el principio de tipicidad en este tipo de asuntos, en el contexto de las relaciones cambiarias, no supone la existencia de una norma que fije la sanción aplicable a cada conducta que pueda dar paso al régimen represivo. A tono con lo preceptuado por el citado canon 93, debe entenderse que las sanciones se producen en caso de desatender las reglamentaciones que se emitan para regular este campo económico, caso en el cual, podrá imponerse una amonestación escrita, o

bien, caso de reincidencia, inhabilitación por un plazo de 1 a 30 días. Asimismo, la acumulación de tres sanciones llevaría a la cancelación de la habilitación de participar en el mercado cambiario por dos años. Así, el marco referencial para este régimen sancionatorio se encuentra contemplado en la ley, pero a la vez en el conjunto de reglamentaciones que emita el Banco Central para este tipo de operaciones, las que, en orden a la relación especial de sujeción que opera en este campo, deben ser acatados por los agentes autorizados regulados, so pena de exponerse a dichas represiones. Ergo, la tipicidad en este tipo de situaciones supone la existencia previa de una norma reglamentaria o resolución que establezca determinado comportamiento dentro de las transacciones cambiarias que realizan los sujetos fiscalizados. Es precisamente la infracción a tales disposiciones la que constituye el parámetro de base para ponderar en el caso concreto, la **sanción** que corresponda conforme al marco gradual que fija la normativa aludida.

V.- Regulación en materia de operaciones cambiarias aplicable al caso. Ahora bien, interesa para efectos del presente asunto los diversos aspectos que se encuentran regulados en el denominado Reglamento para las Operaciones Cambiarias de Contado (ROCC). Tal normativa, emitida en la Sesión de Junta Directiva del Banco Central No. 5293-2006 de 30 de agosto del 2006, y publicada en La Gaceta No. 179 de 19 de setiembre del 2006, establece "*...las normas que regulan las operaciones de compra y de venta de monedas extranjeras al contado con colones costarricenses en el mercado cambiario nacional y a los sujetos que las realizan como parte del giro normal de su negocio con el propósito de obtener un lucro derivado de la intermediación en dicho mercado, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley Nº 7558, del 27 de noviembre de 1995.(...)*" - artículo 1-. Dentro de estas regulaciones, resultan especialmente relevante los ordinales 3 y 5, dado que son las normas en que la Administración demandada sustenta la sanción impuesta al Banco Nacional, quien se opone a este acto al considerar que dichos preceptos no fijan la obligación que se le imputa como desatendida. En esta línea, el numeral 3 ibídem trata del deber de suministro de información. Indica este numeral en su inciso a): "**Artículo 3.- Información por suministrar.** *Todas las entidades autorizadas a participar en el mercado cambiario deberán suministrar al Banco Central de Costa Rica la siguiente información sobre sus operaciones en el mercado cambiario, conforme se establezca en el instructivo que emitirá esta Institución: a) Los tipos de cambio para la compra y para la venta de monedas extranjeras anunciados en ventanilla, los cuales corresponderán, respectivamente, al tipo de cambio mínimo al cual la entidad asume el compromiso de adquirir divisas del público; y al tipo de cambio máximo al cual la entidad asume el compromiso de vender divisas al público. Dichos tipos de cambio deberán contemplar cualquier recargo o costo adicional, de forma tal que el tipo de cambio reportado corresponda al monto final que recibirá o pagará el cliente por la divisa transada. La obligación de brindar la anterior información no aplica a las entidades autorizadas a participar en el mercado cambiario únicamente por encargo de terceros. (...)*" Por su parte, los párrafos primero y segundo del artículo 5 estatuye en su tenor literal: "**Artículo 5.- Margen de Intermediación Cambiaria.** *El margen de intermediación cambiaria, definido como la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de las monedas extranjeras, será determinado por las entidades autorizadas para participar en el mercado cambiario. Los tipos de cambio de compra y de venta de*

monedas extranjeras deberán corresponder a los efectivamente utilizados en las transacciones con sus clientes. Dichos tipos de cambio deberán contemplar cualquier, recargo o costo adicional, de forma tal que el tipo de cambio reportado corresponda al monto final que recibirá o pagará el cliente por la divisa transada. Esas entidades deberán exhibir permanentemente y en forma visible al público en sus instalaciones y en sus sitios Web, los tipos de cambio en ventanilla. (...)" Como se ha expuesto, el Banco accionante acusa, esas normas no permiten inferir un deber de exhibir simultáneamente la información en las pizarras electrónicas informativas, siendo suficiente la información en ventanilla, por lo que no existe incumplimiento alguno. Por su parte el Banco Central aduce, la interpretación de esa normativa lleva a entender que esa información destinada al público, debe reflejar el tipo de cambio que se maneja en ventanilla. Del análisis de ambas normas es criterio de este Tribunal, surgen una serie de consecuencias en la práctica de operaciones cambiarias. Un primer aspecto, sobre el cual no existe controversia, es la obligación de informar a las autoridades del Banco Central el tipo de cambio para la compra y venta de monedas extranjeras que en su momento, se anuncie en ventanilla. Tal detalle de información debe encontrarse debidamente actualizado, para lo cual, las actualizaciones del tipo de cambio deben ser realizadas en el transcurso de diez minutos desde que se produzca materialmente cada variación en ventanilla. Lo anterior puede realizarse por el sistema denominado "MONEX", o bien, en caso de deficiencias o dificultades de acceso a dicho sistema, así como para aquellos operadores que no posean ese sistema, la comunicación, dentro de ese mismo lapso, ha de realizarse mediante fax o correo electrónico al Departamento de Operaciones Financieras del Banco Central, a los números y direcciones que al efecto se disponga. Es claro que la intencionalidad de esta disposición es generar los insumos de información para que el ente regulatorio puede fiscalizar la correcta marcha de las prácticas financieras del régimen cambiario, y la sujeción a los diversos lineamientos o regulaciones que sobre el tema se emitan. Resulta evidente que las normas referidas sustentan un deber de información actualizada y veraz, que exige una comunicación inmediata al Banco Central de los precios de compra y venta de moneda extranjera en ventanilla. No obstante, ese deber de información se impone no solamente para con el Banco Central, sino además para con los usuarios o clientes de esas entidades cambiarias, en concreto, para el público destinatario de ese mercado. En efecto, el numeral 5 párrafo segundo señala con toda claridad que las entidades deben exhibir de manera permanente y visible al público en sus instalaciones y sitios web, los tipos de cambio que se manejan en ventanilla. La correcta interpretación de estas disposiciones llevan a concluir en modo diverso al que expone el Banco Nacional. En efecto, para esta Cámara, es evidente que la ratio o finalidad de esos mandatos se direcciona a imponer un deber de los operadores del mercado cambiario de brindar al público información clara y adecuada que permita orientar su decisión de consumo, información que en orden a dichos cánones, ha de ser, además, veraz, lo que supone, por tesis de principio, que ha de ser actualizada. En esa línea, la interpretación de las normas que componen el derecho público, ha de realizarse de la manera en que mejor convenga y satisfaga a la satisfacción del interés público que las justifica o sustenta. Así lo ordena el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública. Se trata de una práctica hermeneútica que ha de sopesar no solamente el sentido propio de sus palabras (gramatical), sino la realidad social del momento en que deben aplicarse, atendiendo, fundamentalmente, su espíritu y finalidad, según lo manda el artículo 10 del Código Civil. En esa línea, el mercado de

intermediación financiera y dentro de este, el mercado cambiario, constituye un campo de actividad en que al margen de la relación intensa que vincula a los operadores y a las entidades y/u órganos fiscalizadores y supervisores, el destinatario de esos servicios es el público. Ello implica que ese público sea receptor directo o indirecto de las regulaciones que se emiten en esa área. Entre las entidades autorizadas y el público se produce una relación de consumo, cuya regulación se entiende engrosada y complementada por los principios que impregnan ese tipo de relaciones. De tal connotación participa el mercado cambiario, siendo claro que la decisión del público de realizar operaciones con una entidad autorizada u otra, entre otros factores, depende en gran medida del tipo de cambio que se maneje en un momento específico. Dicha decisión del público solo puede adoptarse si la información que se impone a las entidades financieras que participan de esta actividad exponer en sus sitios web e instalaciones, empata a plenitud con los precios de compra y venta que efectivamente se realizan en ventanilla.

VI.- Es criterio de este Tribunal, el deber de actualizar la información ante el Banco Central (sea por el sistema MONEX o bien por transmisión de fax o correo electrónico) junto al de exhibir el tipo de cambio en las instalaciones, lleva inmersa una derivación lógica, cual es, el deber de que esa información que se exhibe al público sea la misma que maneja ventanilla y el Banco Central, es decir, el tipo de cambio que se anuncia en pizarras informativas debe ser igual al que se maneja en ventanilla, que por principio, ha de ser el que se ha informado al Banco Central dentro de los rangos de tiempo ya apuntados (10 minutos). No se trata de la creación de un nuevo supuesto obligacional mediante mecanismos analógicos, sino de un deber que se entiende incorporado dentro de las mismas regulaciones y que en un contexto lógico, se desprende de las normas apuntadas. Una interpretación finalista en este supuesto sustenta esta ponencia y pondera de manera debida el derecho de los consumidores de esas operaciones. Lo contrario supondría la permisibilidad de exposición al público de información incierta, con alto riesgo de confusión e inseguridad en la toma de sus decisiones de consumo. Ahora, lo anterior no pierde vigencia por el hecho de que en la misma oficina bancaria o financiera, además de pizarras informativas, existan rótulos o pizarras manuales en cada ventanilla. En tal caso, toda la información ha de ser congruente e idéntica. La diferencia de las fuentes de información a la postre, desconocen el deber de información clara, veraz y actualizada, generando confusión en las decisiones del público. De ahí que resulte evidente la obligación de actualizar simultáneamente los tipos de cambio que se manejan en ventanilla al Banco Central pero también, al público. Puede pensarse el caso de un usuario que se informa del tipo de cambio (desactualizado) en esas pizarras de exhibición general, ante lo que, realiza retiros de sumas importantes para poder realizar su transacción cambiaria con ese ente, por considerar que en el mercado cambiario, es el que le resulta mas favorable, y luego, al apersonarse en ventanilla, se le indica que el tipo de cambio es otro, pese a que los datos que se consignan en la pizarra informativa no se han modificado. En tal extremo, es evidente que su decisión se orientó en una información sesgada, sin que pueda considerarse racional el alegato que el deber de información se satisface con la información que se da en la misma ventanilla. En este punto cabe señalar, el numeral 46 de la Carta Magna establece el derecho fundamental de los consumidores a recibir información adecuada y veraz. Esto justifica que el proveedor de bienes o servicios debe poner a disposición del consumidor la información adecuada para que se

encuentre en posibilidad de adoptar decisiones de manera debida. Ergo, este último debe recibir información pertinente y oportuna de todos los elementos que incidan de forma directa en su decisión de consumo, por lo que, es esencial que la persona que pretende comprar o vender divisas no sólo conozca suficiente y oportunamente las condiciones en que se adopta la negociación. Lo anterior dice del deber de exhibir información actualizada, que se desprende, sin esfuerzo, del citado inciso a) del artículo 3 y párrafos primero y segundo del mandato 5, ambos del ROCC. Ergo, a diferencia de lo que expone el Banco accionante, es criterio de este órgano colegiado, las preceptos aludidos sustentan la obligación de brindar información actualizada de manera simultánea a la remisión de datos del tipo de cambio al Banco Central. Ese deber debe materializarse en la totalidad de mecanismos de exhibición de datos que adopte el ente financiero. De ahí que la infracción a esta exigencia, posibilita, a tono con lo establecido por el canon 93 de la Ley Orgánica del Banco Central, la imposición de sanciones graduales que allí se expresan.

VII.- El caso concreto. En la especie, se tiene por acreditado que mediante los oficios SUGEF-944-200900004 del 18 de marzo y SUGEF-1149-200903177 del 30 de marzo, ambos del año 2009, la SUGEF comunicó al Banco Central de Costa Rica que el Banco Nacional había desatendido los numerales 3 inciso a) y párrafos primero y segundo del canon 5 del ROCC, al haber constatado, ante denuncias presentadas por usuarios, los siguientes hechos: a) el 06 de enero del 2009, el Banco Nacional exhibió en la pantalla de sus oficinas, un tipo de cambio diverso del informado para ese período específico en el Banco Central de Costa Rica, cuando en ese mismo momento este último era utilizado en el sistema transaccional de cajas de esa entidad y; b) el 16 de marzo del 2009, exhibió en la pantalla electrónica de sus oficinas centrales, un tipo de cambio distinto del informado para ese período en específico al Banco Central de Costa Rica, cuando en ese mismo momento este último era utilizado en el sistema transaccional de cajas de esa entidad. Ante ello, por acuerdo adoptado en el artículo 15 del acta de la sesión No. 5434-2009 de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica del 02 de septiembre del 2009, comunicado mediante el oficio JD.496-09 del 17 de septiembre del 2009, se dispuso la apertura de un procedimiento administrativo ordinario sancionador a fin de determinar si el Banco Nacional había incumplido las disposiciones contenidas en el artículo 3 inciso a) y numeral 5 párrafo primero y segundo del ROCC. Luego de realizado el procedimiento administrativo de rigor, por acuerdo del artículo 11 del acta de la sesión 5455-2010 de la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, de fecha 10 de marzo del 2010, comunicado mediante el oficio J.D.155-10 del 18 de marzo del 2009, sustentado en el numeral 93 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, se dispuso: "*1.- Sancionar con una amonestación por escrito al Banco Nacional de Costa Rica, porque el 6 de enero y el 16 de marzo del 2009, exhibió en la pantalla electrónica de sus oficinas principales, un tipo de cambio distinto del informado para los períodos en específico al Banco Central de Costa Rica, cuando en ese mismo momento el tipo de cambio reportado, era utilizado en el sistema transaccional de cajas de esa entidad. (...)*" Como se ha señalado ut supra, no es objeto de controversia en el presente caso los hechos que fueron tema de examen dentro del procedimiento administrativo. La parte promovente no cuestiona la existencia real de los hechos determinados en ese procedimiento. El motivo de su disconformidad versa, al igual que lo expuso en sede administrativa, en la supuesta ausencia de norma que fijara la conducta cuyo incumplimiento se le

reprocha y que sustentó la sanción impuesta. De ahí que para efectos de este fallo, es claro que no existe controversia en cuanto a que el 6 de enero y el 16 de marzo del 2009, exhibió en la pantalla electrónica de sus oficinas principales, un tipo de cambio distinto del informado para los períodos en específico al Banco Central de Costa Rica y que se manejaba en ventanillas. Desde ese plano, teniendo por acreditado ese marco fáctico, acorde al análisis realizado en los apartes previos en los que se concluyó sobre la obligación de exhibir información veraz y actualizada conforme al numeral 3 inciso a) y 5 párrafos primero y segundo del ROCC, como expresión del derecho de información del consumidor de esos servicios, es evidente que la sanción impuesta por el Banco Central en este caso, no presenta vicios que supongan una disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico. En este punto, merece destacar, el análisis de las piezas del presente asunto lleva a colegir que incluso el mismo Banco Nacional era conocedor de las implicaciones de las normas comentadas y de los efectos que podría generar el manejo de información no actualizada en las pizarras informativas. Ello encuentra respaldo en el comunicado DCF-001-2009 del 6 de enero del 2009 de la Dirección Corporativa de Finanzas del Banco Nacional, en la que con toda claridad se indica a los directores regionales, gerentes y encargados de oficina: "*Mediante el comunicado DCF-001-2007 del 15 de enero del 2007, se les puso al tanto de las medidas adoptadas por el Instituto Emisor con relación al régimen cambiario (...) Uno de los detalles es la obligatoriedad que asume el BNCR, de **exhibir permanentemente en forma visible y actualizada** dentro de las instalaciones de sus oficinas ofertas, de manera tal que el público al ingresar al recinto siempre cuente con información verás, cierta, oportuna y clara de los términos y condiciones prevalecientes con los que realizaran cualesquiera de las negociaciones supracitadas. Como refrescamiento al asunto, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en el artículo 93 incisos a), b) y c) **establece sanciones por el no cumplimiento de la normativa** (...) Nos permitimos aclarar que este recordatorio se debe a que ha existido quejas de clientes ... de que los tipos de cambio publicados en pizarra o pantallas del BNCR no son los mismos que se aplican en la ventanilla incumpliendo los lineamientos ya citados. (...)"*. -El destacado es del original- (Folios 68-69 del expediente principal) De dicho comunicado interno se desprende con toda claridad, el ente actor conocía de la trascendencia del deber de armonizar la información del régimen cambiario que se publicita al usuario en sitios web e instalaciones con el que se informa al Banco Central. Tal comunicado evidencia una contradicción con la tesis que ahora sostiene, lo que si bien no limita la posibilidad de impugnar la aplicación realizada por el ente accionado, dice del conocimiento previo de las implicaciones de los cánones en los que se fundamenta la sanción. De ahí que ante la acreditación de dos actos comprobados, no discutidos en esta sede, en los cuales se estableció la desatención al deber que imponen los tantas veces referidos numerales 3 y 5 del ROCC, surge un quebranto a normas reglamentarias válidas y vigentes, que configura el hecho condicionante para poder imponer el régimen sancionatorio que fija el canon 93 de la Ley Orgánica del Banco Central, a modo de efecto condicionado. Ahora bien, el análisis a fondo del acto cuestionado, hace concluir sobre la sujeción de esa conducta al ordenamiento jurídico, sin que pueda desprenderse alguna infracción sustancial que justifique su invalidez (numerales 128, 158 de la Ley General de la Administración Pública). En cuanto al elemento motivo, entendido como el presupuesto fáctico y/o jurídico que justifica o posibilita la emisión de la conducta, se ha tenido por acreditada la infracción que dio base al efecto represivo, acreditando su

existencia y legitimidad conforme lo exige el mandato 133 ibídem. Ante ello, el contenido es lícito y posible, dado que el acto dispone una sanción que se encuentra debidamente prevista por las normas jurídicas que regulan la actividad del mercado cambiario. Asimismo, la sanción impuesta guarda correspondencia y proporcionalidad con los hechos por los cuales se impone, aplicando en su correcta medida el régimen gradual de sanciones que estatuye el mandato 93 de la Ley No. 7558, satisfaciendo así las precisiones que sobre tal elemento impone el artículo 132 de la Ley No. 622/78. De igual forma, esa manifestación de voluntad satisface el fin legal, concretado en el caso por el correcto cumplimiento de las normas que precisan el proceder de los agentes económicos que interactúan en las transacciones de cambio de monedas extranjeras, concretamente en su deber de información veraz, clara, oportuna y actualizada al público. Por otra parte, a nivel de examen del elemento procedimental, presupuesto del acto que conforme al numeral 182 de la Ley General de la Administración Pública puede ser analizado de oficio, no se observa deficiencia alguna. El procedimiento fue instaurado por la autoridad administrativa que conforme al artículo 93 de la Ley No. 7558 ostenta la competencia sancionatoria, sea, el Banco Central (art. 129 Ley General de previa cita). La instrucción del procedimiento fue llevada por el órgano director designado al efecto por el citado ente público. Asimismo, el acto de inicio del procedimiento incorpora el detalle que concreta las garantías mínimas que han de ser satisfechas en estos menesteres, como derivación del debido proceso, advirtiendo no solo de los hechos objeto de la investigación, sino de los derechos que acuden al investigado en este tipo de causas, así como del régimen legal aplicable con expresión de las posibles normas vulneradas y sanciones probables. Véase que el acto intimatorio refiere a un efecto jurídico que a la postre fue el impuesto. No se denota por ende, infracción que le invalide (numeral 223 Ley General de la Administración Pública). Lo mismo ocurre con la forma de manifestación del acto, el que, fue dictado por escrito y debidamente comunicado al ente destinatario (preceptos 134, 140 y 240 ibídem). Por ende, al no presentar la conducta cuestionada patología alguna, lo debido es disponer el rechazo de la demanda en cuanto formula una pretensión anulatoria.”

4. Sanción administrativa: Atribuciones de la Superintendencia de Pensiones para imponer sanciones a las operadoras de pensiones

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^{iv}

Voto de mayoría

III)- ATRIBUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES PARA IMPONER SANCIONES A LAS OPERADORAS DE PLANES DE PENSIONES: Dispone la Ley número 7523 del siete de julio de 1995, reguladora del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, en su ordinal 33, que la Superintendencia de Pensiones se encargará de la regulación y fiscalización del Régimen de Pensiones, teniendo dentro de sus atribuciones la autorización, supervisión y fiscalización de los planes, fondos, así como de la actividad de las operadoras de pensiones. Por su parte en cuanto al régimen sancionatorio, el mismo se contempla en los ordinales 45 al 57

ibid, disponiéndose que las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves. Consistiendo las muy graves aquellas en las que "a) El ente regulado que impida u obstaculice la supervisión de la Superintendencia. b) El ente regulado que no suministre a la Superintendencia la información requerida por ella dentro del plazo otorgado al efecto, o suministre datos falsos. c) El ente regulado que destine los recursos de un fondo a fines distintos de los previstos en el artículo 55 de la Ley de protección al trabajador. d) El ente regulado que invierta los recursos de un fondo contraviniendo los artículos 61, 62, 63, 64 y 65 de la Ley de protección al trabajador. e) El ente regulado que incumpla con las normas relativas a la custodia de títulos y valores, previstas en el artículo 66 de la Ley de protección al trabajador. f) El ente regulado que practique actividades ajenas al objeto legalmente autorizado. g) El ente regulado que no lleve la contabilidad o los registros legalmente exigidos o los lleve con vicios o irregularidades esenciales que dificulten conocer la situación patrimonial o financiera de la entidad o las operaciones en que participa. h) El ente regulado, que por un período superior a seis meses continuos, reduzca su capital mínimo a niveles inferiores al ochenta por ciento (80%) del mínimo legal o el exigible de acuerdo con las directrices emitidas por la Superintendencia. i) El ente regulado que, incumpla la obligación de someterse a las auditorías externas en los términos fijados en el inciso n) del artículo 42 de la Ley de protección al trabajador, o presente informes de auditorías externas con vicios o irregularidades sustanciales. j) Las personas, físicas o jurídicas, que realicen auditorías externas con vicios o irregularidades sustanciales, a las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia, o incumplan con las normas dispuestas en el inciso q) del artículo 42 de la Ley de protección al trabajador. k) El ente regulado que incumpla el principio de no discriminación previsto en el artículo 45 de la Ley de protección al trabajador." (ordinal 46 ibid). Sancionándose las muy graves (artículo 47 ibid) con "a) Multa por un monto hasta de cinco veces el beneficio patrimonial, obtenido como consecuencia directa de la infracción cometida. b) Multa hasta de un cinco por ciento (5%) del patrimonio de la sociedad. c) Multa hasta de doscientos salarios base, según se define en la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993. d) Suspensión de la autorización hasta por un año. e) Revocación de la autorización de funcionamiento del ente regulado. ". Por su parte, las muy graves (ordinal 48 ibid) se refieren a conductas en las que "a) No notifique a la Superintendencia el incumplimiento de los requisitos de la inversión o no presente el plan de reducción de riesgos, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de protección al trabajador. b) No remita a los afiliados la información indicada por la Superintendencia. c) Reduzca, por un período superior a dos meses e inferior a seis meses continuos, su capital mínimo a niveles inferiores al ochenta por ciento (80%) del mínimo legal o el exigible de acuerdo con las disposiciones emitidas por la Superintendencia. d) Realice publicidad contraria a las disposiciones de la Superintendencia. e) Atrase la actualización de sus libros de contabilidad o los registros obligatorios, por un plazo mayor de cinco días. f) No observe las normas contables dispuestas por la Superintendencia. g) Incumpla los términos de los planes de ahorro para la jubilación en las condiciones autorizadas por la Superintendencia y pactadas con los afiliados. h) No publique oportunamente la información que, de acuerdo con la Ley de protección al trabajador y demás normas que establezca la Superintendencia, sea de interés para los afiliados, aportantes y público en general. i) Obstaculice el derecho de transferencia ordenado en el artículo 10 de la Ley de protección al trabajador. j) No acredite los recursos en las cuentas individuales, o

acredite el producto de las inversiones en forma distinta de la ordenada por la Ley de protección al trabajador o fuera de los plazos previstos en ella. k) Cobro comisiones no autorizadas en la Ley de protección al trabajador o en las normas reglamentarias emitidas por la Superintendencia. l) Utilice o permita que sus funcionarios usen información reservada a fin de que obtengan, para sí o para otros, ventajas de los fondos administrados, mediante la compra o venta de valores.". Conductas que se sancionarán (artículo 49 ibid) con "a) Amonestación pública que se divulgará en La Gaceta y un diario de circulación nacional. b) Multa por un monto hasta de tres veces el beneficio patrimonial, obtenido como consecuencia directa de la infracción cometida. c) Multa hasta de un dos por ciento (2%) del patrimonio de la sociedad. d) Multa hasta de cien veces el salario base definido en la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993. e) Suspensión de la autorización hasta por un año.". En ese sentido, se contemplan, como se indicó, las infracciones leves (artículo 50 ibid), referidas a " los actos o las omisiones de los entes regulados, que violen las disposiciones de la Ley de protección al trabajador y las directrices emitidas por la Superintendencia y que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves (...); mismas a las que se les aplica (numeral 51 ibid) amonestación privada, consistente en una comunicación escrita dirigida al infractor. Por su parte en el ejercicio de las potestades de fiscalización y sanción (artículo 58 ibid) los funcionarios de la Superintendencia podrán efectuar acciones directas de supervisión, verificación, inspección o vigilancia sobre las entidades reguladas, las cuales deberán de prestar la colaboración debida. Además, en la imposición de las sanciones indicadas aplicará la Superintendencia criterios de sanción o de valoración (ordinal 60 ibid) de conformidad con la " a) La gravedad de la infracción, b) La amenaza o el daño causado, c) Los indicios de intencionalidad, d) La duración de la conducta, e) La reincidencia del infractor y la f) La capacidad de pago del infractor". A su vez en materia de inversiones el Superintendente de Pensiones tiene la atribución (ordinal 8 ibid, inciso b) y p) de "b) Supervisar la inversión de los recursos administrados y dictar políticas respecto de la composición y valoración de cartera de inversiones (...) p) Fiscalizar la inversión de los recursos de los fondos administrados por los entes supervisados y la composición de su portafolio de inversiones.". Incurriendo de este modo los entes fiscalizados en infracciones graves (ordinal 48 ibid) al no notificar a la Superintendencia respecto al incumplimiento de los requisitos de inversión o no presentación del plan de reducción de riesgos según el numeral 38 de la Ley de Protección al Trabajador. A su vez el Reglamento de la Ley sobre el Régimen Privado de Pensiones Complementarias, número 25593 del ocho de octubre de 1996, nos indica en materia de regulación de las inversiones realizadas por las operadoras de pensiones que cuando el volumen de las mismas reporten un crecimiento acelerado y significativo (artículo sexto del Reglamento) se ordenará el aumento de capital que lo respalde. Por su parte en lo referente a reservas, criterios de inversión y de riesgo se sostiene que las operadoras estarán sujetas a las directrices y resoluciones emitidas por dicha dependencia (artículo noveno del reglamento). Se establece además que los recursos del fondo que administran deberá de invertirse buscando el provecho primordial de los afiliados (numeral 23 del reglamento) "procurando el necesario equilibrio entre seguridad, incremento de su valor, rendimientos reales, rentabilidad real, y liquidez.", para lo cual se fija capital mínimo de constitución y de funcionamiento, topes de inversión, reservas, prohibiciones y condiciones determinadas para sanearlas si fuere el caso y así con ello proteger a los afiliados (ordinales 23 al 29 del reglamento). En relación a lo expuesto,

es dable indicar que la Ley de Protección al Trabajador número 7983 el 16 de febrero del año 2000, dispone en su ordinal 30, que la Superintendencia de Pensiones se encargará de aplicar a las operadoras de pensiones los requisitos y controles para su funcionamiento, autorizando el mismo y estableciéndoles requisitos adicionales con el objeto de proteger los ahorros de los trabajadores y buscar la eficiencia del sistema, procurando que las inversiones se realicen en forma correcta, se determine el riesgo de manejo del capital (ordinal 37 Ley 7983) y se les de el adecuado destino a los recursos obtenidos de los afiliados, respondiendo sobre el total de los aportes hechos por los trabajadores y cotizantes con su patrimonio en forma solidaria ante las pérdidas que puedan sufrir las aportaciones y los rendimientos. En torno al tema de las inversiones, los ordinales 59 a 67 de la Ley 7983 de Protección al Trabajador, estatuyen que las efectuadas por las operadoras de pensiones (artículo 60) "b) Deberán ser invertidos para el provecho de los afiliados, procurando el equilibrio necesario entre seguridad, rentabilidad y liquidez, de acuerdo con su finalidad y respetando los límites fijados por la ley y las normas reglamentarias que la Superintendencia dicte sobre el particular.", realizándolas en valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o en entidades financieras supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, y debiendo calificarse y concretarse en mercados autorizados, procurándose que se inviertan los recursos de los fondos en instrumentos que permitan a los afiliados participar directamente de las rentas y excluirse si fuere el caso la adquisición de determinados valores riesgosos, estableciendo también límites de inversión (ordinal 61 Ley 7983) para diversificar el riesgo y lograr obtener un retorno adecuado. En virtud de lo expuesto, en razón de los fondos administrados por las operadoras de pensiones, es que les resulta de aplicación la Ley General de Control Interno, número 8292 del 31 de julio del 2002, la cual en su artículo cuarto establece que será aplicable a entes y órganos que administren fondos públicos, los cuales deberán de tener un sistema de control interno completo, razonable, integrado y congruente con sus competencias y atribuciones constitucionales (ordinal séptimo Ley 8292), valorarse, analizarse, y minimizarse el riesgo (artículo 14 Ley 8292) y realizando actividades de control (numeral 15) con el objeto documentar y divulgar las políticas, las normas y los procedimientos atinentes que garanticen el cumplimiento del sistema de control interno institucional y la prevención de todo aspecto que conlleve a desviar los objetivos y las metas trazadas por la institución en el desempeño de sus funciones, debiendo tenerse una anotación adecuada, documentada y registrada de los hechos significativos que se realicen. Por su parte el Reglamento número 355 del 11 de febrero del 2003, denominado de Inversiones de las Entidades Reguladas, en la cual se establece un Comité de inversiones y de riesgos, dispone que se establecerá un Manual de Políticas y Procedimientos para la Administración Integral de Riesgos, realizándose una auditoria en ese sentido (numeral 20 del Reglamento 355) y estableciéndose un procedimiento de inversión (ordinal 50 del Reglamento 355 vigente al año 2005) en los cuales se dispone que "a) Deberán registrarse a nombre de cada fondo, ya sea en registros electrónicos, en los títulos físicos o en los estados de cuenta según corresponda. La adquisición de valores físicos en el caso de valores extranjeros no está permitida. b) Las operaciones de pago o cobro de las transacciones de los instrumentos negociados por las entidades, con los recursos de los fondos administrados, se realizarán mediante la modalidad de entrega contra pago (delivery versus payment). c) Las órdenes de negociación que se realicen con los recursos de los fondos administrados

por las entidades autorizadas deberán respaldarse por medio de grabación, en el caso de que sean realizadas por vía telefónica, o resguardadas por medios electrónicos cuando así corresponda. En el caso de que dichas compras sean por medio de mercados OTC las órdenes de negociación deberán estar precedidas de al menos tres ofertas o posturas distintas. Toda la documentación que respalde la negociación deberá ser conservada por un período de cinco años. Al momento del cierre de la operación el intermediario deberá enviar una confirmación escrita a la entidad autorizada de la transacción realizada. En caso de que se utilice un sistema donde las confirmaciones se remiten vía tickets se deberán imprimir a fin de ser archivados.". Aunado a lo anterior se contempla la obligación de las operadoras autorizadas de remitir a la Superintendencia de Pensiones la información requerida de sus inversiones con las características y los plazos que se establezcan.

IV)- RESOLUCION DE LOS AGRAVIOS DE LA IMPUGNANTE: Subsumido lo expuesto a la impugnación incoada por la accionada, tenemos que debe confirmarse lo resuelto en primera instancia, de modo que **no le asiste el derecho en sus alegaciones**, en cuanto sostiene que en el considerando sexto omite analizar los motivos alegados en la demanda, por los que se alegó la incompetencia de la Superintendencia de Pensiones para aplicar la **sanción** impuesta basada en la Ley General de Control Interno, la cual le correspondía a la Contraloría General de la República, al tenor del ordinal 42 de la Ley General de Control Interno, violentándose así el numeral 155 del Código Procesal Civil al no resolverse todos los puntos objetos de debate. En relación a ello, debe indicarse que en el fallo de mérito no se observa nulidad alguna debido a que los motivos que echa de menos la impugnante se encuentran desarrollados profusamente en el considerando sexto, en el cual se analiza la potestad sancionatoria que ostenta la Superintendencia de Pensiones en el ordenamiento. En dicho aparte la a-quo sustenta adecuadamente las razones por las que la competencia sancionatoria corresponde en este asunto a la Superintendencia de Pensiones y no a la Contraloría General de la República, debido a que nos encontramos bajo conductas tipificadas en los ordinales 46 inciso g) y 47 inciso b) de la Ley 7523 del siete de julio de 1995, reguladora del Régimen Privado de Pensiones Complementarias, así como en el ordinal 50 del Reglamento número 355 del 11 de febrero del 2003, de Inversiones de las Entidades Reguladas, lo cual se determina además en el presente fallo en lo expresado en el considerando tercero, en el cual se corrobora que la Superintendencia de Pensiones es el órgano administrativo competente para imponer la multa con base en el cuadro fáctico que le sirvió de sustento. En razón de lo cual no se observan los vicios de nulidad endilgados, ni incongruencia en el fallo impugnado entre lo pedido y lo resuelto. Alega la apelante también que la Ley General de Control Interno se aplica ante infracciones de los funcionarios en su condición personal, no así de las entidades, lo cual se rechaza, debido a que las citas realizadas en la resolución SP-1096 de las quince horas del catorce de junio del año 2005, dictada por la Superintendencia de Pensiones, referente a la Ley de Control Interno, sirven de sustento para reforzar las obligaciones y deberes a las que están sometidas las entidades que custodien o administren fondos públicos, pero sin que sea el único fundamento de la multa impuesta, la cual como se indicó, se basó en la normativa que rige a las operadoras de pensiones que se encuentran bajo la tutela de la Superintendencia de Pensiones, misma que adujo para mayor abundamiento de razones las obligaciones que contempla la Ley de Control Interno,

que también resultan de aplicación a los hechos investigados ante la omisión demostrada de la operadora de pensiones BN VITAL OPC S.A. para abril y mayo del 2004 de carecer de políticas y procedimientos mínimos para un adecuado control interno del proceso de inversiones y sin que le haya proporcionado a la Superintendencia los documentos y grabaciones con las autorizaciones al Puesto de Bolsa de la compra y venta de valores. Alega también falencias en el considerando séptimo al no observarse la incongruencia entre el traslado de cargos y la resolución final, que implica la nulidad absoluta de la sanción impuesta, las cuales no se comparten porque el fallo de mérito en forma razonada deniega el vicio de nulidad alegado en la resolución SP-1096 de las quince horas del catorce de junio del año 2005. Ello así por cuanto en el considerando séptimo se establece con claridad que no se observan los vicios endilgados por cuanto se explica que en el acto inicial se le indicó a la actora "con suma claridad las actuaciones por las cuales se le investigaría (lo cual fue acreditado en autos) teniendo claridad que eventualmente podría imponérsele una sanción fundamentada en la Ley N.º 7523 y en el Reglamento de Inversiones de las Entidades Autorizadas, lo cual en efecto sucedió, adicionalmente se indicó en la resolución final que se incurrió en conductas contrarias a lo dispuesto por la Ley General de Control Interno lo cual no se constituye en un impedimento para que al no ser expresamente señaladas en el traslado de cargos no pudieran ser expresadas en el acto final como parte del sustento jurídico". Argumento que se avala debido a que en efecto, del estudio de los autos se observa que tal nulidad no se encuentra presente en el acto impugnado. En ese sentido expresa la agraviada que en el acto de apertura o resolución inicial del procedimiento administrativo la Superintendencia de Pensiones no cita la normativa que se alegó como lesionada para los efectos de la sanción impuesta, lo que indica le afecta su derecho de defensa y genera incongruencia entre la acusación formulada en el acto inicial y la decisión final. Sin embargo, ello no es de recibo porque del estudio del auto inicial o intimatorio de cargos, dictado bajo resolución número SP-1793 de las doce horas del 19 de agosto del 2004 (folios 2 al 5 del expediente administrativo) se observa con claridad que se le expresa a la operadora de pensiones los mismos cargos por los cuales se le sancionó, y las normas en que se sustentó tal resolución, base de la infracción, (artículo 46 inciso g) y 47 de la Ley), siendo las mismas en que se basó la Superintendencia en su por tanto para imponer la multa impugnada. Sostiene también la impugnante que la sanción se sustenta en la Ley General de Control Interno, pero de la cual no se hace mención siquiera en el traslado de cargos lo que le afectó el derecho de defensa, argumento que no se admite, porque como ya se indicó, la normativa citada de la Ley de Control Interno en los resultados del acto impugnado, se consignan como sustento o razones adicionales para tener por configuradas las infracciones y conductas contempladas en forma específica en la Ley 7523 para las operadoras de pensiones y que son las que le dan la competencia específica y determinada a la Superintendencia de Pensiones para la imposición de la multa impuesta, todo ello sin perjuicio de las citas normativas que a mayor abundamiento de razones se consignaron en la resolución administrativa sobre la Ley de Control Interno, las cuales no desvirtúan en nada, ni le restan eficacia a los actos administrativos impugnados. Alega también la operadora de pensiones que la omisión atribuida a BN VITAL consistente en no haber puesto por escrito las políticas y procedimientos mínimos para un adecuado control interno de las inversiones no se desprende, ni está contemplada en los ordinales 46 inciso b) y g), ni en el artículo 50 del Reglamento de Inversiones de las Entidades

Autorizadas, normas que no contemplan tal obligación, lo que no se obtiene del mérito de los autos, porque las conductas en que incurrió la actora de carecer para abril y mayo del 2004 de políticas y procedimientos mínimos para un adecuado control interno del proceso de inversiones y no proporcionar a la Superintendencia los documentos y grabaciones con las autorizaciones al Puesto de Bolsa de la compra y venta de valores, son conductas tipificadas en los artículos 46 inciso g), 47 inciso b) y ordinal 50 de la Ley 7523, en los que se contempla como sanción muy grave el no llevar la contabilidad o los registros legalmente exigidos o tenerlos en forma viciada o irregular dificultándose así el conocer la situación patrimonial o financiera o las operaciones que realiza, y se dispone la obligación de que las órdenes de negociación que se realicen con los recursos de los fondos administrados por las entidades autorizadas deben respaldarse por medio de grabación si es por vía telefónica que se realizan o resguardarse por medios electrónicos cuando así corresponda, teniendo relación con el hecho reprochado y sancionado de carecer de políticas y procedimientos mínimos para un adecuado control interno del proceso de inversiones, debido a que tales conductas acreditan que la entidad sancionada no lleva una adecuada fiscalización del proceso de inversiones, teniendo ausencia de procesos documentados, lo que se corrobora con la no presentación de las órdenes de negociación. En ese sentido constituye sin duda un hecho muy grave el que se haya constatado la inexistencia de registros y controles eficientes, así como de un procedimiento de inversiones, en mérito a que tales operaciones se rigen por los principios de la búsqueda del provecho primordial de los afiliados y del equilibrio entre seguridad, incremento de su valor, rendimientos reales, rentabilidad real, y liquidez. Finalmente, afirma la impugnante que el fallo de mérito no realiza un análisis adecuado de la violación al principio de proporcionalidad y de racionalidad en que se incurrió por el quantum de la multa impuesta, máxime que no se causó daño, debiendo de haberse procedido mediante medidas correctivas a fin de que se emitieran las políticas y procedimientos echados de menos, por lo que debió de haberse acogido la acción anulatoria del acto administrativo cuestionado o reducido el quantum de la sanción, lo cual se deniega, debido a que vista la sentencia cuestionada, se realiza una correcta valoración de los principios de proporcionalidad y racionalidad que estima la apelante violentados en el acto administrativo cuestionado, debido a que del estudio del análisis del considerando octavo, se observa al respecto que la multa cuestionada se impuso con base en los ordinales 46 inciso g) y 47 inciso b) de la ley 7523, observándose que de conformidad con la conducta sancionada era viable imponer una multa de hasta un cinco por ciento del patrimonio de la sociedad, sin embargo se optó por el extremo menor, en razón de lo cual no se aprecia desproporción o abuso alguno por parte del órgano sancionador. Por otro lado, debe tomarse en consideración que estamos ante infracciones muy graves en razón de estar en presencia, como se expuso en el considerando tercero, y tomando en consideración el criterio de gravedad de la infracción (ordinal 58 Ley 7523), de ahorros de los trabajadores que deben ser invertidos de manera segura y confiable, minimizando los riesgos para no exponerlos, y buscando que las inversiones se realicen en forma correcta, dándoles el adecuado destino a los recursos obtenidos de los afiliados.

5. Generalidades sobre el régimen sancionatorio e incorporación de cláusula penal: Incumplimiento en la contratación administrativa

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^v

Voto de mayoría

“III.- Generalidades sobre el régimen sancionatorio en la contratación administrativa. Incorporación de cláusula penal en el contrato administrativo. En la dinámica de los contratos administrativos, en materia de ejecución, la Administración contratante cuenta con potestades amplias para tutelar la debida ejecución del contrato a través del debido cumplimiento del conjunto de obligaciones que han sido asumidas por el contratista. El marco referencial que establece los deberes de las partes, se encuentra compuesto no solo por la pliegos, sino además, se entiende integrado y complementado por el cartel del respectivo concurso, así como por el contrato propiamente considerado. Debe incluirse dentro de este parámetro, además, el conjunto de actos o direcciones que emita la Administración para la concreción de la obra o servicio contratado. En términos generales, el deber medular del contratista estriba en la entrega efectiva y debida del objeto de la contratación, sea, la prestación del servicio o entrega de la obra o bien, en la forma, especie, cantidad pactada y de manera oportuna. Por su parte, el contratista tiene derecho a la ejecución y a obtener la retribución pactada. Para tales efectos, según se trate de la intensidad del incumplimiento o de la falta, la normativa inherente a la contratación pública estatuye un sistema de sanciones de diversa índole. Como primer aspecto, surge el derecho de resolución unilateral del contrato, a modo de cláusula exorbitante que permite a la Administración, per se, poner fin a un contrato administrativo ante los incumplimientos graves del contratista. Esta figura se encuentra regulada en los numerales 11 de la Ley de Contratación Administrativa y 204 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411-H del 27 de septiembre del 2006. En lo medular, la resolución, como fórmula de terminación anticipada del contrato, por incumplimiento del contratista, supone un quebranto grave a las obligaciones contractuales, pues dentro de un marco de razonabilidad y proporcionalidad en la ponderación de la debida satisfacción del interés público, la resolución que se aplique a lesiones leves, sancionables con otros mecanismos, podría ser contraproducente en la debida y pronta atención del interés público. De ahí que en cada caso, la Administración debe valorar la intensidad del incumplimiento a fin de ponderar si lo que resulta más conveniente al interés público, es poner término al contrato, o bien, aplicar sanciones alternativas como podría ser la ejecución total o parcial de la garantía de cumplimiento, la que en ese orden, debe ser re-establecida. A fin de cuentas, la contratación administrativa nace para atender necesidades públicas que por tales, deben ser satisfechas, por lo que una aplicación rigurosa de la potestad resolutoria contractual podría, en algunos casos, atentar contra esa finalidad. Cabe apuntar que el contrato surge para ser ejecutado y solo por excepción, se justifica un destino diferente, siendo que la debida cobertura del interés público exige que las obligaciones pactadas sean llevadas a cabo. En el caso de la resolución contractual, por la incidencia de sus efectos, la Administración debe acudir al mecanismo procedimental que se establece en el canon 205 del Reglamento de la Contratación Administrativa, aspecto que constituye un elemento formal de la conducta pública, que

de modo directo, incide en su validez, es decir, la conformidad sustancial con el plexo normativo del acto de resolución del contrato (artículo 128 de la Ley General de la Administración Pública), pende, entre otros factores, de la instrucción de ese procedimiento, lo que tiene por fin concretar el debido proceso y el derecho de defensa y contradictorio constitucional y legalmente asegurados al particular o contratista. Ergo, la ausencia de ese mecanismo, produce, sin duda, la invalidez de la conducta. No obstante, esa misma exigencia no es necesaria en otro tipo de sanciones que son viables en el contrato administrativo y que por tener una intensidad represiva de menor grado, atienden a otras particularidades. En efecto, la dinámica propia de la contratación del Estado y sus instituciones y la necesaria flexibilidad de la regulación, permiten la posibilidad de que la Administración contemple dentro del cartel y luego, dentro del contrato, un sistema de sanciones tasadas, que atienden a incumplimientos específicos, como es el caso de la entrega tardía o anticipada del objeto del contrato, o bien, defectos en la ejecución de aquel. Se trata de las multas y las cláusulas penales. Interesa el caso particular de las cláusulas penales. Empero, ambas figuras encuentran una regulación similar en términos de prescripción, procedimiento y deber de estar previamente expresadas en los términos de la contratación, guardando diferencia en el supuesto de hecho que las identifica. La cláusula penal, según lo dispone el canon 50 del citado reglamento procede por la ejecución o entrega tardía o prematura del bien contratado. Esa misma norma dispone la aplicación a la figura de las regulaciones propias de las multas, instituto este que busca imponer sanciones pecuniarias previamente acordadas y fijadas por otros defectos en la ejecución del contrato, como sería la entrega defectuosa de bienes. Desde ese plano, el numeral 47 del Reglamento de la Contratación Administrativa dispone la posibilidad de la Administración contratante de fijar previamente, un sistema de multas por defectos en la ejecución del contrato. Se trata de una facultad administrativa que no es irrestricta. La inserción en la relación jurídico administrativa de este tipo de sanciones preestablecidas debe atender a motivos de conveniencia cuando las circunstancias de la contratación y el interés público así lo exijan. Al igual que las multas, este tipo de cláusula son montos o porcentajes que la Administración en el ejercicio de sus potestades de imperio y facultades discrecionales, establece en el cartel para sancionar el incumplimiento por entrega tardía o prematura, pues la Administración ha tomado en consideración los daños y perjuicios que eventualmente éstos le causen y ha tipificado esos eventuales defectos de la ejecución contractual. En esa línea, la cláusula penal consiste en una posible sanción que busca garantizar a la Administración que el adjudicatario, conforme al deber de cumplimiento de lo pactado que dimana del numeral 20 de la Ley de Contratación Administrativa, cumpla con el objeto del contrato en los términos que han sido convenidos, prefijando en sede administrativa una proyección de la reparabilidad económica por los daños y perjuicios que la ejecución tardía o anticipada del contrato pueda causarle. Más simple, como derivación de las potestades sancionatorias y correctivas que le son propias en esta materia, se determina de antemano un sistema de multas tasadas conforme a las particularidades del convenio, la relevancia de su objeto y demás factores asociados. Por tanto, se ha establecido que ostenta una función compulsiva y a la vez indemnizatoria. Esta potestad de contenido discrecional, como toda potestad pública, no se encuentra exenta de límites, por el contrario, su concreción, dada la incidencia que podría tener en la esfera jurídica del contratista, en tanto supone un efecto punitivo de corte económico, debe expresar de manera clara en el cartel los diversos

aspectos que precisen las causas que les dan génesis, así como monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas. Es claro que esa modalidad de sanciones tasadas solo es viable cuando se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Desde luego que la fijación de estas cuestiones debe sustentarse en un ejercicio proporcional y razonable, de manera que por esta vía no se impongan sanciones desproporcionadas. De ahí que por aspectos de certeza y seguridad jurídica, las desatenciones que originan el cobro de la cláusula penal, deberán estar detallados en el cartel, como condición de validez de su eventual aplicación. Esto permite al contratista conocer de antemano los efectos de sus eventuales incumplimientos, colocándole en posibilidad de contar con la información que le posibilite ponderar si contrata o no con el Estado. De hecho, bien puede formular reclamos contra el cartel que contenga ese tipo de cláusulas, presentar reparos en su oferta contra ese sistema, empero, la presentación de la oferta sin reservas, hace suponer la aceptación de esas disposiciones, siendo inviable luego, establecer reclamos por su aplicación. En esa línea, la firmeza del cartel supone la imposibilidad de reclamos posteriores por el contenido de ese aspecto. Debe entenderse con todo, que esa imposibilidad de reclamos, estriba únicamente sobre el contenido del clausulado que fija la cláusula penal o multa, una vez firme el cartel, pero en modo alguno impide la impugnación del acto concreto de aplicación, pues es totalmente criticable tanto en sede administrativa como jurisdiccional esa aplicación individual, ya que podría evidenciar defectos por la ausencia de los presupuestos fundamentales para imponer esas sanciones, o bien, la utilización de alcúotas superiores a los límites establecidos. Como complemento de lo dicho, cabe destacar que el mandato 48 ibidem señala que por la naturaleza de esas sanciones, su cobro no está condicionado a la demostración de la existencia del daño o perjuicio, aspectos que en ese orden, no serían de necesaria demostración de previo a imponerlas. Cabe precisar que este sistema atiende a incumplimientos parciales, pues en caso de que lo sea total, lo procedente es la ejecución de la garantía de cumplimiento. Como aspecto procedimental, el numeral 48 ejusdem expresa: *"El cobro de las multas, podrá hacerse con cargo a las retenciones del precio, que se hubieran practicado y los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo."*

Cabe acotar que las regulaciones del reglamento sobre la cláusula penal debe complementarse con lo detallado por el Código Civil sobre la figura, integración que impone límites en su utilización. Dentro de estos debe resaltarse que la fijación del "quantum" de las sanciones a imponer, sea por cláusula penal o por multas, no puede ser antojadiza o arbitraria, sino que debe estar motivada. El canon 712 del Código Civil estatuye que en ningún caso la sanción por cláusula penal puede superar el 25% del monto total del negocio. Es claro que en los contratos en que no exista cláusula penal para sancionar la entrega inoportuna, es la garantía de cumplimiento la que permite cubrir las consecuencias lesivas de ese incumplimiento. Fijado este esquema general, de seguido se pasa al examen del caso concreto."

6. Sanción administrativa: Inexistencia de criterios objetivos para imponer sanciones y montos a los sujetos investigados por la Comisión Nacional del Consumidor

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII]^{vi}

Voto de mayoría

“V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. Conforme lo establecido en el artículo 46 constitucional, en el ejercicio de sus actividades, los comerciantes deben respetar los derechos e intereses legítimos de los consumidores. La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor No. 7472 del 20 de diciembre de 1994, establece como su objetivo principal la protección efectiva de los derechos y los intereses legítimos del consumidor, la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas absolutas y relativas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas, regulando ciertas conductas como prácticas restrictivas de la competencia, distinguiéndose las denominadas prácticas horizontales o absolutas (acuerdos entre competidores) y las verticales o relativas (acuerdos entre productor y distribuidor), estableciendo sanciones a los agentes económicos que infrinjan las disposiciones contenidas en el Capítulo III de la Ley. Corresponde a la Comisión Nacional del Consumidor y a la Comisión para Promover la Competencia, velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales, aplicando las sanciones previstas en el artículo 25 de la Ley, debiendo respetarse en el procedimiento sancionatorio los principios del debido proceso, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad, y la publicidad, que informan el procedimiento administrativo regulado en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública. En la aplicación de sanciones, la Comisión deberá observar el cumplimiento de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia, de modo que las actuaciones no sean arbitrarias. El artículo 25 de la Ley 7472 establece un sistema de multas para sancionar los incumplimientos las prácticas de comercio contrarias a los derechos e intereses de los consumidores, disponiendo un sistema de máximos y mínimos dentro del cual, de manera razonada, la Administración determina la sanción en el caso concreto, tomando como base los criterios de valoración que establece el artículo 26 *Ibidem*. Este deber de fundamentación para la aplicación de una sanción constituye parte integrante del derecho al debido proceso y a una tutela judicial efectiva. Sobre el tema, la Sección Novena de éste Tribunal ha considerado lo siguiente: *"(...) El artículo 25 de la ley 7472, no establece una multa fija por las infracciones cometidas que allí se citan, sino que establece un sistema de bandas, al fijar una sanción mínima y una máxima como margen dentro del cual la administración puede escoger motivadamente la aplicable al caso concreto. Ahora bien, por su parte el artículo 26 establece los criterios a tomar en consideración a efecto de determinar cuál será la cantidad que, por concepto de multa, se aplicará al infractor y como parámetros para dicha individualización, señala que deben valorarse "(...) la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia del infractor y su capacidad de pago". Lo*

anterior permite realizar un examen de las particulares circunstancias que rodearon la comisión de la infracción administrativa a castigar, con el propósito de garantizar la observancia del principio de proporcionalidad entre ilícito cometido y la "pena" aplicable, de modo que ésta se ajuste al primero de manera razonable. La Comisión para Promover la Competencia, en sujeción a los principios invocados, no puede moverse a su entero placer dentro de los dos extremos previstos por el artículo 25 de la ley, pues tanto esa disposición normativa como el artículo 26, le imponen las limitantes a seguir y tomar en cuenta para su determinación. El monto de la multa aplicable debe fundamentarse diáfananamente, y para ese fin, la Administración ha de realizar una exégesis, y señalar las razones que la llevaron a imponer la que a su juicio corresponde a la conducta sancionada, motivando adecuadamente dicho aspecto en la resolución por dictarse. Se ve entonces constreñida a ponderar expresamente aspectos tales como "la posición del infractor en el mercado", "el grado de intencionalidad", "la gravedad del daño" o "la reincidencia del infractor", en relación con el caso concreto, dimensionando en qué forma se presentaron -de existir- y en qué grado. Por descontado está, que no basta con citar vagamente o con ligereza esas circunstancias determinantes, como si se tratara de fórmulas rituales sin dotarlas de un contenido concreto, pues de esa forma se violentaría el derecho de defensa del afectado, al impedírsele conocer certeramente las motivaciones que dieron lugar a la condena en uno específico, sin poder derivar por qué no fue otro el aplicado a su situación. Con ello se vulnera además el principio de confianza legítima que implícitamente permea nuestro ordenamiento jurídico vigente, el cual también se erige como aforismo rector de las actuaciones desplegadas por la administración pública, con mayor razón cuando de materia sancionatoria se trata. Admitir tales divagaciones dificultaría ejercer el adecuado control de juridicidad sobre los actos finales del procedimiento instaurado. El deber de fundamentación de las penas, integra por demás un parámetro de constitucionalidad y legalidad, como parte integrante del derecho al debido proceso y a una tutela judicial efectiva; y desde este punto de vista, para lo que aquí concierne, comprende el derecho de los ciudadanos de obtener, de parte de los órganos administrativos con potestad para incidir negativamente en su esfera particular, no sólo una decisión conforme a derecho, sino también debidamente razonada, a partir de la valoración de todos los elementos que constituyen las aristas visibles y diferenciadoras del caso concreto. Con la satisfacción del deber de motivación se racionaliza la función sancionadora y es ella la que permite definir si el acto final no sólo es legal, conforme a derecho, sino también si es justo y las razones que llevan a dichas conclusiones. Adicionalmente, resulta ser el parámetro de obligada referencia para efectos impugnatorios, pues es con sustento en ella que se valora la existencia o no de una adecuada aplicación del Derecho (...). (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Novena No.044-2008 de las 16:27 horas del 28 de noviembre del 2008)."

En la especie, consideró el Tribunal de primera instancia omisiones en cuanto a la fundamentación y razonamientos individualizados para cada sujeto investigado, así como la inexistencia de los criterios y parámetros objetivos utilizados por la Comisión para Promover la Competencia en las resoluciones impugnadas en ésta sede para fijar la sanción a los accionantes. Señaló además que la ausencia de una motivación adecuada de las sanciones generó violación al debido proceso, toda vez que la omisión advertida, ocasiona indefensión, al impedirle a los accionantes conocer los

motivos que fundamentaron la decisión administrativa, disminuyendo la capacidad de defensa efectiva de sus derechos, generando la nulidad de las resoluciones. De una lectura detallada de los autos y por las razones que se dirán, la resolución apelada en cuanto a a éste extremo debe ser confirmada.

VI. Según se consigna en la sentencia de primera instancia, si bien la resolución administrativa que fijó las sanciones a cargo de las actoras, contiene un acápite dedicado al análisis de fondo (folios 1018 a 1031) y otro a la imposición de las sanciones y su graduación (folios 1031 a 1035), se echa de menos el análisis individualizado de la responsabilidad de cada uno de los investigados para imponer las sanciones, resultando imposible deducir las razones que justifican las multas impuestas y la diferencia en el monto de las mismas, situación que riñe con las disposiciones contenidas en el artículo 25 y 26 de la Ley 7472, que establece la necesidad de imponer la sanción sobre la base de una resolución fundada y tomando en consideración la capacidad de pago. La declaratoria de nulidad de los actos impugnados por parte del Tribunal a-quo se fundamenta en la ausencia de un análisis individualizado de la responsabilidad de cada uno de los investigados que permitiera establecer los parámetros utilizados por la Administración para imponer las sanciones, así como las razones que justificaron las multas impuestas y la diferencia en el monto de las mismas. Conforme lo señala la sentencia de primera instancia -argumentos que comparte ésta Cámara- si bien la resolución dictada por la Comisión para Promover la Competencia en la sesión No.2201, artículo octavo, realizó una descripción de los criterios de valoración establecidos por los artículos 25 y 26 de la Ley 7472 a los efectos de imponer la sanción, dicho análisis resultó insuficiente para motivar debidamente el acto. En efecto, el análisis realizado por la Comisión, no expresa los parámetros o criterios objetivos utilizados para imponer la sanción en cada caso particular, limitándose a realizar un análisis general de los aspectos señalados en el artículo 26 de cita relacionados con la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, los indicios de intencionalidad, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica en el mercado, la reincidencia del infractor y su capacidad de pago. Al momento de determinar la sanción no se realiza un análisis detallado por cada una de las empresas y personas físicas, respecto de los criterios de valoración, fórmula o parámetros empleados en cada caso para fijar sanción, limitándose a realizar una simple descripción de los criterios de valoración fijados en la ley. Con relación a la capacidad de pago la resolución se limita a señalar que se tomaron en consideración los estados financieros y las declaraciones de ventas aportadas por la mayoría de las empresas denunciadas, con el fin de adecuar el monto de la sanción a las posibilidades de pago de cada empresa, pero de manera general. No constan los parámetros tomados como base por la Administración a los efectos de fijar las multas , conforme a la situación económica de cada empresa, sin que sea posible determinar las razones que justifican las multas impuestas y la diferencia en el monto de las mismas. No existe un criterio para valorar si las multas impuestas a cada una de las empresas, lo fue conforme a su participación en el mercado del arroz según el detalle contenido en el folio 1021, o si fue su capacidad económica, lo que impide realizar un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones. El examen para la fijación de las multas, debe partir de un estudio individualizado de la situación de cada empresa y de su capacidad financiera que permita determinar los criterios empleados para la aplicación de la sanción. Conforme

lo señaló el Tribunal de instancia, el acto administrativo que fijó las sanciones a los actores, carece de una motivación adecuada de las sanciones, por lo que se quebrantaron las disposiciones contenidas en los artículos 25 y 26 de la Ley para la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. Asimismo, ésta omisión ocasionó indefensión, al impedirle a los accionantes conocer los motivos que fundamentaron la decisión administrativa, disminuyendo la capacidad de defensa efectiva de sus derechos y generando por ende la nulidad de las resoluciones impugnadas en ésta vía. En razón de lo dicho, ésta Cámara no evidencia la violación por parte del Tribunal de instancia de las disposiciones contenidas en los artículos 11 inciso b), 25 y 26 de la Ley 7472 y de las normas de los artículos 130, 133 y 135 de la Ley General de la Administración Pública, argumentados por el representante estatal, por lo que sus agravios no son de recibo.

VII- Considera el representante estatal que en razón del carácter y confidencialidad de la información que sirvió de base para imponer la **sanción**, se impedía a la Comisión entrar a valorar detalladamente lo referente a las ventas anuales y los márgenes de ganancia que utilizó para justificar el quantum de la sanción, pues ello habría llevado a contravenir el secreto que protege dicha información, ya que la Administración no estaba autorizada para revelar la información económica confidencial que le permitió definir la capacidad de pago de cada investigado. Señala además que la divulgación de la información relativa a los estados de excedentes y pérdidas de los actores o de los ingresos periódicos y activo circulante, implicaría revelar información confidencial que podría perjudicar a las empresas con sus competidores, quebrantando lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley 7472. Las argumentaciones no son de recibo. Conforme lo señala la sentencia de instancia, el carácter de confidencial de la documentación y de la información solicitada a los denunciados, no releva de la obligación de fundamentar la resolución final, señalando una justificación de la forma en que la Administración valoró tal información. Si bien no existe una fórmula matemática para la determinación de las sanciones, es lo cierto que la Administración debió realizar un análisis pormenorizado con resoluciones individuales que permitieran el respeto de los principios de confidencialidad de la información. La Comisión para Promover la Competencia se encuentra en posibilidad de fundamentar los parámetros empleados para imponer la sanción, señalando **de manera individual** y a cada una de las empresas y personas en su expediente administrativo, la valoración realizada conforme a los parámetros establecidos en el artículo 26 de la Ley 7472 y a sus capacidades financieras, situación que permitiría el respeto de los principios de la confidencialidad de la información. El artículo 25 señala como parámetro para la fijación de la multa la capacidad de pago de las empresas lo que refuerza la necesidad de un análisis individualizado y fundamentado en cada caso. Contrario a lo argumentado por el representante estatal, la carga de la prueba en cuanto a los parámetros considerados para imponer la sanción le corresponde a la Comisión para Promover la Competencia y no a los denunciados. Aunado a lo anterior, en criterio de ésta Cámara, no le compete a los obligados aportar la prueba pertinente para controvertir el monto fijado como sanción o su insuficiencia patrimonial para hacer frente a la multa impuesta o el alto impacto en sus finanzas. Conforme bien lo señala el Tribunal de instancia, el cálculo de la sanción constituye un aspecto fundamental del debido proceso que exige que el acto administrativo sancionador acredite con claridad las fórmulas, parámetros y criterios utilizados para fijar los montos concretos de la

sanción, siendo que conforme a los principios que informan el debido proceso, el administrado tiene derecho no solo a conocer las razones que llevaron a la Administración a sancionarlo, sino también a conocer las fórmulas utilizadas para determinar el quantum de la sanción y ejercer de esa forma la defensa de sus derechos e intereses. Por las razones dadas, no evidencia éste Tribunal que la sentencia de instancia haya incurrido en quebranto de las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 223 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que los agravios no son de recibo.

VIII. Señala el representante estatal que contrario a lo considerado por el Tribunal de instancia, el acto administrativo final adoptado por la Comisión para Promover la Competencia se encuentra debidamente fundamentado y motivado adecuadamente en cuanto a la existencia y participación de los denunciados en las prácticas monopolísticas atribuidas. Los argumentos del apelante no son de recibo. El vicio que fundamenta la declaratoria de nulidad del acto que impuso la sanción a los actores, lo constituye su falta de fundamentación y razonamientos individualizados por cada sujeto investigado y la inexistencia de los criterios y parámetros objetivos utilizados por la Administración para imponer las sanciones y los montos a los sujetos investigados y no la existencia de una motivación debida del acto administrativo para la acreditación de las prácticas monopolísticas atribuidas a los actores, aspectos sobre los que por la forma en que se resuelve el asunto, se debe omitir pronunciamiento. Por las razones dadas, ésta Cámara no evidencia que la sentencia de instancia incurra en violación de las disposiciones contenidas en los artículos 158, 166, 167 de la Ley General de la Administración Pública, aducidas por el apelante.”

ⁱ Sentencia: 00091 Expediente: 07-000377-0163-CA Fecha: 25/10/2011 Hora: 02:50:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII.

ⁱⁱ Sentencia: 00034 Expediente: 09-000293-1027-CA Fecha: 23/02/2011 Hora: 09:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección V.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00038 Expediente: 10-001939-1027-CA Fecha: 16/02/2011 Hora: 09:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

^{iv} Sentencia: 00050 Expediente: 06-001249-0163-CA Fecha: 31/05/2010 Hora: 11:00:00 a.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII.

^v Sentencia: 01666 Expediente: 09-000835-1027-CA Fecha: 04/05/2010 Hora: 03:45:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI.

^{vi} Sentencia: 00031 Expediente: 02-000575-0161-CA Fecha: 24/03/2010 Hora: 01:45:00 p.m. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VIII.