



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

PRONUNCIAMIENTOS PGE

Agosto 2022

Presentación

Sistema de Consultas Absueltas

La absolución de las consultas jurídicas a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, es competencia del Procurador General del Estado, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 237 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 3 y 13 de su Ley Orgánica.

Cada pronunciamiento es el resultado del estudio del equipo de abogados de la Dirección Nacional de Consultoría, que se apoya según la materia con la experticia de los profesionales de las demás direcciones sustantivas y regionales de la PGE, y, finalmente, revisado y, de ser el caso, modificado por el Procurador General del Estado, lo que permite asegurar la rigurosidad jurídica de cada proyecto, mantener la unidad institucional y reforzar el rol preventivo de la absolución de consultas como parte del ciclo de defensa jurídica del Estado.

El pronunciamiento del Procurador General del Estado contiene un dictamen general y abstracto sobre la aplicación de las normas por toda la Administración Pública, por lo que la ley ordena que los extractos se publiquen en el Registro Oficial.

Adicionalmente, por iniciativa de la PGE el texto íntegro de cada pronunciamiento consta en el Sistema de Consultas Absueltas, en el portal institucional www.pge.gob.ec que es una herramienta de acceso público.

A fin de promover la transparencia del trabajo institucional, facilitar el acceso de los usuarios y contribuir al respeto del principio de legalidad que rige en Derecho Público, la PGE pone a disposición de la ciudadanía los pronunciamientos emitidos durante el mes de agosto de 2022 y, en adelante, con periodicidad mensual.

Dr. Íñigo Salvador Crespo
Procurador General del Estado

Contenido

No.	Fecha de pronunciamiento	INSTITUCIÓN PÚBLICA Materia de la consulta	pág.
1	24-ago-22	MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA ADMINISTRATIVAS - FIJACIÓN DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS CONSIDERADOS ACTUALMENTE ESTRATÉGICOS	4
2	19-ago-22	CORPORACIÓN NACIONAL DE FINANZAS POPULARES Y SOLIDARIAS FINANCIERO Y BANCARIO - APLICACIÓN ART. 312 LIBRO I COMF EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN	12
3	19-ago-22	SUPERINTENDENCIA DE BANCOS FINANCIERO Y BANCARIO - APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 312 DEL LIBRO I DEL COMF EN RELACIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN	25
4	19-ago-22	CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR EDUCACIÓN SUPERIOR E INTERCULTURAL - INSTITUCIONES SUPERIORES PÚBLICAS EXCEPTUADOS CONTRATAR AUDITORÍA	39
5	5-ago-22	UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL EDUCACIÓN SUPERIOR E INTERCULTURAL - APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL COA A LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS DE LAS IES	47
6	5-ago-22	SERVICIO DE RENTAS INTERNAS TRIBUTARIO - REMISIÓN DE INTERESES EN TRANSACCIÓN TRIBUTARIA EXTRAPROCESAL	54
7	5-ago-22	MINISTERIO DE EDUCACIÓN ADMINISTRATIVAS - COMPETENCIAS DE LAS JDRC Y VIGENCIA DE LA LORLOEI	64
8	3-ago-22	MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS SERVICIO PÚBLICO - CONTRATO DE SERVICIOS OCASIONALES PARA SERVIDORES DE CARRERA	77
9	2-ago-22	SERVICIO DE RENTAS INTERNAS TRIBUTARIO - MEDIACIÓN	82

Oficio N° 19925

Quito, DM, 24 de agosto de 2022

Señor doctor
José Leonardo Ruales Estupiñán,
MINISTRO DE SALUD PÚBLICA,
Ciudad.-

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MSP-MSP-2022-2621-O de 20 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 4 de agosto del presente año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Debe el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, fijar el precio de aquellos medicamentos cuyo precio no ha sido fijado por dicho órgano colegiado al no ser considerados como estratégico previo a la vigencia de la Resolución Nro. STFP-011-705-2021 de fecha 26 de octubre de 2021?”.

1. Antecedentes. -

1.1 El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública (en adelante MSP), contenido en memorando No. MSP-CGAJ-2022-0385-M de 18 de julio de 2022, citó, entre otras normas, los artículos 3 numeral 1, 32, 358, 361, 363 numeral 7 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 4, 6 numeral 20, 159 y 259 de la Ley Orgánica de Salud² (en adelante LOS); 4 letra e), 12 y 26 del Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano³ (en adelante Reglamento para la Fijación de Precios); 128 del Código Orgánico Administrativo⁴ (en adelante COA); 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵; 12 letras c) y d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶; la Sentencia de la Corte Constitucional No. 679-18-JP/20, referida al derecho de acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces; y, la Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021 mediante la cual el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano (en adelante el CNFRP) aprobó la definición de medicamentos estratégicos para fines de fijación de precios techo, con fundamento en los cuales manifestó y concluyó:

“Mediante memorando Nro. MSP-STFP-2022-0105-M de 24 de mayo de 2022, la Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² LOS, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 423 de 22 de diciembre de 2006.

³ Reglamento para la Fijación de Precios, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 14 de julio de 2017.

⁴ COA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁵ Declaratoria Universal de los Derechos Humanos firmada el 10 de diciembre de 1948.

⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Oficial No. 101 de 24 de enero de 1969.

Medicamentos de Uso y Consumo Humano, informó a esta Coordinación General de Asesoría Jurídica que el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos en Sesión Ordinaria Nro. 715-2022, llevada a cabo el 06 de mayo de 2022, resolvió: ***‘Art. 1.- Disponer a la Secretaria Técnica elevar la consulta a la Procuraduría General del Estado la (sic) aplicación de la Resolución Nro. STFP-011-705-2021 de fecha 26 de octubre de 2021, correspondiente a la definición de medicamento estratégico aprobada por el Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos, conforme al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado’.***

(...) **corresponde al Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, aplicar la Resolución Nro. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021 y fijar el precio de los medicamentos que conforme dicho instrumento jurídico son considerados estratégicos, incluidos aquellos que a la fecha no cuentan con fijación de precios** a fin de garantizar el acceso de la población a los mismos y por tanto efectivizar el derecho a la salud de la población” (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* el derecho a la salud y el deber del Estado de garantizar el acceso a medicamentos; *ii)* competencia para la fijación de precios de medicamentos de uso y consumo humano; *iii)* competencia del CNFRP para definir un medicamento como estratégico; y, *iv)* competencia del CNFRP para determinar los segmentos que serán considerados estratégicos al tenor de la Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021.

2.1. El derecho a la salud y el deber del Estado de garantizar el acceso a medicamentos.-

De acuerdo con lo establecido en el numeral 7 del artículo 363 de la CRE, el Estado es responsable de ***“Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización”*** (el resaltado me corresponde) y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población.

El artículo 3 de la LOS prevé que la salud es: ***“un derecho humano inalienable, indivisible, irrenunciable e intransigible, cuya protección y garantía es responsabilidad primordial del Estado”*** (el resaltado me corresponde) y el resultado de un proceso colectivo de interacción donde Estado, sociedad, familia e individuos convergen para la construcción de ambientes, entornos y estilos de vida saludables.

En este contexto, la letra f) del artículo 9 de la LOS dispone que corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, la responsabilidad de ***“Garantizar a la población el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad a bajo costo”***. Así mismo, el artículo 154 ibídem agrega que ***“El Estado garantizará el acceso y disponibilidad de medicamentos de calidad y su uso***

racional, priorizando los intereses de la salud pública sobre los económicos y comerciales” (el resaltado me corresponde).

La competencia para fijar los precios de los medicamentos de uso humano, sobre la que trata la consulta, está relacionada con el deber del Estado de garantizar el acceso de la población a medicamentos, por ello incluye la posibilidad de revisar y controlar sus precios de comercialización en el territorio nacional.

2.2. Competencia para la fijación de precios de medicamentos de uso y consumo humano.-

De conformidad con el artículo 358 de la CRE, el sistema nacional de salud tiene por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. Al efecto, el artículo 361 ibídem agrega que al Estado le corresponde ejercer la rectoría del referido sistema a través de la autoridad sanitaria nacional y será responsable de formular la política nacional de salud, y *“normará, regulará y controlará todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector”* (el resaltado me corresponde).

En armonía con lo señalado, el artículo 4 de la LOS establece que la autoridad sanitaria nacional es el MSP, *“entidad a la que corresponde el ejercicio de las funciones de rectoría en salud; así como la responsabilidad de la aplicación, control y vigilancia del cumplimiento de esta Ley”*; y, en este contexto, las normas que dicte para su plena vigencia serán obligatorias.

Entre las responsabilidades del MSP, el numeral 20 del artículo 6 de la LOS incluye la de *“Formular políticas y desarrollar estrategias y programas para garantizar el acceso y la disponibilidad de medicamentos de calidad, al menor costo para la población, con énfasis en programas de medicamentos genéricos”*, para lo cual, el artículo 159 ibídem especifica que le corresponde a la autoridad sanitaria nacional *“la fijación, revisión y control de precios de los medicamentos de uso y consumo humano”* a través del CNFRP, de conformidad con la ley, y, al efecto, *“prohíbe la comercialización de los productos arriba señalados sin fijación o revisión de precios”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, según el artículo 1 del Reglamento para la Fijación de Precios, la finalidad de ese cuerpo normativo es establecer y *“regular los procedimientos para la fijación, revisión y control de precios de venta al consumidor final de medicamentos de uso y consumo humano, que se comercialicen dentro del territorio ecuatoriano”* (el resaltado me corresponde).

En concordancia con lo mencionado, la letra a) del artículo 4 del Reglamento para la Fijación de Precios incluye entre las atribuciones del CNFRP la de *“Resolver y difundir los precios techo para cada segmento de mercado, conforme a lo establecido en el presente Reglamento”* (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* al Estado le corresponde ejercer la rectoría del sistema nacional de salud a través del MSP, en calidad de autoridad sanitaria nacional, responsable de regular y controlar todas las actividades relacionadas con la materia; *ii)* el MSP, como ente rector en materia de salud y autoridad sanitaria nacional, debe fijar, revisar y controlar los precios de los medicamentos de uso y consumo humano a través del CNFRP; y, *iii)* corresponde al CNFRP fijar, revisar y controlar los precios techo de los medicamentos y al efecto aplicar el régimen de regulación de precios que corresponda para cada segmento de mercado.

2.3. Competencia del CNFRP para definir un medicamento como estratégico.-

La fijación de precios de medicamentos de uso humano, requisito para que estos puedan ser comercializados al público dentro del territorio nacional, es materia regulada por el Reglamento para la Fijación de Precios, cuyo artículo 9 establece los regímenes de regulación que el CNFRP debe observar para su fijación, revisión y control, que son los siguientes: a) Régimen Regulado de Fijación de Precios, b) Régimen de Fijación Directa de Precios y c) Régimen Liberado de Precios.

La letra e) del artículo 4 *ibídem* contempla como una atribución del CNFRP el ***“Emitir actos, instructivos y resoluciones para el análisis, evaluación, ejecución y control de las políticas de fijación de precios de venta al público de medicamentos de uso y consumo humano”*** (el resaltado me corresponde), para el cabal cumplimiento de las disposiciones contenidas en ese reglamento.

En el ámbito de las definiciones, la letra j) del artículo 2 del Reglamento para la Fijación de Precios señala que son medicamentos estratégicos aquellos que cumplen ***“con las definiciones metodológicas definidas por la Autoridad Sanitaria y aprobadas por el Consejo”*** (el resaltado me corresponde).

Los medicamentos estratégicos, de acuerdo con el artículo 10 *ibídem*, están sujetos al Régimen Regulado de Fijación de Precios, que consiste en ***“establecer un precio techo para cada segmento de mercado de los medicamentos estratégicos y nuevos”***.

En virtud de lo previsto por la letra j) del artículo 2 del Reglamento para la Fijación de Precios, su Disposición Transitoria Séptima previó que en el plazo máximo de ciento veinte (120) días, contados a partir de su suscripción, ***“el Consejo determinará los medicamentos de uso y consumo humano que se someterán a los diferentes regímenes”***, para lo cual, en un plazo máximo de treinta (30) días, contados igualmente a partir de la suscripción de dicho reglamento, el MSP debería definir ***“la metodología para considerar a un medicamento como estratégico, la cual deberá ser aprobada por el Consejo”*** (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el CNFRP expidió la Resolución No. 07-2014 de 11 de septiembre de 2014 y Fe de Erratas emitida a través de Resolución No. STLM-16-660 de 26 de octubre de 2016, mediante la cual aprobó ***“los criterios para considerar a un medicamento como estratégico”*** (el resaltado me corresponde), para fines de fijación de

precios techos de medicamentos de uso y consumo humano, según lo previsto en su artículo 1.

Posteriormente, el CNFRP modificó los mencionados criterios, a través de Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021, cuyo artículo 1 aprobó “*la definición de medicamentos estratégicos para fines de fijación de precios techo*”, y su Disposición Derogatoria Primera dejó sin efecto la Resolución No. 07-2014 de 11 de septiembre de 2014 y su Fe de Erratas.

Por lo tanto, el Reglamento para la Fijación de Precios, cuyo texto está vigente, establece y regula los procedimientos para la fijación, revisión y control de precios de venta al consumidor final de medicamentos de uso y consumo humano, y su artículo 2 letra j), para efectos de determinar que un medicamento es estratégico, se remite a las definiciones metodológicas de la Autoridad Sanitaria aprobadas por el CNFRP, que actualmente constan en la Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021.

De lo manifestado se desprende que: *i)* los medicamentos estratégicos están sujetos al régimen regulado de fijación de precios techo establecido por el Reglamento para Fijación de Precios; *ii)* de acuerdo con el mencionado reglamento, los medicamentos estratégicos son aquellos que cumplen con las definiciones metodológicas establecidas por el MSP y aprobadas por el CNFRP a través de resolución; *iii)* mediante Resolución No. 07-2014 de 11 de septiembre de 2014 y Fe de Erratas, el CNFRP aprobó los criterios para considerar a un medicamento como estratégico, para fines de fijación de precios techos; y, *v)* con Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021 el CNFRP derogó la Resolución No. 07-2014 de 11 de septiembre de 2014 y su Fe de Erratas y aprobó la nueva definición de medicamentos estratégicos para fines de fijación de precios techo.

2.4. Competencia del CNFRP para determinar los segmentos que serán considerados estratégicos al tenor de la Resolución No. STFP-011-705-2021 de fecha 26 de octubre de 2021.-

El artículo 6 del Reglamento para la Fijación de Precios prevé que el CNFRP para su funcionamiento contará con una Secretaría Técnica que formará parte del MSP. El numeral 3 del artículo 7 *ibídem* incluye entre las funciones de la Secretaría Técnica la de “*Elaborar informes técnicos en aplicación de las metodologías de fijación de precios previstas en el presente Reglamento, de cada una de las solicitudes que se le presenten para conocimiento, revisión y resolución del Consejo*”.

Sobre la aplicación inmediata de la nueva norma desde el día de su entrada en vigor, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic⁷ explican:

“Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ella

⁷ Alessandri y otros, *Tratado de Derecho Civil, partes Preliminar y General, Séptima Edición, Tomo Primero, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 222 y 223.*

producidos *después* de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes (...)."

En este contexto se observa que la Disposición Transitoria Primera de la Resolución No. STFP-011-705-2021, expedida por el CNFRP el 26 de octubre de 2021, estableció lo siguiente:

“Las solicitudes para fijación de precio techo ingresadas antes de la publicación de la presente Resolución serán gestionadas conforme a los criterios establecidos en la Resolución No. 07- 2014 de fecha 11 de septiembre de 2014 y su Fe de Erratas de fecha 26 de octubre de 2016.

En adelante, las solicitudes ingresadas para fijación de precio techo se (sic) observarán los criterios establecidos en la presente Resolución para considerar un medicamento como estratégico” (el resaltado me corresponde).

La disposición transitoria citada, es clara al prever en su segundo inciso que la calificación de medicamentos estratégicos está supeditada al cumplimiento de las metodologías definidas por la autoridad sanitaria y aprobadas por el CNFRP, contenidos en dicha resolución, lo que guarda armonía con el Reglamento para la Fijación de Precios, que está vigente y que por su rango prevalece. Lo expuesto hace necesario que el CNFRP identifique los medicamentos cuyo régimen de fijación de precios hubiere variado como consecuencia de la nueva metodología aprobada.

Adicionalmente se observa que, según el artículo 1 de la Resolución No. STFP-014-710-2022 de 18 de enero de 2022, el CNFRP dispuso a la Secretaría Técnica de Fijación de Precios “*realizar la revisión del consolidado de precios techo, aplicando la Resolución No. 011-2021 aprobada en Sesión Extraordinaria No. 705-2021 del 26 de octubre de 2021 vigente*”, a fin de definir los segmentos de mercado que serían catalogados como estratégicos, que corresponden al régimen regulado de precios.

De lo expuesto se concluye que: *i)* Es competencia del CNFRP aplicar los regímenes de fijación de precios de medicamentos que establece el Reglamento para la Fijación de Precios. *ii)* Según la letra *j)* del artículo 2 del Reglamento para la Fijación de Precios, constituyen medicamentos estratégicos aquellos que cumplen con las metodologías aprobadas por el CNFRP, lo que a su vez determina que les sea aplicable el régimen regulado de fijación de precios. *iii)* La Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021 estableció nuevos criterios o metodologías para determinar que un medicamento es estratégico. Dicha Resolución rige desde su promulgación hacia el futuro. Al haberse derogado expresamente la Resolución No. 07-2014 de 11 de septiembre de 2014 y Fe de Erratas, los criterios contenidos en ella dejaron de regir. *iv)* Las competencias del CNFRP para aprobar las definiciones metodológicas que permitan

determinar que un medicamento es estratégico, y por tanto está sujeto al régimen regulado para la fijación o revisión de su precio techo, tienen como propósito garantizar a las personas la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces. v) Corresponde al CNFRP aplicar el régimen regulado únicamente a aquellos medicamentos que actualmente cumplan con los nuevos criterios o metodología para ser considerados estratégicos, según la definición contenida en la resolución vigente. En tal virtud, es competencia de ese órgano identificar los medicamentos cuya condición hubiere variado y, de ser el caso, fijar o revisar sus precios, según el régimen que les sea aplicable en función de su actual condición.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con los artículos 159 de la Ley Orgánica de Salud y 2 letra j) del Reglamento para la Fijación de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano, corresponde al Consejo Nacional de Fijación y Revisión de Precios de Medicamentos de Uso y Consumo Humano determinar los medicamentos que actualmente cumplen los parámetros para ser considerados estratégicos, contenidos en la Resolución No. STFP-011-705-2021 de 26 de octubre de 2021, y fijar sus precios, inclusive respecto de aquellos que en virtud de la mencionada resolución hubieren cambiado su condición a estratégicos y por tanto les fuere aplicable el régimen regulado de fijación de precios establecido por el Reglamento.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.08.24
11:47:40 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Elaborado por: Ab. Castillo/ Dr. Navarro
Revisado por: Dra. Rosero

Oficio N° 19901

Quito D.M., 19 AGO 2022

Señor magíster
Francisco Xavier Garzón Cisneros,
GERENTE GENERAL,
CORPORACIÓN NACIONAL DE FINANZAS
POPULARES Y SOLIDARIAS (CONAFIPS).
Ciudad. -

De mi consideración:

Mediante oficio No. CONSULTA-CONAFIPS-GNF-03-2022 de 1 de junio de 2022, remitido como anexo al oficio No. CONAFIPS-CONAFIPS-2022-0693-OFI de la misma fecha, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el mismo día, usted formuló la siguiente consulta:

“(…) siendo que la Corporación administra fideicomisos conformados por un constituyente, y, otros fideicomisos conformados por varios constituyentes que se administran con cuentas individuales cuyos aportes fueron perfeccionados en fechas distintas, sin dejar de ser un mismo fideicomiso; para el segundo caso, ¿el plazo de liquidación del fideicomiso establecido en el artículo 312 se aplica por cada constituyente?”.

1. Antecedentes. -

1.1. Con oficio No. 18747 de 18 de mayo de 2022, este organismo solicitó que las consultas inicialmente contenidas en oficio No. CONSULTA-CONAFIPS-GNF-03-2022 de 10 de mayo de 2022, remitido como anexo a su oficio No. CONAFIPS-CONAFIPS-2022-0602-OFI de 12 de los mismo mes y año, se reformulen de manera que traten sobre la aplicación general de normas jurídicas, así como se remita el informe jurídico de la Gerente de Asesoría Jurídica y Patrocinio de la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias (en adelante CONAFIPS) respecto al objeto de las consultas reformuladas, requerimiento que fue atendido con el oficio citado al inicio del presente.

1.2. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 18942, 18943, 18944 y 18945 de 3 de junio de 2022, este organismo solicitó a la Secretaría Técnica de Gestión Inmobiliaria del Sector Público (en adelante SETEGISP); a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS); a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (en adelante SEPS); y, a la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante JPRF), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de la consulta. Con oficios Nos. 19176 y 19177 de 20 de junio de 2022, se insistió en dicho requerimiento a la SETEGISP y a la SCVS, respectivamente.

1.3. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: **i)** por la Presidenta de la JPRF, con oficio No. JPRF-JPRF-2022-0149-O de 16 de junio de 2022, ingresado al día siguiente, al cual adjuntó el informe jurídico No. JPRF-CJ-2022-0029 de 15 de junio de 2022, aprobado por el Coordinador Jurídico; **ii)** por la Intendente General Jurídico de la SEPS, a través de oficio No. SEPS-SGD-IGJ-2022-17827-OF de 17 de junio de 2022, recibido el 20 de los mismos mes y año; y, **iii)** por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica de la SETEGIPS, mediante oficio No. SETEGISP-CGAJ-2022-0021-O de 21 de junio de 2022, ingresado al día siguiente, al cual se adjuntó el oficio No. SETEGISP-CGAJ-2022-0020-O de 20 de junio del presente año. Por su parte, la SCVS no remitió su criterio jurídico sobre la materia de la consulta, pese a la insistencia cursada por esta Procuraduría.

1.4. El informe jurídico de la Gerente de Asesoría Jurídica y Patrocinio de la CONAFIPS, contenido en memorando No. CONAFIPS-GAJP-2022-0655-MEM de 1 de junio de 2022, citó los artículos 226 y 290 de la Constitución de la República de Ecuador¹ (en adelante CRE); 7 numeral 12, 748, 749, 766, 776, 777, 1107, 1453, 1454, 1500 y 1561 del Código Civil² (en adelante CC); 312 incisos cuarto, quinto, sexto y séptimo del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero³ (en adelante COMF); 100, 103, 109, 110, 118, 120 numeral 1, letras a), f) e i), 125 y 134 del Libro II del COMF, que contiene la Codificación de la Ley de Mercado de Valores; 158 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria⁴ (en adelante LOEPS); 5 del Libro Segundo, Tomo X, Título XIII "Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario", Capítulo I, Sección I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros⁵ (en adelante CRMFVS); 312 y 322 del Libro Primero, Tomo VIII, Sección XVIII "Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el Artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero", Subsección II "Constitución del Fideicomiso" de la CRMFVS, y, los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado contenidos en oficios Nos. 02896, 15052 y 18231 de 1 de marzo de 2019, 12 de agosto de 2021 y 30 de marzo de 2022, respectivamente, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

"(...) CONAFIPS en su calidad de fiduciaria de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del COMYF Libro I tiene la obligación interpuesta por mandato legal de administrar los fideicomisos según lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y las normas que rigen a los fideicomisos, así como también de conformidad a lo instruido en los contratos de constitución de fideicomisos.

En los contratos de constitución de los fideicomisos los constituyentes declaran que sus aportes individuales conforman un solo fideicomiso y **que las subcuentas o cuentas individuales no constituyen ni constituirán patrimonios independientes del fideicomiso.**

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

³ COMFI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de septiembre de 2014.

⁴ LOEPS, publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011.

⁵ CRMFVS, Resolución No. 385, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 44 de 24 de julio de 2017.



En la Ley de Mercado de Valores inserta en el COMYF LIBRO II claramente establece en el artículo 109 que el **patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente**, así como también en el artículo 125 establece que es responsabilidad de la fiduciaria actuar de manera diligente y profesional **a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan**, en este contexto claramente en la ley (sic) de mercado (sic) de valores (sic) como en los contratos de constitución se establece que los aportes realizados por cada uno de los constituyentes **no son patrimonios individuales, ni constituyen aislamiento patrimonial (sic) respecto de los demás aportes realizados por los constituyentes**, así también el tratadista Jorge Hugo Lascala claramente manifiesta que: ***'El patrimonio del fideicomiso, no admite ninguna posibilidad de confusión con los patrimonios particulares de los sujetos que lo constituyen. Los bienes fideicomitidos integran una universalidad jurídica autónoma (...)'***, razón por la cual, la fecha desde la cual CONAFIPS en su calidad de fiduciaria deberá contar el plazo de 2 años de vigencia del patrimonio autónomo será la fecha en que se haya perfeccionado la transferencia del último aporte realizado al fideicomiso mercantil, a pesar de que existan varios constituyentes del mismo, toda vez que estos no conforman patrimonios independientes del fideicomiso, dado que la persona jurídica fideicomiso mercantil es una sola, íntegra e individual.

Adicionalmente, sobre los fundamentos de hecho y de derecho CONAFIPS en su calidad fiduciaria y representante legal de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del COMYF libro (sic) I (sic) tiene como obligación cumplir lo establecido en la Ley de Mercado de Valores que establece que el **fideicomiso es distinto de los patrimonios individuales de los constituyentes**, así como también es su obligación administrar el fideicomiso de forma prudente, **literal y diligente cumpliendo con las disposiciones contenidas en el contrato de constitución de los fideicomisos** que claramente establecen que las subcuentas o cuentas individuales, o aportes individuales de las entidades en liquidación constituyentes del fideicomiso **no son considerados patrimonios independientes dentro del fideicomiso**.

Finalmente, es preciso manifestar que la CONAFIPS está coordinando acciones con la Junta de Política y Regulación Financiera con el fin de que se regule la constitución, administración y liquidación de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del COMYF Libro I tomando en consideración todos los partícipes privados y públicos que intervienen en el proceso de constitución, administración y liquidación de los fideicomisos, la cual (sic) constituye el órgano regulador de esta materia” (el subrayado y resaltado corresponde al texto original)

1.5. El criterio jurídico de la JPRF, además de las normas invocadas por la entidad consultante, citó los artículos 13 y 14.1 numeral I del Libro I del COMF; y, 6 de la *“Norma de Control para el Cierre de la Liquidación y Extinción de las Entidades del Sector Financiero Popular y Solidario bajo Control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria”*⁶ (en adelante NCCLE), con base en los cuales analizó y concluyó:

⁶ NCCLE, publicadas en el Registro Oficial No. 448 de 10 de mayo de 2021.

“III CRITERIO JURÍDICO

(...) corresponde señalar que el ordenamiento jurídico, en particular los artículos 109 y 118 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, define a los fideicomisos mercantiles o patrimonio autónomos (sic) como el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad que se constituye como efecto jurídico del contrato que lleva el mismo nombre. A su vez, **la ley señala que los fideicomisos mercantiles cuentan con personalidad jurídica y es un patrimonio distinto del de los constituyentes, beneficiarios o del fiduciario**, de conformidad con el artículo 108 del precitado Código, Libro II.

De acuerdo con lo prescrito en las referidas normas, un patrimonio autónomo puede contar con uno o más constituyentes y beneficiarios cuyos patrimonios son distintos al del fideicomiso; por lo tanto, **el plazo de dos (2) años, establecido por el precitado 312 y el artículo 322 de la Sección XVIII ‘Norma para la constitución, operación y liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero’, Capítulo XXXVI ‘Sector Financiero Popular y Solidario’, Libro I de la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, se refiere al fenecimiento del plazo del fideicomiso y no pudiendo ser aplicado a sus constituyentes.**

Al efecto, es pertinente señalar que si bien el periodo de tiempo del precitado artículo 312 se cuenta desde la transferencia de activos, derechos litigiosos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que pertenecen a un mismo patrimonio autónomo, **el traspaso de los referidos derechos y obligaciones cuenta con un plazo delimitado por el artículo 6 de la Norma de Control para el Cierre de la Liquidación y Extinción de las Entidades del Sector Financiero Popular y Solidario bajo control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria**, emitida mediante Resolución Nro. SEPS-IGT-INFMR-INGINT-2021-0098 de 26 de marzo de 2021. En consecuencia, **el plazo del fideicomiso no podría superar la sumatoria de los periodos prescritos en las normas citadas en este párrafo**” (el resaltado me corresponde).

1.6. Por su parte, el criterio jurídico de la SEPS citó las disposiciones y pronunciamientos de esta Procuraduría sobre la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF tras lo cual concluyó:

“(…) sobre la temática señalada en la consulta que plantea la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias, por medio del Oficio No. CONSULTA-CONAFIPS-GNF-03-2022 de 01 de los corrientes relacionada con: ‘(…) ¿el plazo de liquidación del fideicomiso establecido en el artículo 312 se aplica por cada constituyente? (...)’ ya existen pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado, recogidos en los señalados Oficios Nos. 02896, 15052 y 18231 de 01 de marzo de 2019, 12 de agosto de 2021 y 30 de marzo de 2022 respectivamente (el subrayado y resaltado corresponden al texto original).

(…) cabe considerar que **la normativa legal vigente no ha sido reformada en los aspectos que se consultan, en tal razón los pronunciamientos emitidos mediante los referidos oficios, se encuentran vigentes (...)**. Consecuentemente a la fiduciaria le



correspondería adoptar las acciones internas pertinentes para cumplir su gestión y obligaciones en el marco de la ley (el resaltado me corresponde).

En virtud de lo expuesto, al existir pronunciamientos integrales que tienen relación con lo consultado, en el ámbito de la competencia de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y de las atribuciones de esta Intendencia General Jurídica, nos remitimos a la opinión jurídica que ha sido expresada en los Oficios Nos. SEPS-SGD-IGJ-2021-13579-OF y Oficio No. SEPS-SGD-2021-32010-OF de 04 de junio y 23 de diciembre de 2021(...)” (el resaltado me corresponde).

1.7. Finalmente, el criterio jurídico de la SETEGISP, además de las normas mencionadas, citó los artículos 227 de la CRE; 113 y 119 del Libro II del COMF; 17 numeral 2 del Libro Segundo, Tomo X, Título XIII “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” Capítulo I, Sección IV, “Disposiciones Generales” de la CRMVS; 305 de la sustituida Sección XVIII, del Capítulo XXXVI, del Título II, del Libro Primero de la CRMVS, expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera; y, 33, 34 y 35 del CC, con fundamento en los cuales analizó y concluyó:

“3.- CRITERIO JURÍDICO:

(...) para el caso de los fideicomisos en procesos de liquidación, administrados por la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias, **el cálculo del plazo sería aplicable para cada constituyente de forma individual en función del plazo de vigencia establecido en el contrato de fideicomiso mercantil; es decir, constituye el plazo estimado en función de los aportes de cada constituyente** y a la ejecución de los fines establecidos en el contrato de conformidad a lo establecido en los artículos 109, 118 y 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero y el artículo 305 de la SECCIÓN XV de Norma para la Aplicación del Cuarto Inciso del artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero para las Entidades del Sector Financiero Popular y Solidario, con la condición que medie la existencia de constituyentes adherentes.

En consecuencia, de lo anterior es necesario señalar que **de manera general las condiciones relacionadas con el plazo de liquidación estarían determinadas en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil** (no adjunto a la petición), y **estarían supeditadas al cumplimiento de sus fines, así como a las directrices emitidas por el constituyente** según lo determina el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero” (el resaltado me corresponde).

1.8. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la CONAFIPS coincide con el criterio jurídico de la JPRF al considerar que el patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales de los constituyentes, por tal razón la fecha desde la cual la fiduciaria debe contar el plazo de 2 años de vigencia del patrimonio autónomo, establecido en el artículo 312 del Libro I del COMF, es a partir del momento en que se haya perfeccionado la transferencia del último aporte realizado al fideicomiso mercantil, no pudiendo ser aplicado a cada uno de sus constituyentes.

Agrega la entidad consultante que es responsabilidad de la fiduciaria actuar de manera diligente y profesional, a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente y que, al efecto, está coordinando acciones con la JPRF para que se regule la constitución, administración y liquidación de los fideicomisos establecidos en el artículo 312 del Libro I del COMF.

Por su parte la JPRF precisa que de existir activos, derechos litigiosos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieren ser liquidados hasta la fecha prevista para la finalización del tiempo de liquidación, éstos serán transferidos por el Liquidador al fideicomiso mercantil determinado en el artículo 312 del COMF, en el plazo establecido en el artículo 6 de la NCCLE, por lo cual, el fideicomiso no podría superar la sumatoria de los periodos prescritos en las normas citadas.

La SETEGISP difiere e indica que el cálculo del plazo previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF sería aplicable para cada constituyente de forma individual en función del plazo de vigencia establecido en el contrato de fideicomiso mercantil; es decir, señala que el plazo estimado se da en función de los aportes de cada constituyente. Señala además que las condiciones relacionadas con el plazo de liquidación estarían determinadas de forma general en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil y supeditadas al cumplimiento de sus fines, así como a las directrices emitidas por el constituyente.

Con el criterio de la SETEGISP coincide la SEPS, que precisa que sobre la temática ya existen pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General del Estado que se encuentran vigentes, sin que la normativa hubiere variado, por lo cual corresponde a la CONAFIPS adoptar las acciones internas pertinentes para cumplir su gestión y obligaciones en el marco de la ley y los contratos.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la materia sobre la que trata su consulta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* el fideicomiso mercantil de administración en aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF; *ii)* pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado relacionados con la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF; y, *iii)* la regulación de la gestión fiduciaria.

2.1. El fideicomiso mercantil de administración en aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF. -

El artículo 312 del Libro I del COMF regula la liquidación de las instituciones financieras de la banca privada y pública, así como de la economía popular y solidaria. La norma en cita determina las atribuciones del liquidador y dispone la constitución del fideicomiso mercantil de administración en caso de que los activos, pasivos, patrimonio u otras obligaciones no hayan podido ser liquidados en el plazo previsto, considerando que el objeto del fideicomiso mercantil es pagar a los acreedores de la entidad en liquidación, de acuerdo al orden de prelación establecido.

osa

El inciso cuarto del citado artículo 312 establece que los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones de la entidad financiera que no pudieren ser liquidados de acuerdo con ese artículo serán transferidos a un fideicomiso mercantil cuyo fiduciario *“será la Corporación Financiera Nacional B.P. o la Corporación de Finanzas Populares y Solidarias, el primero para la banca privada y pública; y, el segundo para la economía popular y solidaria (...)*”, en armonía con lo establecido en el segundo inciso del artículo 158 de la LOEPS.

Para el perfeccionamiento del traspaso de los activos, derechos litigiosos, pasivos, patrimonio y demás obligaciones que no pudieron ser liquidados hasta la fecha de finalización del plazo de liquidación, el Liquidador deberá transferirlos al fideicomiso mercantil previsto en el referido artículo 312 del Libro I del COMF *“dentro del plazo de noventa días posteriores a la suscripción del contrato de fideicomiso”*, el mismo que podrá ser ampliado hasta por noventa días adicionales, a petición debidamente justificada del constituyente o la fiduciaria, y previa aprobación de la SEPS, según lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 6 de la NCCLE

Por otra parte, el artículo 370 del Libro I del COMF, sobre la administración fiduciaria prescribe que: *“Las entidades del sector financiero público tendrán la facultad para actuar como administradores fiduciarios”*; igual previsión consta en el artículo 100 del Libro II del COMF.

En este contexto y respecto a la facultad fiduciaria es preciso observar que el artículo 103 del Libro II del COMF establece que, sin perjuicio de los deberes y obligaciones como administradora de fondos, a la fiduciaria le corresponde -además de las atribuciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil y las de administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil- mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, así como realizar la contabilidad independiente para cada uno de éstos.

Cabe considerar que, si bien el artículo 125 ibídem prescribe obligaciones de medio y no de resultado, la fiduciaria está sujeta a cumplir con aquellas previstas en la norma y las determinadas en el respectivo contrato de fideicomiso mercantil, de modo que la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente se cumplan, atento lo dispuesto en el segundo inciso del artículo en cita, que expresa que la fiduciaria responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión y que *“su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”*.

De lo expuesto se observa que: *i)* procede la constitución del fideicomiso mercantil de administración en aquellos casos en los cuales los activos, pasivos, patrimonio u otras obligaciones de la entidad financiera en liquidación no hayan podido ser liquidadas oportunamente en el plazo concedido por la ley; *ii)* el perfeccionamiento del traspaso de los activos, derechos litigiosos, pasivos, patrimonio y demás obligaciones al fideicomiso mercantil deberá efectuarse dentro del plazo de noventa días posteriores a la suscripción del

respectivo contrato, el mismo que podrá ser ampliado hasta por noventa días adicionales a solicitud justificada del constituyente o la fiduciaria, previa autorización de la SEPS; *iii*) corresponde a la CONAFIPS actuar como fiduciaria en los fideicomisos constituidos por entidades del sector financiero de la economía popular y solidaria en liquidación; *iv*) corresponde a la CONAFIPS administrar prudente y diligentemente los bienes, activos, pasivos y derechos, que hubieren sido transferidos al fideicomiso mercantil; y, *v*) la CONAFIPS debe observar las disposiciones legales, además del contrato de fideicomiso mercantil e instrucciones de los constituyentes, a fin de alcanzar los objetivos y finalidades del fideicomiso.

2.2. Pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado relacionados con la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF. -

En relación a la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a la posibilidad de la fiduciaria de constituir varios o un solo fideicomiso, con cuentas individuales para cada entidad en liquidación; así como sobre el plazo de vigencia del fideicomiso mercantil y su contabilización en función de la transferencia de los bienes, derechos u obligaciones; así como el destino de los valores monetarios y activos, una vez finalizada la liquidación, entre otros aspectos.

Al respecto, mediante oficio No. 02896 de 1 de marzo de 2019, al atender una consulta de la SEPS, este organismo concluyó lo siguiente:

“(…) de conformidad con lo previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF, corresponde al liquidador, en calidad de representante legal de la entidad financiera de la economía popular y solidaria en liquidación, ser el Constituyente del fideicomiso mercantil de administración conforme al mandato contenido en esa norma, y a la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias compete asumir la calidad de Fiduciaria y titular del patrimonio autónomo constituido con los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieron ser liquidados en el plazo correspondiente, en concordancia con lo previsto en el artículo 3 de la Resolución para la Liquidación de Fideicomisos expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. **La Fiduciaria determinará la oportunidad de constituir varios o un solo fideicomiso, con cuentas individuales para cada entidad en liquidación**” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, con oficio No. 15052 de 12 de agosto de 2021, en relación a varias consultas formuladas por la CONAFIPS, esta Procuraduría concluyó que:

“(…) **el plazo de vigencia del fideicomiso mercantil, según el artículo 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, es de dos años, contados desde la fecha en que se hubiese perfeccionado la última transferencia efectuada por el constituyente al fideicomiso**, para lo cual se deben observar las reglas del derecho común, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, derechos u obligaciones. Es responsabilidad de la fiduciaria verificar que la transferencia de dominio que efectúe el constituyente al fideicomiso mercantil, observe las estipulaciones del



contrato constitutivo y lo dispuesto en los artículos 120 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, 316, inciso final, 317, segundo inciso y 318 del Libro I, Título II, Capítulo XXXVII, Sección XVIII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

(...) vencido el plazo del contrato de fideicomiso, de conformidad con el artículo 317 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, ante la existencia de remanentes, los valores monetarios que no fueron reclamados en el plazo previsto por el séptimo inciso del artículo 312 ibídem deberán ser depositados en la Cuenta Única del Tesoro Nacional, en tanto que el resto de activos deberán ser transferidos a la entidad que se encarga de la gestión inmobiliaria del Estado; dichos activos incluyen bienes muebles, inmuebles, derechos de cobro, procesos coactivos, derechos litigiosos y todo derecho que forme parte del fideicomiso (...)” (el resaltado me corresponde).

Finalmente, en pronunciamiento contenido en oficio No. 18231 de 30 de marzo de 2022, ante una consulta presentada por la CONAFIPS relacionada con la materia de su actual inquietud, este organismo concluyó que:

“(…) de conformidad con los artículos 109 y 118 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero y 312 de la Sección XVIII: *‘Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero’* de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros, **el plazo al que se refiere el artículo 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero deberá contarse de manera individual por cada constituyente y a partir de la fecha en que se perfeccionó la última transferencia de activos efectuada por cada constituyente de forma individual en favor del fideicomiso mercantil de administración**, para lo cual se deben observar las reglas de derecho común, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, derechos u obligaciones” (el resaltado me corresponde).

Cabe destacar que la competencia de este organismo para atender consultas, de conformidad con lo previsto en los artículos 237, numeral 3 de la CRE⁷ y 3, letra f) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁸, se limita a la inteligencia o aplicación de normas infraconstitucionales y no se extiende a la revisión o análisis de cláusulas y estipulaciones de contratos.

⁷ CRE, “Art. 237.- Corresponde a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: (...) 3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos”

⁸ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004, “Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- Corresponden privativamente al Procurador General del Estado, las siguientes funciones (...) f) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, (...) sobre la inteligencia o aplicación de las normas legales o de otro orden jurídico (...)”. “Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas (...) legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público (...), excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis (...). Toda consulta deberá estar respaldada por el informe del Asesor Jurídico de la institución, con relación al tema objeto de la consulta. (...)”.

De lo manifestado se desprende que: *i)* corresponde a la CONAFIPS, en calidad de fiduciaria, analizar la oportunidad de constituir varios o un solo fideicomiso mercantil con cuentas individuales para cada entidad en liquidación. Las cuentas individuales no constituyen patrimonios independientes del fideicomiso mercantil, sino que tienen fines operativos, pues permiten mantener subcuentas por cada constituyente y sus beneficiarios; *ii)* el plazo de vigencia del fideicomiso mercantil está previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF, según el cual es de dos años, contados desde la fecha en que se hubiese perfeccionado la última transferencia efectuada por el constituyente al fideicomiso; y, *iii)* el mencionado plazo se debe contar a partir de la fecha en que se perfeccionó la última transferencia de activos efectuada al fideicomiso; en el caso de varios constituyentes, cada cuenta individual deberá contener la información relacionada al respectivo constituyente.

2.3. La regulación de la gestión fiduciaria. -

El artículo 6 del Libro I del COMF diferencia a las entidades que integran los sistemas monetario y financiero⁹, en función del tipo de actividades que realizan; en tal sentido, dichos sistemas acogen dos tipos de instituciones, cada una de las cuales efectúan actividades diferenciadas, según su rol, así tenemos: *i)* las entidades responsables de la formulación e instrumentación de políticas, regulación y control, que para el caso que nos ocupa será en materia financiera; y, *ii)* las entidades que ejercen actividades financieras.

El artículo 13 del Libro I del COMF creó la JPRF, como parte de la Función Ejecutiva, como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, financiera y operativa, “*responsable de la formulación de la política y regulación crediticia, financiera, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada*” (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 14 del Libro I del COMF, corresponde a la JPRF “*Formular las políticas crediticia, financiera, incluyendo la política de seguros, servicios de atención integral de salud prepagada y valores*”. Dicho artículo agrega que, para el cumplimiento de sus funciones, la JRMF expedirá “*las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar las disposiciones legales*”. Según los numerales 16,18 y 25 del artículo 14.1 del Libro I del COMF son deberes de la JPRF, entre otros, los siguientes:

“16. **Regular** la constitución, operación y liquidación de fondos y **negocios fiduciarios** relacionados con el mercado de valores;

(...)

18. **Regular la gestión fiduciaria** de las entidades del sector financiero público;

⁹ COMF, Libro I, “Art. 6.- Integración. Integran los sistemas monetario y financiero nacional las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras. Integran los regímenes de valores y seguros las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión y control, además de las entidades públicas y privadas que ejercen operaciones con valores y efectúan actividades de seguros”.

ORA

(...)

25. Aplicar las disposiciones de este Código y resolver los casos no previstos en el mismo, en el ámbito de su competencia” (el resaltado me corresponde).

Por lo tanto, a la JPRF le corresponde regular los casos que no se encuentren previstos expresamente en el artículo 312 del Libro I del COMF, relacionados con la ejecución de los contratos fiduciarios, de acuerdo con la finalidad que persiguen.

Finalmente, cabe considerar que el artículo 226 de la CRE establece el deber de las instituciones del sector público y de sus funcionarios de “*coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*”. La coordinación es, a su vez, un principio previsto por el artículo 9 del Código Orgánico Administrativo¹⁰, el cual dispone que “*Las administraciones públicas desarrollan sus competencias de forma racional y ordenada, evitan las duplicidades y las omisiones*”, de modo que las entidades del Estado y los servidores que las representan deberán coordinar acciones y todos mecanismos idóneos para el cumplimiento de sus fines (el resaltado me corresponde).

De lo analizado se observa que: *i)* el artículo 312 del Libro I del COMF contiene un mandato general sobre la constitución del fideicomiso mercantil de administración en aquellos casos en los cuales los activos, pasivos, patrimonio u otras obligaciones de la entidad financiera en liquidación no hayan podido ser liquidadas en el plazo legal; *ii)* es competencia de la JRPM regular los casos no previstos expresamente en el artículo 312 del Libro I del COMF, entre ellos, todos los aspectos relacionados con la ejecución de los fideicomisos mercantiles en los que intervengan varios constituyentes, a fin de que el fideicomiso cumpla su finalidad; *iii)* corresponde a la CONAFIPS actuar como fiduciaria en los fideicomisos constituidos por entidades del sector financiero de la economía popular y solidaria en liquidación; al efecto, debe analizar la oportunidad de constituir varios fideicomisos o uno solo con cuentas individuales para cada entidad constituyente. La fiduciaria debe observar las disposiciones legales, el contrato y las instrucciones de los constituyentes, así como las regulaciones de la JRPF; *iv)* el plazo de dos años, previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF, corresponde al fideicomiso mercantil, y se cuenta desde la fecha en que se hubiere perfeccionado la última transferencia efectuada por el constituyente, o por cada constituyente, al fideicomiso, según el caso.

3. Pronunciamiento. -

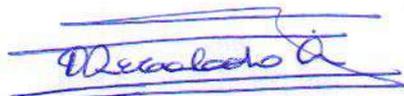
En atención a los términos de su consulta se concluye que, el plazo de dos años que establece el artículo 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero se aplica para la liquidación del fideicomiso mercantil y se cuenta a partir del último aporte efectuado al patrimonio autónomo. Si hubieren intervenido varios constituyentes, la fiduciaria podrá

¹⁰ Código Orgánico Administrativo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

gestionar cuentas individuales. Los casos no previstos en la mencionada norma legal corresponde regular a la Junta de Política y Regulación Financiera, de acuerdo con el numeral 25 del artículo 14.1 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

- C.C. Dra. Sofia Margarita Hernández Naranjo,
Superintendente de Economía Popular y Solidaria.
- Msc. Marco Giovanni López Narváez,
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.
- Msc. María Paulina Vela Zambrano,
Presidenta de la Junta de Política y Regulación Financiera.
- Msc. Fernando Mauricio Villacis Cadena,
Secretario Técnico de la Secretaría de Gestión Inmobiliaria del Sector Público.

Oficio N° 19896

Quito D.M., 19 AGO 2022

Señora magíster
Antonieta Guadalupe Cabezas Enríquez,
SUPERINTENDENTE DE BANCOS, SUBROGANTE.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero al oficio No. SB-DS-2022-0203-O de 05 de junio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado al día siguiente, mediante el cual, la ingeniera Amparo Espinoza Zambrano, en su calidad de Superintendente de Bancos, subrogante formuló las siguientes consultas:

“1.- ¿De ser económicamente inviable constituir el fideicomiso mercantil contemplado en el inciso tercero del numeral 14 del artículo 312 del COMF, debido a que los pasivos superan a los activos, y la existencia de informes técnicos y financieros, debidamente motivados, que respalden dicha imposibilidad para la entidad fiduciaria, es posible que por inviabilidad económica no se deba constituir dicho fideicomiso?

2.- ¿Tomando en consideración que el negocio fiduciario, se encuentra regulado en el literal a) del artículo 103 y segundo inciso del artículo 125 del Libro II ‘Ley de Mercado de Valores’ del Código Orgánico Monetario y Financiero, en concordancia con lo establecido en el Art. 5, Sección I, Capítulo I, Título XIII, del Libro II de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros; ante la imposibilidad técnica de constituir el fideicomiso dispuesto en el artículo 312 numeral 14, inciso tercero del COMF. ¿Prevalecen las normas que gobiernan el negocio fiduciario por sobre la obligación de constituir el fideicomiso mercantil establecida en el Código Orgánico Monetario y Financiero?

3.- En el caso de que la fiduciaria concluya que no es factible económica ni operativamente la constitución de los Fideicomisos aludidos en el tercer inciso del numeral 14, del artículo 312 del COMF, y las obligaciones establecidas en el contrato constitutivo del fideicomiso mercantil. ¿Es procedente que el liquidador de la entidad financiera en liquidación, en uso de sus atribuciones contenidas en el artículo 312 numeral 12 del COMF, suscriba en su lugar el acta de carencia de patrimonio y con ello evitar constitución del fideicomiso mercantil contemplada (sic) en el artículo 312 numeral 14 tercer inciso del COMF?”.

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender sus consultas, mediante oficios Nos. 19027, 19028, 19029, 19030 y 19031 de 08 de junio de 2022, este organismo solicitó a la Corporación Financiera Nacional B.P. (en adelante CFN); a la

19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551-2022
Página. 2

Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias (en adelante CONAFIPS); a la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante JPRF); a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS); y, a la Superintendencias de Economía Popular y Solidaria (en adelante SEPS), respectivamente, que remitan sus criterios jurídicos institucionales sobre la materia objeto de las consultas. Con oficios Nos. 19210 y 19211 de 23 de junio de 2022 se insistió en dichos requerimientos a la JPRF y a la SCVS, respectivamente.

1.2. Los requerimientos de la Procuraduría General del Estado fueron atendidos mediante comunicaciones recibidas en el correo institucional único de este organismo, en su orden: *i)* por la Gerente Jurídico de la CFN, a través de oficio No. CFN-B.P.-GEJU-2022-0006-O de 20 junio de 2022, ingresado al día siguiente; *ii)* por el Gerente General de la CONAFIPS, mediante oficio sin número de 21 de junio de 2022, recibido al día siguiente; *iii)* por la Intendente General Jurídico de la SEPS, con oficio No. SEPS-SGD-IGJ-2022-18246-OF de 22 de junio de 2022, ingresado el mismo día; *iv)* por la Presidenta de la JPRF a través de oficio No. JPRF-JPRF-2022-0159-O de 29 de junio de 2022, ingresado al día siguiente, al cual se adjuntó el informe jurídico No. JPRF-CJ-2022-0032 de 27 de los mismos mes y año, aprobado por el Coordinador Jurídico; y, *v)* por el Intendente Nacional de Mercado de Valores de la SCVS, mediante oficio No. SCVS-INMV-DNFCDN-2022-00039981-O de 29 de junio de 2022, ingresado al día siguiente.

1.3. El informe jurídico del Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos (en adelante SB), contenido en memorando No. SB-INJ-2022-0666-M de 04 de junio de 2022, citó los artículos 60, 62 numeral 5 y 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero¹ (en adelante COMF); y, 109 del Libro II del COMF, que contiene la Codificación de la Ley de Mercado de Valores, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

“Criterio Institucional. -

(...) debido a que, la actividad fiduciaria es controlada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (sic) La (sic) Superintendencia de Bancos considera que, **frente a la existencia de informes en los que se determine la inviabilidad económica de constituir un fideicomiso, en razón de que los pasivos superan significativamente a los activos, sería inexistente el negocio jurídico y el fin práctico para el cual fue constituido, mismo que torna improcedente, ineficaz y poco técnico ordenar a las fiduciarias la creación del fideicomiso con patrimonio negativo.**

En base a una interpretación sistemática e integral del tercer inciso del numeral 14 del art. 312 del COMF, por un lado se desprende que en (sic) de los numerales del 1 al 14 del referido artículo, se determinan las funciones del liquidador tendientes a realizar los activos de la entidad financiera en liquidación; y, por otro lado como última disposición (inciso tercero numeral 14) la **constitución del ya mencionado fideicomiso, el cual, como ya se dijo anteriormente, de ser económicamente inapropiado no cumpliría con el objetivo principal y el fin último del liquidador, que es cancelar los pasivos existentes.**

 ¹ COMF, publicado en el Registro Oficial 332 de 12 de septiembre de 2014.

19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551-2022
Página. 3

Corolario de lo expuesto, no constituye garantía de derechos ni de cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución de la República del Ecuador ni en la ley, el solo hecho de que la materia de la presente consulta se encuentre debidamente regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pues, pese a la existencia de normas previas, claras y precisas, **cuando existe inviabilidad técnica y material de constituir un fideicomiso mercantil para una fiduciaria, y por ende, no es posible para el fideicomiso efectuar las actividades conducentes a la cancelación de los pasivos existentes, como en el caso que nos ocupa**” (el resaltado me corresponde).

1.4. El criterio jurídico de la CNF, además de las normas invocadas por el organismo consultante, citó los artículos 318 del Libro I del COMF; 1, 112, 120 y 134 del Libro II del COMF; 1477 del Código Civil² (en adelante CC); y, 4 numeral 1 del Libro Segundo, Tomo X, Título XIII “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” Capítulo I, Sección I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros³ (en adelante CRMFVS), con base en los cuales analizó y concluyó:

“1.- (...)

(...) **no puede constituirse un Fideicomiso cuyo objeto es imposible de cumplir**. En cuanto a lo dispuesto en el Art. 312 del COMF, Libro I, es claro que **no obliga a la constitución de un fideicomiso con un objeto imposible**, solo establece la facultad del liquidador para otorgar como constituyente un Fideicomiso, **debiendo entenderse que el mismo solo se constituirá si cumple los requisitos que la Ley de la materia establece como obligación para la validez del contrato** (el resaltado me corresponde).

(...)

2.- (...)

(...) para constituir el fideicomiso también deberá seguir las normas que la norma competente señala para la existencia y validez del respectivo contrato. No hay norma en el Libro I del COMF que permita concluir que, al tenor de dicho Art. 312 pueda darse a los fideicomisos que contempla esa norma un tratamiento diferente al de los demás Fideicomiso regulados en el Libro II del COMF, o que signifique de alguna manera una excepción a las prohibiciones constantes del Art. 385 del Libro I de dicho código. Por tal motivo, debe entenderse necesariamente que los Fideicomisos que se constituyan en atención al Art. 312 no pueden constituirse en violación a las normas que rigen a los negocios fiduciarios y a la actividad de las administradoras de fondos y fideicomisos, señalada en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero (...).

3.- (...)

De ser imposible constituir el Fideicomiso, así como en caso de ser imposible vender los activos de la entidad o pagar sus pasivos, lo que **corresponde** en (sic) **concluir la liquidación en la forma que al respecto señala el Libro I del COMF**. Para ello, conforme el Art. 312, No. 12, debería el liquidador, **suscribir el acta de carencia de patrimonio**, así como, conforme el No. 14 del mismo artículo, en caso de no haber remanente, **emitir notas de**

² CC, publicado en el Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005

³ CRMFVS, Resolución No. 385, publicada en la Edición Especial del Registro Oficial No. 44 de 24 de julio de 2017.

19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551-2022
Página. 4

crédito a los accionistas por la diferencia; y conforme el Art. 318, proceder con el cierre de la liquidación”.

1.5. Por su parte, el criterio jurídico de la CONAFIPS, a más de las disposiciones invocadas, citó los artículos 226 de la CRE; 13, 14.1 numeral 16 y 307 numeral 4 del Libro I del COMF; 100 del Libro II del COMF; 158 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria⁴ (en adelante LOEPS); y, 312 del Libro Primero, Tomo VIII, Sección XVIII “Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el Artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero”, Subsección II “Constitución del Fideicomiso” de la CRMFVS, luego de lo cual manifestó que el organismo responsable de regular la constitución, operación y liquidación de fondos y negocios fiduciarios con el Mercado de Valores es la JPRF, y en tal sentido concluyó que “no tiene competencia para emitir un criterio jurídico sobre las consultas realizadas”.

1.6. De su lado, el criterio jurídico de la SEPS, además de las normas ya mencionadas, citó los artículos 82, 283, 308 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador⁵ (en adelante CRE); 6 y 74 del Libro I del COMF; 103, 125 y 128 del Libro II del COMF; 146 de la LOEPS; 14 y 18 de Código Orgánico Administrativo⁶ (en adelante COA); 5 del Libro Segundo, Tomo X, Título XIII “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario”, Capítulo I, Sección I de la CRMVS; 315, 317, 319 y la Disposición Transitoria Primera del Libro Primero, Tomo VIII, Sección XVIII “Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el Artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero”, Subsección II “Constitución del Fideicomiso” de la CRMFVS; y, 2 letra b) y 6 inciso segundo de la “Norma de Control para el cierre del Proceso de Liquidación y Extinción de las Entidades del Sector Financiero Popular y Solidario bajo Control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria” (en adelante NCCLE)⁷; y, el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado contenido en oficio No. 02896 de 1 de marzo de 2019 que examinó la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF. El mencionado informe jurídico concluyó lo siguiente:

“PREGUNTA 1.- (...)

(...) el legislador no contempló la facultad potestativa de constituirse el fideicomiso o no; por lo que en apego y aplicación de las normas que rigen el derecho público, precautelando el derecho a la seguridad jurídica, cimentada sobre la base de la existencia de normas previas aplicadas por las autoridades competentes, en armonía con lo previsto en el artículo 18 del Código Orgánico Administrativo, su aplicación debe ser en su tenor literal, sin lugar a la interpretación arbitraria.

(...) se debe tener en cuenta que la Norma para la Constitución, Operación y Liquidación del Fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero, emitida por la Junta de Política y Regulación Financiera e inserta en la Codificación respectiva, dispone en el artículo 313 que el administrador fiduciario debe cumplir con los términos establecidos en el Contrato de Constitución del Fideicomiso, sin que se mencionen salvedades de ningún orden, que impidan la constitución de esta

⁴ LOEPS, publicado en el Registro Oficial 444 de 10 de mayo de 2011

⁵ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁶ COA, publicado en el Registro Oficial 31 de 07 de julio de 2017

⁷ NCCLE, Resolución No. SEPS-IGT-INFMR-INGINT-2021-0098, publicada en Registro Oficial No. 448 de 10 de mayo de 2021.

00881 19896

ficción jurídica, **correspondiendo** entonces a los liquidadores en el ejercicio de sus funciones, conforme la naturaleza de la consulta propuesta, **transferir a la fiduciaria incluso los pasivos**, mandato que es ratificado en la Disposición Transitoria Primera de esta Norma (el resaltado me corresponde).

PREGUNTA 2.- (...)

(...) en este escenario ambos Libros son aplicables y de especialidad conforme a la materia, para los efectos que la Ley prevé, sin que se contrapongan unas normas con otras, a saber: el artículo 312 es de especialidad para efectos de determinar la **oportunidad, pertinencia y procedencia** de la conformación del fideicomiso, elementos necesarios y que deben verificarse para entonces constituirse por mandato legal inexcusablemente; mientras que las disposiciones del Libro II son aplicables para formalizar la constitución del mismo y delimitar las responsabilidades del fiduciario, como bien se ha referido en la consulta formulada (el resaltado corresponde al texto original).

PREGUNTA 3.- (...)

- NO es atribución de la fiduciaria, llámese CFN o CONAFIPS, concluir sobre la factibilidad económica u operativa de constituirse el fideicomiso, cuanto sí rendir cuentas de manera intransferible (...)
- Por otro lado, al citarse la función del liquidador contenida en el numeral 12 del artículo 312 del Libro I de Código Orgánico Monetario y Financiero, que en su parte pertinente señala: '(...) *elaborar el balance final de liquidación o suscribir el acta de carencia de patrimonio(...)*' se confunden dos figuras excluyentes que son la de un balance final de liquidación que presente activos y pasivos, en cuyo caso corresponde la obligación irrestricta de constituir el fideicomiso del que trata el numeral 14 del referido artículo; y, por otro lado, la de suscripción del acta de carencia de patrimonio (el resaltado corresponde al texto original).
- En ambos casos es necesario considerar lo previsto en el artículo 318 ibídem, pues dispone: '*Cierre de la liquidación.- Concluido el proceso de liquidación, el liquidador efectuará la conciliación de cuentas y cierre contable del balance de liquidación, así como el informe final de la liquidación (...)*'; siendo ese el momento en que se pueda determinar la existencia de activos y pasivos que **le obligan a constituir el fideicomiso** o la ausencia de activos para cubrir los pasivos, que le llevan a suscribir el acta de carencia de patrimonio (el resaltado corresponde al texto original).

1.7. Adicionalmente, el criterio jurídico de la JPRF citó los artículos 6 del CC y 2 del Libro Segundo, Tomo X, Título XIII "*Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario*" Capítulo I, Sección I de la CRMVS, con fundamento en los cuales concluyó lo siguiente:

"(...) como respuesta a las preguntas 1 y 2 de la consulta transcrita en la sección Antecedentes de este documento, corresponde señalar que **las normas que gobiernan el negocio fiduciario no se contraponen a la obligación de constituir el fideicomiso mercantil en los términos del artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro I**, por cuanto, el objeto de este fideicomiso es enajenar los remanentes y pagar las acreencias de la entidad en liquidación y considerando que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, **el que los pasivos superen los activos no constituiría un óbice para la constitución del patrimonio autónomo**. Al efecto, corresponde señalar que la situación económica del

38884 19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551- 2022
Página. 6

fideicomiso puede modificarse pues una vez constituidos se pueden transferir otros bienes afectos a la finalidad del patrimonio autónomo.

En lo que respecta a la pregunta 3, es pertinente puntualizar que en el caso planteado existen activos y pasivos que no han sido liquidados; en consecuencia, se encajarían en el supuesto que plantea el referido artículo 312. **La norma de jerarquía legal no prevé una consecuencia jurídica distinta a la constitución del fideicomiso mercantil, incluso si los pasivos superan a los activos**, y correspondería observar el primer inciso del artículo 6 del Código Civil” (el resaltado me corresponde).

1.8. Finalmente, el criterio jurídico de la SCVS, además de las normas señaladas, citó los artículos 213 de la CRE; 1, 2 y 299 del Libro I del COMF; y, 10 numeral 12 del Libro II del COMF. En relación a la aplicación de los artículos 1, 2 y 312, numeral 14, inciso tercero del Libro I del COMF agregó que no le corresponde *“esgrimir algún criterio al respecto del alcance de dichas normas”*, sin perjuicio de lo cual concluyó de forma general lo siguiente:

“1. El fideicomiso mercantil comporta la celebración de un contrato esencialmente representativo, en el cual, es la fiduciaria la vocera y representante legal. Concepto que enfatiza al fideicomiso, como un contrato mercantil que imprime en el tráfico negocial, un sentido económico, el cual se ordena en fines jurídicos y patrimoniales que atienden a la finalidad perseguida. (...)

2. (...) Este planteamiento **enfatiza a la fiduciaria como un ente profesional y especializado en la materia; y quien tiene el conocimiento para reconocer los eventos de riesgo; así como: la cualificación, ponderación y demás acciones propias a la gestión y control de los riesgos (...)**

El fiduciario al ser una persona jurídica especializada en el manejo de los negocios, por lo que su actuación prudente, es aplicable desde el momento mismo de las estructuración del negocio fiduciario de tal manera, que se ajuste legal y operativamente a la finalidad que se persigue, la cual se encuentra dispuesta en el numeral 14 del artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero y en el artículo 2 de la Norma para la constitución, operación y liquidación del fideicomiso establecido en el artículo 312 del Código Orgánico Monetario y Financiero; **de tal manera que en el contrato se prevean las instrucciones fiduciarias idóneas para gestionar un patrimonio autónomo** que debe estar integrado con: *Los activos, pasivos, patrimonios y otras obligaciones que no pudieren ser liquidadas, de la entidad financiera en liquidación, con el objeto de enajenar los remanentes y pagar a los acreedores de esas entidades de acuerdo al orden de prelación establecido en el mencionado Código..* (la cursiva y el subrayado corresponden al texto original).

3. **El fideicomiso mercantil responde en suma a las condiciones jurídicas que ciñen su orden subjetivo**, esto es en atención a: la legitimidad y capacidad de sus participantes; **pero tanto más, en la atención de las consideraciones objetivas en función de la finalidad perseguida.**

Fíjese que el **fideicomiso mercantil** es una herramienta jurídica que viabiliza la información dinámica de negocios y cuyo régimen **está contenido especialmente en el Título XV de la Ley de Mercado de Valores, Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero**, en el cual, es cardinal el régimen positivo de los articulados: 109, 112, 120 numeral 1 letra c) y letra i); y 125 de ley de la referencia y las normas complementarias de la materia.

19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551-2022
Página. 7

Por lo anterior, se traza la precisión de las condiciones jurídicas y económicas del fideicomiso mercantil, como negocio; lo cual se comprende en estas dimensiones jurídicas principales: la claridad de la determinación del objeto, las instrucciones que harán viable, la expresión de la finalidad y la modalidad (el subrayado corresponde al texto original).

Finalmente, se remarca que la fiduciaria responde hasta culpa leve; para lo cual deberá actuar en forma diligente y profesional, **procurando cumplir prioritariamente con el objeto y la finalidad, instituidos en el contrato**; conforme al régimen previsto en los Artículos 2, 4 y 5 de la Sección I, Capítulo I del Título XIII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros” (el resaltado me corresponde).

1.9. De lo expuesto se observa que, respecto a la primera pregunta la SB y la CFN coinciden en que frente a la existencia de informes en los que se determine la inviabilidad económica de constituir un fideicomiso, en razón de que los pasivos superan significativamente a los activos, no podría constituirse un fideicomiso por cuanto su objeto sería imposible de cumplir. Agrega la CFN que el artículo 312 del Libro I del COMF no obliga a la constitución de un fideicomiso con un objeto imposible. Por su parte, la SEPS y la JRPM consideran que el legislador no contempló la facultad potestativa de constituir el fideicomiso o no, por lo cual, se debe aplicación la norma según su tenor literal, sin considerar que los pasivos superen los activos, ya que, según indica la JRPM, la situación económica del fideicomiso puede modificarse después de su constitución mediante la transferencia de otros bienes afectos a la finalidad del patrimonio autónomo.

En relación a la segunda pregunta, el informe jurídico de la SB difiere del criterio jurídico de las demás entidades. Así, ese organismo de control, considera que prevalecen las normas que regulan el negocio fiduciario por sobre la obligación de constituir el fideicomiso mercantil, establecida en el Libro I del COMF. La CFN, la SEPS y la JRPM señalan que las normas que gobiernan el negocio fiduciario no se contraponen a la obligación de constituir el fideicomiso mercantil según el artículo 312 del Libro I del COMF.

En cuanto a la tercera pregunta, la SB y la JRPM no se refieren expresamente a la posibilidad de que el Liquidador deba suscribir el acta de carencia de patrimonio, a fin de evitar la constitución del fideicomiso mercantil previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF. Por su parte, tanto la CFN como la SEPS manifiestan que corresponde al Liquidador concluir la liquidación a través de la suscripción del acta de carencia de patrimonio o la emisión de notas de crédito a los accionistas, precisando la SEPS que la ausencia de activos para cubrir los pasivos daría lugar a la suscripción del acta de carencia de patrimonio, según el artículo 318 del Libro I del COMF, por lo que únicamente cuando se determine la existencia de activos y pasivos procedería la constitución del fideicomiso.

Finalmente, la SCVS manifiesta en forma general que corresponde a la fiduciaria actuar con prudencia desde la estructuración del negocio fiduciario, de manera que éste se ajuste legal y operativamente a su finalidad, su objeto sea claro y las instrucciones lo hagan

19896

viable. Por su parte, la CONAFIPS concluye que no tiene competencia para emitir un criterio jurídico sobre las consultas efectuadas.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* obligaciones de los Liquidadores de las entidades financieras; *ii)* el fideicomiso mercantil de administración en aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF y obligaciones de las fiduciarias; y, *iii)* la regulación de la gestión fiduciaria.

2.1. Obligaciones de los Liquidadores de las entidades financieras. -

El artículo 299 del Libro I del COMF señala que *“Las entidades del sistema financiero nacional se liquidan voluntariamente o de manera forzosa”*, de acuerdo con las disposiciones de ese código. Conforme el artículo 304 ibídem, si *“el organismo de control llegase a determinar que la entidad financiera está incurso en una o varias causales de liquidación forzosa, y no fuera posible o factible implementar un proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos”* deberá *“emitir la resolución de liquidación forzosa de la entidad”*.

Respecto a la resolución de liquidación voluntaria o forzosa, los numerales 4 y 5 del artículo 307 del Libro I del COMF prevén, en su orden, que deberá contener el plazo para la liquidación que será *“de hasta tres (3) años, pudiendo ser prorrogado por dos (2) años, previa solicitud debidamente sustentada por el liquidador y autorizada por el Superintendente”* y también la *“Designación del liquidador”*.

El inciso primero del artículo 312 del Libro I del COMF establece que el liquidador *“deberá efectuar todas las actividades conducentes a realizar los activos de la entidad financiera en liquidación, con el fin de cancelar los pasivos existentes”*, y su numeral 12 incluye entre las funciones del liquidador recibir, llevar, custodiar los libros y correspondencia de la entidad y velar por la integridad de su patrimonio, formular los balances mensual y anual, además de una memoria sobre el desarrollo de la liquidación, *“rendir cuenta detallada de su administración y elaborar el balance final de liquidación o suscribir el acta de carencia de patrimonio”* (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el cuarto inciso del artículo 312 del Libro I del COMF prescribe que los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieren ser liquidados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, *“serán transferidos a un fideicomiso”* cuyo fiduciario será la CFN o la CONAFIPS, el primero para la banca privada y pública, y el segundo para la economía popular y solidaria, *“con el objeto de enajenar los remanentes y pagar a los acreedores de la entidad en liquidación de acuerdo al orden de prelación establecido en este Código”* (el resaltado me corresponde).

 Sobre la aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado en varias ocasiones. En lo que se refiere a las entidades de la

19896

economía popular y solidaria en liquidación, mediante oficio No. 02896 de 1 de marzo de 2019, este organismo concluyó:

“(...) de conformidad con lo previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF, corresponde al liquidador, en calidad de representante legal de la entidad financiera de la economía popular y solidaria en liquidación, ser el Constituyente del fideicomiso mercantil de administración conforme al mandato contenido en esa norma, y a la Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias compete asumir la calidad de Fiduciaria y titular del patrimonio autónomo constituido con los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieron ser liquidados en el plazo correspondiente (...)

“(...) el Constituyente tiene como función el transferir de manera temporal e irrevocable los bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales para que la Fiduciaria, en calidad de representante legal, cumpla con las finalidades instituidas en el contrato de constitución” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, en pronunciamiento contenido en oficio No. 15052 de 12 de agosto de 2021, en relación a varias consultas formuladas por la CONAFIPS, esta Procuraduría concluyó que:

“(...) Es responsabilidad de la fiduciaria verificar que la transferencia de dominio que efectúe el constituyente al fideicomiso mercantil, observe las estipulaciones del contrato constitutivo y lo dispuesto en los artículos 120 del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, 316, inciso final, 317, segundo inciso y 318 del Libro I, Título II, Capítulo XXXVII, Sección XVIII de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros” (el resaltado me corresponde).

De lo manifestado se observa que: *i)* al liquidador le corresponde efectuar todas las actividades conducentes a realizar los activos y cancelar los pasivos existentes; *ii)* el liquidador debe rendir cuenta detallada de su administración y elaborar el balance final de liquidación o suscribir el acta de carencia de patrimonio, según corresponda; *iii)* en calidad de representante legal de la entidad financiera en liquidación y de no existir carencia de patrimonio, el liquidador actúa como constituyente del fideicomiso mercantil de administración; *iv)* los activos, pasivos, patrimonio y otras obligaciones que no pudieron ser liquidados, de acuerdo con el balance final, deben ser transferidos por el constituyente a un fideicomiso cuyo fiduciario será la CFN o la CONAFIPS, según el caso; y, *v)* el fideicomiso tiene como propósito enajenar los activos remanentes y pagar a los acreedores de la entidad en liquidación, de conformidad con las finalidades instituidas en el respectivo contrato.

2.2. El fideicomiso mercantil de administración en aplicación del artículo 312 del Libro I del COMF y obligaciones de las fiduciarias. -

Sobre la administración fiduciaria, el artículo 370 del Libro I del COMF prescribe que: *“Las entidades del sector financiero público tendrán la facultad para actuar como administradores fiduciarios”*, en concordancia con lo establecido en el artículo 100 del Libro II del COMF prevé que *“Las entidades del sector público podrán actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes”*.

19896

En este orden de ideas y en lo que a la CFN se refiere, el artículo 38 del Libro II del COMF determina que, además de las operaciones autorizadas a realizar tanto en el mercado primario como en el mercado secundario, podrá intervenir como *“promotora o administradora de fondos de inversión y fideicomisos en los términos previstos en esta Ley”* (el resaltado me corresponde).

Al efecto, el artículo 103 del Libro II del COMF dispone que, sin perjuicio de los deberes y obligaciones como administradora de fondos, a la fiduciaria le corresponde, además de las atribuciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil: *“a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario”*, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente.

Por su parte, el inciso primero del artículo 109 del Libro II del COMF prevé que por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica *“para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución”*, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Agrega el artículo 125 del Libro II del COMF que no obstante las obligaciones establecidas en la ley, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, *“el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan”* (el resaltado me corresponde). El segundo inciso de la citada norma señala adicionalmente que *“el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado”*. En tal virtud, corresponde al fiduciario actuar de manera diligente y profesional desde la estructuración del negocio fiduciario, como expresa la SCVS, y durante su gestión a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente, con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.

En este sentido se observa que, para constituir el fideicomiso mercantil previsto en el artículo 312 del Libro I del COMF se deben observar las normas establecidas en el Libro II del mismo código que regulan la existencia y validez de los respectivos contratos, por tal motivo, las disposiciones contenidas en uno y otro Libro son complementarias sin que exista contradicción entre ellas, por lo cual, ambas resultan aplicables en el cumplimiento efectivo de la finalidad del fideicomiso mercantil.

De lo expuesto se desprende que: *i)* al fiduciario le corresponde obrar con prudencia desde la estructuración del negocio fiduciario, a fin de que éste se ajuste legal y operativamente a su finalidad. *ii)* es obligación del fiduciario administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos al fideicomiso, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente en

19896

el contrato de constitución; *iii*) el fiduciario no garantiza que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan, ya que su gestión es de medio y no de resultado; *iv*) el fiduciario responde hasta por culpa leve, por cuanto su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional; y, *v*) el artículo 312 del Libro I del COMF no confiere un tratamiento diferente a los fideicomisos mercantiles que suponga contradicción con las normas generales previstas en su Libro II.

2.3. La regulación de la gestión fiduciaria. -

El artículo 6 del Libro I del COMF diferencia a las entidades que integran los sistemas monetario y financiero⁸, en función del tipo de actividades que realizan; en tal sentido, dichos sistemas se refieren a dos tipos de instituciones, cada una de las cuales efectúan actividades diferenciadas, según su rol. Así, se tienen: *i*) las entidades responsables de la formulación e instrumentación de políticas, regulación y control que, para el caso que nos ocupa, será en materia financiera; y, *ii*) las entidades que ejercen actividades financieras.

El artículo 13 del Libro I del COMF creó la JPRF como parte de la Función Ejecutiva, “responsable de la formulación de la política y **regulación crediticia, financiera, de valores, seguros y servicios de atención integral de salud prepagada**” (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 14 del Libro I del COMF, corresponde a la JPRF: “Formular las políticas crediticia, financiera, incluyendo la política de seguros, servicios de atención integral de salud prepagada y valores”. Dicho artículo agrega que para el cumplimiento de sus funciones la JRMF expedirá “las normas en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar las disposiciones legales”. Según los numerales 16,18 y 25 del artículo 14.1 del Libro I del COMF son deberes de la JPRF, entre otros, los siguientes:

“16. **Regular** la constitución, operación y liquidación de fondos y **negocios fiduciarios** relacionados con el mercado de valores;

(...)

18. **Regular la gestión fiduciaria** de las entidades del sector financiero público;

(...)

25. Aplicar **las disposiciones de este Código y resolver los casos no previstos en el mismo, en el ámbito de su competencia**” (el resaltado me corresponde).

Por lo tanto, a la JPRF le corresponde regular los casos que no se encuentren previstos expresamente en el artículo 312 del Libro I del COMF, a fin de asegurar que los contratos fiduciarios cumplan su finalidad.

⁸ COMF, Libro I, “Art. 6.- Integración. Integran los sistemas monetario y financiero nacional las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión, control y seguridad financiera y las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras.

Integran los regímenes de valores y seguros las entidades responsables de la formulación de las políticas, regulación, implementación, supervisión y control, además de las entidades públicas y privadas que ejercen operaciones con valores y efectúen actividades de seguros”.

0080119896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551-2022
Página. 12

Finalmente, cabe considerar que el artículo 226 de la CRE establece el deber de las instituciones del sector público y de sus funcionarios de *“coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*. La coordinación es, a su vez, un principio previsto por el artículo 9 del Código Orgánico Administrativo⁹, el cual dispone que *“Las administraciones públicas desarrollan sus competencias de forma racional y ordenada, evitan las duplicidades y las omisiones”*, de modo que las entidades del Estado y los servidores que las representan deberán coordinar acciones y todos mecanismos idóneos para el cumplimiento de sus fines (el resaltado me corresponde).

De lo analizado se observa que: *i)* el liquidador de una entidad financiera debe elaborar el balance final de liquidación o suscribir el acta de carencia de patrimonio, según corresponda. En tal virtud, actuará como constituyente del fideicomiso mercantil de administración, en su calidad de representante legal de la entidad financiera en liquidación, en caso de no existir suscrita un acta de carencia de patrimonio; *ii)* el artículo 312 del Libro I del COMF contiene un mandato general que prevé la constitución del fideicomiso mercantil de administración en aquellos casos en los cuales los activos, pasivos, patrimonio u otras obligaciones de la entidad financiera en liquidación no hayan podido ser liquidadas en el plazo legal; *ii)* la fiduciaria debe ejercer sus competencias con prudencia desde el momento de la estructuración del negocio fiduciario, a fin de que éste se ajuste legal y operativamente a su finalidad; *iii)* es competencia de la JRPM regular los casos no previstos expresamente en el artículo 312 del Libro I del COMF, entre ellos, los relacionados con la oportunidad operativa y técnica de constituir fideicomisos mercantiles y las circunstancias que configuren carencia de patrimonio; *iv)* la fiduciaria debe observar las disposiciones legales, el contrato y las instrucciones de los constituyentes, así como las regulaciones de la JRPF, considerando que sus obligaciones son de medio y no de resultado; y, *v)* las normas generales previstas en el Libro II del COMF son complementarias a la establecida en el artículo 312 del Libro I *ibídem*, en el contexto del cumplimiento efectivo de las finalidades que persigue el fideicomiso mercantil.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas primera y tercera se concluye que, de conformidad con lo previsto en el artículo 312 del Libro I del Código Orgánico Monetario y Financiero, entre las funciones del Liquidador de una entidad financiera consta el rendir cuenta detallada de su administración y elaborar, según corresponda, el balance final de liquidación o suscribir el acta de carencia de patrimonio. La oportunidad de constituir fideicomisos mercantiles cuando exista inviabilidad económica es un aspecto técnico y operativo, que compete regular a la Junta de Política y Regulación Financiera, de acuerdo con el numeral 25 del artículo 14.1 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Respecto a su segunda consulta se concluye que las normas generales del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, que regulan los fideicomisos mercantiles son

⁹ Código Orgánico Administrativo, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

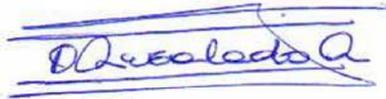
19896

SUPERINTENDENCIA DE BANCOS
0012551- 2022
Página. 13

complementarias al artículo 312 numeral 14 de su Libro I, que debe entenderse como un mandato sujeto al cumplimiento efectivo de la finalidad del fideicomiso mercantil.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

c.c. Dra. Sofía Margarita Hernández Naranjo
Superintendente de Economía Popular y Solidaria.

Msc. Marco Giovanni López Narváez
Superintendente de Compañías, Valores y Seguros.

Msc. María Paulina Vela Zambrano
Presidenta de la Junta de Política y Regulación Financiera.

Eco. Virna Alicia Rossi Flores
Gerente General, Encargada.
Corporación Financiera Nacional B.P. (CFN)

Msc. Francisco Garzón Cisneros
Gerente General
Corporación Nacional de Finanzas Populares y Solidarias.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPUBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

Oficio N° 19902

Quito, D.M., 19 AGO 2022

Señor doctor
Pablo Beltrán Ayala,
PRESIDENTE,
CONSEJO DE EDUCACIÓN SUPERIOR.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. CES-CES-2022-0409-CO de 17 de junio de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 20 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Es obligatorio o no que los institutos superiores públicos presenten al CES, el informe de auditoría externa establecido en el artículo 161 de la Ley Orgánica de Educación Superior (LOES) para garantizar el cumplimiento del carácter no lucrativo de las instituciones de educación superior; considerando que de conformidad al literal a) del artículo 159 de la LOES, los institutos superiores públicos son instituciones que carecen de autonomía académica, financiera y orgánica, y que se encuentran desconcentradas adscritas a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, órgano que forma parte de la Función Ejecutiva, que carece de fines de lucro y que se encuentra sujeto al control y auditoría de la Contraloría General del Estado?”

1. Antecedentes. -

1.1. A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficio No. 19183 de 20 de junio de 2022, este organismo solicitó a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante SENESCYT), que remita su criterio jurídico institucional sobre la materia objeto de la consulta.

1.2. El requerimiento de este organismo fue atendido por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la SENESCYT con oficio No. SENESCYT-CGAJ-2022-0169-CO de 5 de julio de 2022, ingresado en el correo institucional único de este organismo al día siguiente, al cual se adjuntaron los oficios Nos. SENESCYT-SENESCYT-2022-0156-CO y SENESCYT-SENESCYT-2022-0684-CO de 11 de febrero y 27 de mayo del presente año, respectivamente, remitidos por esa secretaría al CES, con relación a la materia de la consulta; además del oficio No. 121-DNAyS-2022 de 18 de marzo de 2022, suscrito por el Contralor General del Estado, subrogante.

1.3. El informe jurídico del Procurador del Consejo de Educación Superior (en adelante CES), contenido en memorando No. CES-PRO-2022-0171-M de 8 de junio de 2022, citó los artículos 26, 226, 352 y 353 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 14 letra b), 159, 161, 166, 169, 182 y 183 de la Ley Orgánica de Educación Superior² (en adelante LOES); 40 y la Disposición General Novena del Reglamento a la LOES³ (en adelante RLOES); y, artículos 1 y 2 del Reglamento para el Cumplimiento del Carácter no Lucrativo de las Instituciones de Educación Superior⁴ (en adelante Reglamento para el Cumplimiento del Carácter no Lucrativo), con fundamento en los cuales analizó y concluyó lo siguiente:

“(…) Del análisis al marco legal descrito, se desprende que los institutos técnicos y tecnológicos públicos (ITTS) son IES, que por disposición expresa del artículo 159 literal a) de la LOES, y artículo 40 segundo inciso, y Disposición General Novena de su Reglamento General, se encuentran adscritos a la SENESCYT, es decir, que forman parte de esa Secretaría, misma que ejerce la rectoría sobre los ITTS, y por tanto, es la encargada de gestionar y administrar los recursos económicos necesarios para su funcionamiento, recursos que provienen del Presupuesto General del Estado, y son asignados dentro de su presupuesto institucional, y por tanto se encuentran sujetos al control de la Contraloría General del Estado.

(…)

4. Conclusiones

- Los ITTS adscritos a la SENESCYT, no gozan de autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica; puesto que, los recursos económicos necesarios para su operatividad y funcionamiento, son gestionados y administrados por la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación SENESCYT.
- La administración de los ITTS adscritos a la SENESCYT, es realizada a través de la Subsecretaría de Instituciones de Educación Superior, y a nivel nacional, por las Coordinaciones Zonales de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en el territorio de su competencia.
- La presentación al CES de los informes de auditoría externa por parte de los ITTS públicos adscritos a la SENESCYT, determinado en el artículo 161 de la LOES, sería inaplicable por no responder a la realidad en el manejo y funcionamiento de estos ITTS.
- Para la elaboración de los informes de auditoría externa, la empresa auditora debe examinar el registro del patrimonio, los ingresos obtenidos a la contabilidad de la institución, los actos, contratos, inversiones u otras operaciones de índole financiero

¹ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

² LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

³ RGLOES, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 503 de 6 de junio de 2019, derogado mediante Disposición Derogatoria del

Decreto Ejecutivo No. 494 de 14 de julio de 2022, mediante el cual se expide el nuevo Reglamento a la Ley Orgánica de Educación Superior.

⁴ Reglamento para el Cumplimiento del Carácter no Lucrativo, publicado en el Suplemento No. 396 de 23 de febrero de 2021.

que hayan ejecutado las IES; particularidad que tampoco aplica a los ITTS públicos adscritos a la SENESCYT.

- La contratación de una empresa auditora externa según lo dispuesto en el artículo 161 de la LOES, es una obligación dirigida a las IES, y más no, para el órgano rector de la política pública de educación superior.”

1.4. Por su parte, el informe jurídico de la SENESCYT refirió como antecedente el oficio No. SENESCYT-SENESCYT-2022-0156-CO de 11 de febrero de 2022, mediante el cual atendió el requerimiento del CES sobre la solicitud de presentación de informes de auditoría externa a los Institutos Superiores Técnicos y Tecnológicos (en adelante ITTS) adscritos a dicha secretaría.; así como el oficio No. SENESCYT-SENESCYT-2022-0684-CO de 27 de mayo de 2022, a través del cual se remitió al CES el análisis del oficio No. 121-DNAyS-2022 de la Contraloría General del Estado (en adelante CGE).

El mencionado informe jurídico citó los artículos 115, numeral 2 de la LOES; la Disposición General Quinta del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SENESCYT⁵ (en adelante Estatuto de Gestión por Procesos de la SENESCYT); y, la Disposición Transitoria Primera del “*Modelo de Gestión de Recursos Generados por Institutos Superiores Públicos, bajo la rectoría de la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación*”⁶ (en adelante Modelo de Gestión); y concluyó:

“(…) la Coordinación General de Asesoría Jurídica en relación a la consulta formulada, emite su pronunciamiento jurídico y se ratifica en el contenido de los Oficios Nros. SENESCYT-SENESCYT-2022-0156-CO de 11 de febrero de 2022 y SENESCYT-SENESCYT-2022-0684-CO de 27 de mayo de 2022 emitidos por esta Cartera de Estado, indicando que **no es factible, ni viable que los institutos técnicos y tecnológicos públicos adscritos al órgano rector de la política en materia de educación superior, ciencia, tecnología e innovación, presenten al CES, el informe de auditoría externa determinado en el artículo 161 de la LOES, por cuanto dichas instituciones de educación superior, no gozan de autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica;** puesto que, los recursos económicos necesarios para su operatividad y funcionamiento, son gestionados y administrados por la SENESCYT dentro de su presupuesto institucional; es decir que la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación es la encargada de administrar los recursos económicos de los ITTS adscritos a ella; sin embargo, no es posible que esta Cartera de Estado contrate a la empresa auditora externa para la elaboración del informe, puesto que según el artículo 161 de la LOES, esta obligación es únicamente para las IES, y más no, para el órgano rector de la política pública de educación superior por no ser de su competencia” (el resaltado me corresponde).

1.5. De lo expuesto se observa que la entidad consultante y la SENESCYT coinciden en precisar que los ITTS públicos adscritos a dicha secretaría no gozan de autonomía académica,

⁵ Estatuto de Gestión por Procesos de la SENESCYT, publicado en el Registro Oficial No. 309 de 14 de octubre de 2020.

⁶ Modelo de Gestión, contenido en el Acuerdo No. SENESCYT-2019-0070, publicado en la Edición Especial del Registro Oficial No. 1000 de 5 de julio de 2019.

administrativa, financiera y orgánica, puesto que los recursos económicos necesarios para su operatividad y funcionamiento son gestionados y administrados por la SENESCYT.

Agrega la SENESCYT que la administración de los ISTT adscritos a ella, es realizada a través de la Subsecretaría de Instituciones de Educación Superior, y a nivel nacional por las Coordinaciones Zonales de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, en el territorio de su competencia, razón por la cual, la obligación de contratación de una empresa auditora externa, según lo dispuesto en el artículo 161 de la LOES, está dirigida a las IES y no al órgano rector de la política pública de educación superior.

2. Análisis. –

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis abordará los siguientes puntos: *i)* obligación de las Instituciones de Educación Superior de presentar al CES el informe anual de auditoría externa para garantizar su carácter no lucrativo; y, *ii)* naturaleza de los ITTS públicos y consecuencias de su adscripción a la SENESCYT respecto a la obligación de presentar el informe anual de auditoría externa para garantizar su carácter no lucrativo.

2.1. Obligación de las Instituciones de Educación Superior de presentar al CES el informe anual de auditoría externa para garantizar su carácter no lucrativo. -

De conformidad con lo establecido en el artículo 352 de la CRE, el sistema de educación superior se encuentra integrado por universidades y escuelas politécnicas; ITTS; y conservatorios de música y artes, debidamente acreditados y evaluados. Agrega el citado artículo que estas instituciones, *“sean públicas o particulares, no tendrán fines de lucro”*.

En armonía con lo mencionado, el artículo 14 de la LOES especifica cuáles son las instituciones del Sistema de Educación Superior, cuya letra b) incluye a *“Los institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos y de artes, tanto públicos como particulares debidamente evaluados y acreditados, conforme la presente Ley”*.

En este contexto, el artículo 25 de la LOES determina que las instituciones del Sistema de Educación Superior deberán *“rendir cuentas de los fondos públicos recibidos en relación con sus fines, mediante el mecanismo que establezca la Contraloría General del Estado, en coordinación con el órgano rector de la política pública de educación superior”*. Agrega el inciso final del artículo 26 ibídem que en el caso de establecimientos de educación públicos *“se sujetarán a lo establecido por la Contraloría General del Estado, que organizará un sistema de control y auditoría acorde a las características de los establecimientos de educación superior”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el primer inciso del artículo 161 de la LOES, materia de su consulta, prevé que las instituciones de educación superior (en adelante IES) *“no tendrán fines de lucro”* según lo dispuesto en la CRE, principio que será garantizado por el CES con la coordinación del Servicio de Rentas Internas. Al efecto, el mismo artículo dispone que las IES presentarán anualmente al

CES “*un Informe de auditoría externa, que será contratado por las instituciones de una lista de empresas auditoras previamente calificada por el Consejo de Educación Superior*” (el resaltado me corresponde).

Sobre la aplicación del artículo 161 de la LOES, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 15809 de 28 de septiembre de 2021, ratificado en oficio No. 16787 de 2 de diciembre del mismo año, esta procuraduría analizó y concluyó lo siguiente:

“(…) *iii)* de acuerdo con la LOES, corresponde al CES garantizar que las IES, públicas o privadas, no tengan fines de lucro, para lo cual, deberán presentar anualmente un informe de auditoría externa, que será contratado por las IES de una lista de empresas auditoras previamente calificada por dicho consejo; y *iv)* la atribución del CES, en calidad de organismo público de regulación del SES, para controlar y normar el cumplimiento de la prohibición de lucro en las IES y sancionar a quienes violen o atenten contra la misma, opera mientras la LOES así lo disponga, sin perjuicio de las atribuciones y competencias de otros organismos del Estado como la CGE.

3. Pronunciamiento. –

En atención a los términos de su consulta se concluye que, mientras el artículo 161 de la Ley Orgánica de Educación Superior conserve su vigencia, en concordancia con los artículos 5 y 11 de su Reglamento General, las Instituciones de Educación Superior, públicas o privadas, deben contratar una empresa privada de auditoría externa de las calificadas por el Consejo de Educación Superior, para la presentación del informe anual que garantice el cumplimiento del principio de que las Instituciones de Educación Superior no tienen fines de lucro, en armonía con lo previsto en el artículo 2 del Reglamento para el Cumplimiento del Carácter no Lucrativo de las Instituciones de Educación Superior, sin perjuicio de la competencia de la Contraloría General del Estado para efectuar auditorías gubernamentales a fin de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos, según los artículos 6, 18 y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado”.

Concordante con lo analizado, el inciso quinto del artículo 5 del RLOES dispone que las IES remitirán anualmente al CES los informes de auditoría externa independiente, único órgano competente para verificar el cumplimiento de su carácter no lucrativo. De igual manera, el inciso primero del artículo 10 *ibídem* establece que, con el propósito de verificar el cumplimiento del carácter no lucrativo de las IES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la LOES, las IES “*contratarán un servicio de auditoría externa independiente que deberá emitir un informe en el que conste que los excedentes han sido incorporados al patrimonio de la institución*”, y agrega que el informe será presentado al CES hasta el 30 de junio del año fiscal posterior. Igual previsión consta en la letra d) del artículo 4 del Reglamento para el Cumplimiento del Carácter no Lucrativo.

De lo manifestado se desprende que: *i)* las IES no tienen fines de lucro y deben rendir cuentas de los fondos públicos recibidos en relación con sus fines; y, *ii)* las IES, en general, tienen

la obligación de presentar anualmente al CES un informe de auditoría externa, que será contratado por las instituciones de una lista de empresas auditoras previamente calificada por el CES.

2.2. Naturaleza de los ITTS públicos y consecuencias de su adscripción a la SENESCYT respecto a la obligación de presentar el informe anual de auditoría externa para garantizar su carácter no lucrativo. -

El artículo 159 de la LOES establece que las IES *“son comunidades académicas con personería jurídica propia, esencialmente pluralistas y abiertas a todas las corrientes y formas del pensamiento universal expuestas de manera científica”*, y les reconoce autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, exceptuando de dicha autonomía *“a) Los institutos técnicos y tecnológicos públicos que serán instituciones desconcentradas adscritas al órgano rector de la política en materia de educación superior, ciencia, tecnología e innovación”* (el resaltado me corresponde).

En este orden de ideas, el artículo 115.2 de la LOES reitera que los ITTS *“son instituciones de educación superior, desconcentradas, dedicadas a la formación profesional en disciplinas técnicas y tecnológicas”*, que *“podrán tener la condición de superior universitario, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el reglamento a esta ley y la normativa que para el efecto expida el Consejo de Educación Superior”*.

Respecto a los ITTS, el inciso primero del artículo 5 del RLOES señala que *“no tendrán fines de lucro, por lo que en ningún caso repartirán excedentes, utilidades o dividendos”*. El inciso segundo del artículo 10 ibídem, al referirse al informe anual de auditoría externa, cuyo fin es verificar el cumplimiento del carácter no lucrativo de las IES, dispone que: *“Se exceptúa de esta disposición a los institutos y conservatorios superiores públicos adscritos al órgano rector de la política pública”*, mientras no hayan alcanzado la autonomía o se encuentren adscritos a una universidad o escuela politécnica (el resaltado me corresponde).

Al efecto, el inciso primero del artículo 40 del RLOES establece que el órgano rector de la política pública de educación superior realizará *“procesos de supervisión a los institutos superiores públicos adscritos a éste, con la finalidad de garantizar una adecuada gestión y operación de los mismos”* (el resaltado me corresponde).

Finalmente, la Disposición Transitoria Primera del Modelo de Gestión prevé que la SENESCYT *“mantendrá la rectoría, académica, financiera y administrativa sobre los institutos y conservatorios superiores públicos que no tengan como promotor a una universidad pública hasta que alcancen su autonomía”*.

De lo expuesto se observa que: *i)* los ITTS públicos son instituciones desconcentradas y adscritas al órgano rector de la política en materia de educación superior, ciencia, tecnología e innovación; *ii)* los ITTS superiores públicos no tienen fines de lucro y están expresamente exceptuados de presentar el informe anual de auditoría, mientras no hayan alcanzado la autonomía o se encuentren adscritos a una universidad o escuela politécnica; y, *iii)* la SENESCYT ejerce la

rectoría en materia financiera y administrativa sobre los ITTS que no tengan como promotor a una universidad pública hasta que alcancen su autonomía.

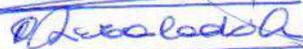
El artículo 159 de la LOES establece que las IES *“son comunidades académicas con personería jurídica propia, esencialmente pluralistas y abiertas a todas las corrientes y formas del pensamiento universal expuestas de manera científica”*, y les reconoce autonomía académica, administrativa, financiera y orgánica, exceptuando de dicha autonomía *“a) Los institutos técnicos y tecnológicos públicos que serán instituciones desconcentradas adscritas al órgano rector de la política en materia de educación superior, ciencia, tecnología e innovación”*.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con la letra a) del artículo 159 de la Ley Orgánica de Educación Superior y lo previsto en el artículo 10 de su Reglamento, expedido con posterioridad a la formulación de su consulta, por ser instituciones desconcentradas, los institutos superiores públicos están exceptuados de presentar el informe de auditoría externa establecido en el artículo 161 de esa ley, mientras no hayan alcanzado la autonomía o se encuentren adscritos a una universidad o escuela politécnica.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,



Dr. Diego Regalado Almeida
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

C.C: Msc. Andrea Alejandra Montalvo Chedraui,
Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación.

Oficio N° 19727

Quito, D.M., 05 de agosto de 2022

Señor doctor
Francisco Lenín Morán Peña, PhD.,
RECTOR,
UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. UG-R-2022-0270-O de 10 de mayo de 2022, ingresado en la Dirección Regional 1 de la Procuraduría General del Estado en la ciudad de Guayaquil al día siguiente, y remitido a este despacho con oficio No. PGE-DR1-2022-00198 de 20 de mayo del presente año, ingresado el mismo día, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta:

“¿Resulta aplicable la regla de expresión del tiempo, contemplada en el segundo inciso del artículo 158 del Código Orgánico Administrativo, dentro del procedimiento administrativo previsto para el ejercicio de la potestad sancionadora otorgada por la Ley Orgánica de Educación Superior, según la cual, los términos solo pueden fijarse en días aplicando tal disposición para la duración del Proceso Disciplinario?”.

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico de la Procuradora Síndica de la Universidad de Guayaquil (en adelante UG), contenido en memorando No. UG-PS-2022-0695-M de 29 de abril de 2022, citó, en lo principal, los artículos 226 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador¹ (en adelante CRE); 170, letra h) y 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior² (en adelante LOES); 42, numeral 7, 158 y la Disposición Derogatoria Primera del Código Orgánico Administrativo³ (en adelante COA); 16, letra p) y 28 del Reglamento de Régimen Disciplinario de la UG⁴; y, el pronunciamiento de este organismo contenido en oficio No. 10443 de 4 de mayo de 2017, en el que se examinó la aplicación del artículo 207 de la LOES, actualmente sustituido por el artículo 142 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES⁵, referido a las faltas y al procedimiento aplicable para sancionar a los estudiantes, docentes e investigadores de los establecimientos de educación superior. El informe jurídico de la UG concluyó lo siguiente:

¹ CRE, publicado en el Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

² LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 298 de 12 de octubre de 2010.

³ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017.

⁴ <https://www.ug.edu.ec/secretaria-general-r/normativa/vigente/REGLAMENTO%20DE%20REGIMEN%20DISCIPLINARIO%20DE%20LA%20UNIVERSIDAD%20DE%20GUAYAQUIL%202019.pdf>

⁵ Ley Orgánica Reformatoria a la LOES, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 297 de 2 de agosto de 2018.

“5. Análisis y criterio de la Procuraduría Síndica de la Universidad de Guayaquil:

(...)

5.1. La Ley Orgánica de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 298 del 12 de octubre de 2010, manifiesta en su artículo 207, lo siguiente: ‘(...) *El Órgano definido en los estatutos de la institución, en un plazo no mayor a los sesenta días de instaurado el proceso disciplinario, deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores e investigadores (...)*’.

5.2. No obstante, el Código Orgánico Administrativo, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 031 del 07 de julio de 2017, mismo que resulta aplicable a todo procedimiento administrativo sancionador, conforme lo previsto en el artículo 42, numeral 7, (...) derogó expresamente las disposiciones anteriormente previstas para este tipo de (sic) procedimiento: ‘(...) **DISPOSICIONES DEROGATORIAS.- PRIMERA.- Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando (...)**’ (el resaltado corresponde al texto original).

5.3. Dicho esto, en lo que al procedimiento administrativo sancionador respecta, el segundo inciso correspondiente al artículo 158 de la norma ibídem, refiere con manifiesta precisión, la forma en que los plazos y términos deben de expresarse, estableciendo lo siguiente: ‘(...) *Los términos solo pueden fijarse en días y los plazos en meses o en años. Se prohíbe la fijación de términos o plazos en horas (...)*’.

5.4. En este orden, la Universidad de Guayaquil, procurando el debido respeto al principio de jerarquía normativa circunscrita al ejercicio de su potestad reglamentaria, a través de la emisión de una norma disciplinaria interna **constitucionalmente alineada con las leyes orgánicas, consideradas en función de su temporalidad**, ha comprendido que la previsión del plazo de 60 días definida en el artículo 207 de la Ley Orgánica de Educación Superior, ha sido expresamente derogada por el Código Orgánico Administrativo, a partir de su primera disposición derogatoria, debiendo de atenderse a la regla de expresión de tiempo acogida en el segundo inciso del artículo 158 de la ley administrativa en mención, la misma que en sentido negativo, prescribe que **los plazos no pueden ser expresados en días** (el resaltado corresponde al texto original).

5.5. Consecuentemente, bajo tales premisas, se promulgó el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Universidad de Guayaquil, vigente desde el 22 de octubre de 2019, atendiendo al ejercicio de la potestad sancionadora otorgada por la Ley Orgánica de Educación Superior, y en función de las determinaciones legales propias de la esfera del procedimiento administrativo sancionador, emanadas del Código Orgánico Administrativo, específicamente en materia de expresión de tiempos legales, contemplando el término de 60 días para la resolución del expediente disciplinario por parte del Consejo Superior Universitario, tal como consta manifestado en el primer inciso del artículo 32: (...).

Razón por la cual, el cómputo de días que relativa al tiempo que tienen las instituciones de educación superior para sustanciar y resolver los procedimientos administrativos disciplinarios, debe entenderse por término de sesenta días. Para lo cual, resulta necesario considerar la normativa interna de la institución de educación superior dada conforme el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Universidad de Guayaquil, lo dispuesto en los artículos 42 numeral 7, 158 y disposición derogatoria primera del Código Orgánico Administrativo, en estricta relación a la absolución de consulta planteada por la Universidad de Guayaquil, dirigida al Procurador General del Estado obrante en Oficio No. 10443, del 04 de mayo de 2017 (...)"

1.2. Adjunto a su oficio de consulta consta el criterio jurídico de la Presidenta del Consejo de Educación Superior (en adelante CES), contenido en oficio No. CES-CES-2022-0222-CO de 25 de abril de 2022, en el que se manifiesta que emitir un pronunciamiento en los términos solicitados *"supera el ámbito de las atribuciones del CES"*, sin perjuicio de lo cual consideró lo siguiente:

"(...) la potestad para que las instituciones de educación superior (IES) apliquen sanciones a sus estudiantes o a los miembros de su personal académico, nace de la Ley; ya que es otorgada de forma expresa por el artículo 207 de la LOES. A su vez, el mismo artículo establece (sic) las infracciones en las que pueden incurrir los sujetos antes mencionados, el régimen de sanciones, y varias reglas que deben ser aplicadas por las IES dentro de los procesos sancionatorios que lleguen a instaurarse.

Ahora bien, en lo que respecta concretamente al tiempo máximo para que una IES resuelva lo que fuere procedente dentro del procedimiento disciplinario, se destaca que del artículo ibídem se desprende que **las IES deben emitir la resolución que impone la sanción o absuelve, en un plazo no mayor a los sesenta días** contados a partir de la fecha (sic) instauración del proceso disciplinario".

Lo señalado en el marco de la normativa que rige al Sistema de Educación Superior (el resaltado me corresponde).

1.3. De lo expuesto se observa que el informe jurídico de la UG difiere del criterio jurídico del CES. Para la UG el COA es aplicable a todo procedimiento administrativo sancionador, inclusive el disciplinario, conforme lo establecido en su artículo 42, numeral 7, y en tal virtud, considera que la previsión del plazo de 60 días definida en el artículo 207 de la LOES ha sido expresamente derogada por su Disposición Derogatoria Primera, por lo cual correspondería observar la regla de expresión de tiempo determinada en el segundo inciso del artículo 158 de dicho código que prescribe que los plazos no pueden ser expresados en días.

Por su parte, para el CES la potestad de las instituciones de educación superior (en adelante IES) para imponer sanciones a sus estudiantes o a los miembros de su personal académico está prevista de forma expresa por el artículo 207 de la LOES, del cual se desprende que aquellas deben emitir la resolución que impone la sanción o absuelve en

un plazo no mayor a los sesenta días contados a partir de la fecha de instauración del proceso disciplinario.

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de la consulta planteada, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) el procedimiento disciplinario previsto en el artículo 207 de la LOES; y, *ii*) los procedimientos que regula el COA y su aplicación a los procedimientos disciplinarios especiales previstos en otras normas.

2.1. El procedimiento disciplinario previsto en el artículo 207 de la LOES.-

El artículo 1 de la LOES al referirse a su ámbito prevé que dicha ley regula el sistema de educación superior (en adelante SES), a los organismos e instituciones que lo integran, “*determina derechos, deberes y obligaciones de las personas naturales y jurídicas, y establece las respectivas sanciones por el incumplimiento de las disposiciones contenidas en la Constitución y la presente Ley*” (el resaltado me corresponde).

El vigente artículo 207 de la LOES⁶, materia de su consulta, ubicado en el Título XI “*DE LAS FALTAS Y SANCIONES*”, establece la obligación de las instituciones del SES y sus organismos de “*aplicar las sanciones para las y los estudiantes, profesores e investigadores, dependiendo del caso*”. Agrega el mencionado artículo que, según la gravedad de las faltas cometidas, éstas pueden ser “*leves, graves y muy graves*” a las cuales corresponde las sanciones ahí previstas. Así mismo, la norma referida señala que el órgano definido en los estatutos de la institución, “*en un plazo no mayor a los sesenta días de instaurado el proceso disciplinario, deberá emitir una resolución que impone la sanción o absuelve a las y los estudiantes, profesores e investigadores*” (el resaltado me corresponde).

En este contexto se observa que el pronunciamiento contenido en oficio No. 10443 de 4 de mayo de 2017, referido a la aplicación del artículo 207 de la LOES, posteriormente sustituido, que otorgaba al órgano superior del establecimiento público de educación superior la potestad para resolver el procedimiento disciplinario “*dentro de los treinta días de instaurado el proceso disciplinario*”, perdió vigencia por la reforma introducida a esa norma en el año 2018.

De lo expuesto se observa que: *i*) de acuerdo con el actual tenor del artículo 207 de la LOES, corresponde al órgano definido en los estatutos de la institución de educación superior emitir la resolución que impone la sanción o absuelve a los estudiantes, profesores e investigadores en un plazo no mayor a los sesenta días de instaurado el procedimiento disciplinario; y, *ii*) el pronunciamiento contenido en oficio No. 10443 de

⁶ Artículo 207 de la LOES, sustituido por el artículo 142 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOES publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 207 de 2 de agosto del 2018.

4 de mayo de 2017, citado por la entidad consultante, perdió vigencia por la posterior reforma introducida al artículo 207 de la LOES en el año 2018.

2.2. Los procedimientos que regula el COA y su aplicación al procedimiento disciplinario especial previsto en la LOES.-

El artículo 1 del COA prescribe que su objeto es regular *“el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público”* y respecto a su ámbito material de aplicación los numerales 4 y 7 de su artículo 42 incluyen: *“El procedimiento administrativo”* y *“Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora”*. Agrega el numeral 8 del citado artículo que se aplicarán las disposiciones del COA también en *“La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código”* (el resaltado me corresponde).

Con relación a los procedimientos disciplinarios regulados en normas especiales, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00216 de 21 de agosto de 2018, la Procuraduría General del Estado concluyó que *“(...) los procedimientos disciplinarios de los servidores públicos se rigen por su propia normativa y por lo tanto el Código Orgánico Administrativo es aplicable solo en forma subsidiaria según el tenor del numeral 8 de su artículo 42”* (el resaltado me corresponde).

En esta misma línea, mediante oficio No. 09965 de 1 de septiembre de 2020, respecto a la aplicación subsidiaria del COA en los procedimientos disciplinarios y al ámbito de aplicación de la LOEI y su reglamento general, antes de la promulgación de la LORLOEI, este organismo analizó que:

“(...) el artículo 42 del COA diferencia y trata por separado al procedimiento sancionador, previsto en el numeral 7, y al procedimiento disciplinario, contemplado en el numeral 8, previendo para este último caso que se regule ‘bajo su propia normativa’ y, solo subsidiariamente, se aplique el COA.

(...) se concluye que, de conformidad con los artículos 3 y 84 de la LOSEP, 64 y 65 de la LOEI y 334 de su reglamento general, el procedimiento disciplinario para sancionar el cometimiento de infracciones por parte de los docentes de las instituciones educativas públicas, es el especial previsto en la LOEI y su reglamento general, siendo aplicable en forma subsidiaria la LOSEP y su Reglamento General, conforme lo dispone, en forma expresa, el artículo 353 del RLOEI, y solo en lo no previsto en dichos cuerpos normativos sería aplicable el COA, según el tenor del numeral 8 de su artículo 42” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el inciso segundo del artículo 158 del COA, ubicado en el Libro Segundo *“El Procedimiento Administrativo”*, título I *“Normas Generales”*, capítulo tercero *“Términos y Plazos”* señala que: *“Los términos solo pueden fijarse en días y los plazos en meses o en años. Se prohíbe la fijación de términos o plazos en horas”*.

De lo manifestado se desprende que: *i)* el COA es norma subsidiaria para los procedimientos administrativos disciplinarios; *ii)* el procedimiento disciplinario para sancionar el cometimiento de infracciones previstas en la LOES es el establecido en dicha ley y su reglamento; *iii)* al haberse establecido un plazo específico en el artículo 207 de la LOES, no es aplicable lo previsto en el artículo 158 del COA.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su consulta se concluye que, de acuerdo con el numeral 8 del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, ese código es aplicable a los procedimientos administrativos, con excepción de los procedimientos disciplinarios. En tal virtud, por disposición expresa del artículo 270 reformado de la Ley Orgánica de Educación Superior, los procedimientos disciplinarios deben ser resueltos en un plazo no mayor a sesenta días contados a partir de la fecha de su instauración, razón por la cual, no es aplicable lo previsto en el artículo 158 del Código Orgánico Administrativo.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.08.05
13:12:23 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

CC. Ab. Juan Enmanuel Izquierdo Intriago, Msc.
Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado

Oficio N° 19729

Quito D.M., 05 de agosto de 2022

Señor economista
Francisco Adrián Briones Rugel,
DIRECTOR GENERAL,
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS (SRI).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. NAC-DNJOGEC22-00000018 sin fecha, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 25 de julio de 2022, mediante el cual usted formuló la siguiente consulta relacionada con la aplicación del penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario, incorporado por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19¹ (en adelante LODE):

“¿La regla contenida en el penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario tiene un alcance general y es aplicable en cualquier estado de la obligación tributaria, o, en su defecto, dicha remisión es jurídicamente viable solamente respecto de obligaciones que no han adquirido firmeza?”

1. Antecedentes.-

1.1. El informe jurídico de la Directora Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI), contenido en oficio sin número y sin fecha, con razón de recepción en la Secretaría General de esa entidad de 25 de julio de 2022, además de la norma que motiva la consulta citó los artículos innumerado agregado a continuación del artículo 56, 56.1, 56.2, 56.7, 83 y 84 del Código Tributario², que tratan sobre la transacción extraprocesal, y los actos firmes y ejecutoriados dentro del procedimiento administrativo tributario; con fundamento en los cuales, expuso y concluyó lo siguiente:

“IV. ANÁLISIS Y CRITERIO JURÍDICO:

La transacción en materia tributaria se prevé como un modo de extinción de obligaciones y prevención oportuna de controversias. Este mecanismo se implementa a través de la mediación, proceso en el cual el sujeto pasivo y la Administración Tributaria, frente a un mediador, deberán realizar concesiones mutuas en aras de llegar a acuerdos que viabilicen el recaudo efectivo de la obligación. **Los elementos para transigir, con relación a la conformación o recaudo de la obligación tributaria, se encuentran previamente**

¹ LODE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de noviembre de 2021

² Código Tributario, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005. La Sección Sexta de ese código, que trata sobre la transacción fue agregada por el artículo 79 de la LODE.

establecidos en el Código Tributario, conformando un marco que regula las posibles pretensiones de las partes dentro de un proceso de transacción.

Con base en los antecedentes y base jurídica citada sobre el tema consultado, se debe considerar lo siguiente:

- Dentro del párrafo 2do (sic) de la Sección 6ta (sic) del Capítulo VI del Código Tributario, relativo a la transacción, se establecen algunas regulaciones de la transacción extraprocésal; en particular, **el artículo 56.7 del Código Tributario establece que la transacción extraprocésal es aquella que se puede realizar respecto de obligaciones tributarias durante su etapa de conformación, impugnación administrativa e incluso al momento de su firmeza**, por consiguiente, dentro de la transacción tributaria podemos encontrarnos ante un objeto de mediación 'amplio' o 'restringido'.
- Denominamos 'amplio' cuando el objeto de la transacción se encuentra relacionado a un procedimiento de determinación o impugnación administrativa en marcha. En tal evento, se podrán analizar todos los aspectos relacionados con la obligación tributaria, descritos en el artículo 56.2 del Código Tributario, incluso los hechos de valoración incierta sobre los cuales exista controversia.
- Por otro lado, cuando la transacción se refiere a obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados, que no hubiesen sido impugnados en sede judicial, solamente podrá alcanzarse acuerdos acerca de facilidades para el pago; y, aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares; esto es el denominado objeto 'restringido' de la transacción.
- El artículo 56.7 en su inciso sexto incorpora una regla que permite a la Administración Tributaria aplicar una remisión o reducción de intereses en los casos en que el contribuyente ofertare el pago del 100% del capital inmediato; con relación a esta alternativa que puede ejecutarse dentro de procesos de transacción, cabe el siguiente análisis:
 - Resulta de inédita creación esta disposición jurídica relativa a la posibilidad de remitir intereses o de reducir la tasa a la cual se devengan, dado que esta decisión compete a la Administración Tributaria y ya no queda confinada exclusivamente a lo que el legislador ha establecido en la ley, como ha sido la práctica ortodoxa en esta materia.
 - Esta disposición en particular constituye una regla transversal de aplicación general a todos los casos comprendidos en un ámbito de transacción extraprocésal; esto es, tanto a las obligaciones que aún no han adquirido firmeza como a aquellas que incluso ya se encuentran en fase de ejecución coactiva.

- Siguiendo la misma línea, respecto de las obligaciones en firme se puede avizorar que no se vulnera el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria, ya que se estarían realizando concesiones relacionadas con los elementos accesorios de la obligación y no sobre el principal (capital).
- La inquietud respecto de la aplicación del penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario surge con relación a lo establecido en el tercer inciso de la norma ibídem, en el que se aprecia que en el caso de obligaciones tributarias en firme se podrá transigir 'únicamente' sobre medidas cautelares y facilidades o plazos para el pago.
- La remisión o reducción de intereses por el pago inmediato del 100% del capital, tiene como finalidad asegurar la recaudación inmediata sobre obligaciones tributarias determinadas, lo que nos lleva a considerar que el beneficio contenido en el penúltimo inciso del artículo (sic) 56.7 del Código Tributario se atiene a la voluntad de pago inmediato del sujeto pasivo dentro de una transacción extraprocesal, por lo que debería corresponder a una regla de aplicación general y no restringida”.

El mencionado informe jurídico del SRI manifiesta que es necesario examinar si el penúltimo inciso del artículo 56.7 del CT, que establece la remisión o reducción de intereses ante la propuesta de pago inmediato del 100% del capital de la obligación tributaria, es un beneficio restringido a los casos de transacción extraprocesal sobre obligaciones tributarias que no se encuentran en firme, según el tercer inciso de ese artículo; o si, por el contrario, constituye una regla aplicable a toda transacción extraprocesal sin perjuicio del estado de la obligación tributaria, y por tanto aplicable también respecto de obligaciones tributarias contenidas en actos firmes y ejecutoriados. Respecto a ello, concluye que:

“El penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario constituye una regla de aplicación general para todas las obligaciones tributarias en controversia sometidas a transacción, lo que permitiría a las partes llegar a acuerdos beneficiosos en miras de hacer efectiva una recaudación inmediata sobre obligaciones tributarias; por consiguiente, dicho beneficio no se encuentra limitado a operar exclusivamente respecto de obligaciones que no hayan adquirido firmeza” (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

2.1. Consideraciones generales.-

Son principios del régimen tributario, según los artículos 300 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante CRE) y 5, sustituido⁴ del Código Tributario,

³ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴ Sustituido por artículo 68 de la LODF.

los siguientes: generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria, así como la confianza legítima.

Al señalar los fines de los tributos, el artículo 6 del Código Tributario señala que los tributos son “*medios para recaudar ingresos públicos*”. Y en el mismo orden de ideas, en cuanto se refiere a la interpretación de las normas tributarias, el artículo 13 del Código Tributario se remite a los métodos admitidos en Derecho y ordena tener en cuenta “*los fines de las mismas y su significación económica*”, y agrega que “*Las palabras empleadas en la ley tributaria se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda, a menos que se las haya definido expresamente*”.

Por su parte, el primer inciso del artículo 24 del Código Tributario define al sujeto pasivo como “*la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable*”. Concordante, el artículo 21 ibídem impone el pago de intereses a cargo del sujeto pasivo, para el caso en que la obligación tributaria no fuera satisfecha en el tiempo que la ley establece.

Por la materia sobre la que trata la consulta se observa que el inciso final⁵ del mencionado artículo 21 del Código Tributario, agregado por el artículo 70 de la LODE, faculta a la Administración Tributaria a “*transigir sobre el cobro de intereses en los términos previstos en este código*”.

De lo expuesto se observa que: *i)* la suficiencia recaudatoria es uno de los principios de aplicación de la ley en materia tributaria; *ii)* la interpretación de las normas tributarias debe considerar sus fines y su significación económica; *iii)* corresponde al sujeto pasivo pagar intereses respecto de obligaciones tributarias no satisfechas en el tiempo que la ley establece; y, *iv)* la administración tributaria está facultada a transigir sobre el cobro de intereses, en los términos previstos en el Código Tributario según las reformas incorporadas a él por la LODE.

2.2. Pronunciamiento previo sobre la transacción tributaria.-

En pronunciamiento contenido en el oficio No. 18297 de 4 de abril de 2022 esta procuraduría atendió una consulta del SRI sobre la remisión de intereses, multas o recargos de obligaciones tributarias establecidas por Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal⁶ (en adelante LOFP) y la LODE.

⁵ Inciso final agregado por artículo 70 de la LODE.

⁶ LOFP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto de 2018.

Dicho pronunciamiento consideró que la transacción tributaria fue incorporada por la LODE al Código Tributario, cuyos artículos 56.1 y 56.2, en su orden, la definen⁷ y delimitan las materias que pueden ser objeto de acuerdo transaccional así como aquellas que están excluidas del mismo. Respecto del artículo 56.7 ibídem, materia de su consulta, el pronunciamiento observó que regula la transacción extraprocesal, y que en su sexto inciso faculta a incluir en ella la remisión de intereses, siempre que se cumpla la condición prevista en esa norma, que dispone:

“En caso de que el contribuyente ofertare realizar el pago inmediato del cien por ciento del capital, podrá acordarse incluso la remisión total de intereses, la reducción de la tasa de interés la que no podrá ser inferior a la tasa pasiva referencial fijada por el Banco Central del Ecuador” (el resaltado me corresponde).

Sobre dicha base, el pronunciamiento de esta procuraduría manifestó y consideró lo siguiente:

“De lo expuesto se aprecia que remisión y transacción son dos modos distintos de extinguir las obligaciones tributarias, en todo o en parte, que operan con sujeción a los mecanismos específicos que corresponde a cada uno de ellos. En tal virtud, una obligación tributaria, así como sus intereses y recargos se pueden extinguir mediante varios modos que pueden operar de forma parcial y por tanto complementaria.

(...) *iii*) el sexto inciso del artículo 56.7 del Código Tributario prevé la posibilidad de incluir en el acuerdo de transacción extraprocesal la remisión total de intereses.

(...) los intereses, recargos y multas, que surgen como conceptos accesorios a la obligación tributaria principal, son créditos tributarios según el artículo 157 del Código Tributario, cuyo cobro corresponde al sujeto activo del respectivo tributo inclusive mediante el ejercicio de la acción coactiva a la que esa norma se refiere”.

2.3. De las facultades de la administración tributaria.-

El artículo 67, reformado del Código Tributario, ubicado en el Título III “*DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA*”, Capítulo II “*De las atribuciones y deberes*”, describe las facultades de la administración tributaria, que son las siguientes: *i*) de aplicación de la ley; *ii*) determinadora de la obligación tributaria; *iii*) resolutoria; *iv*) sancionadora; y, *v*) recaudadora.

El artículo 68 ibídem define a la facultad determinadora como “*el acto o conjunto de actos reglados realizados por la administración activa, tendientes a establecer, en*

⁷ Código Tributario, “Art. 56.1.- Transacción.- Las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción de acuerdo con lo prescrito en la Sección 6a del presente cuerpo legal, en virtud de lo cual, un procedimiento administrativo o judicial queda concluido a consecuencia de los acuerdos plasmados en un acta transaccional, en un auto o sentencia, emitido por autoridad competente y bajo las condiciones y preceptos establecidos en este Código y permitidos por la Ley”.

cada caso particular, la existencia del hecho generador, el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo”.

Sobre la facultad resolutoria, el artículo 69 del Código Tributario señala que las autoridades administrativas están obligadas a expedir resolución motivada *“respecto de toda consulta, petición, reclamo o recurso que, en ejercicio de su derecho, presenten los sujetos pasivos de tributos o quienes se consideren afectados por un acto de administración tributaria”.*

Por su parte, el artículo 71 *ibídem* prevé que la facultad recaudadora *“se efectuará por las autoridades y en la forma o por los sistemas que la ley o el reglamento establezcan para cada tributo”.*

Es en el contexto de las facultades de la administración tributaria que se incorpora el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 71 del Código Tributario, que le faculta a transigir, según se aprecia de su texto:

*“Facultad de transigir.- La Administración Tributaria como sujeto activo de la determinación del tributo, de acuerdo a las condiciones y requisitos previstos en la Sección 6a de la presente norma, **podrá utilizar la transacción como medio de prevención oportuna de controversias en aras de alcanzar el principio de suficiencia recaudatoria**, equidad, igualdad y proporcionalidad **antes, durante, y hasta la emisión de actos administrativos derivados de la facultad determinadora, sancionadora, resolutoria y recaudadora**” (el resaltado me corresponde).*

El artículo 72 *ibídem*, referido a la gestión tributaria, contempla a las funciones de la administración tributaria a través de dos gestiones individualizadas: *“La determinación y recaudación de los tributos; y, la resolución de las reclamaciones que contra aquellas se presenten”.*

En cuanto a los actos administrativos firmes, el artículo 83 del Código Tributario señala que son aquellos *“respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la ley señala”;* y, en relación a los actos que se consideran ejecutoriados, el artículo 84 *ibídem* los define como aquellos que consisten *“en resoluciones de la administración, dictados en reclamos tributarios, respecto de los cuales no se hubiere interpuesto o no se hubiere previsto recurso ulterior, en la misma vía administrativa”.*

De lo manifestado se desprende que: *i)* corresponde a la administración tributaria aplicar la ley y ejercer, entre otras, las facultades determinadora y recaudadora; *ii)* la gestión tributaria también incluye las facultades de determinación y recaudación de

tributos; y, *iii*) la transacción tributaria es un medio para prevenir controversias y debe permitir que se cumplan los principios y fines de la ley tributaria.

2.4. Remisión de obligaciones tributarias en el marco de la transacción extraprocesal.-

El artículo 56.7 del Código Tributario, agregado por la LODE y que es objeto de su consulta, determina los casos en los que procede la transacción extraprocesal, refiriéndose a: *i*) obligaciones tributarias que se encuentran en proceso de determinación, *ii*) aquellas que constan en actos firmes y ejecutoriados, y *iii*) inclusive a aquellas que se encuentran en fase de ejecución coactiva, según dispone esa norma, cuyo texto es el siguiente:

“Art. 56.7.- Procedencia de la transacción extraprocesal.- Las obligaciones tributarias y los actos administrativos emanados de las facultades de la administración tributaria, cuya impugnación en sede judicial no esté pendiente, serán susceptibles de transacción extraprocesal de acuerdo con los requisitos previstos en este párrafo.

La transacción extraprocesal procederá en los casos en los que, habiendo comenzado el proceso de determinación por parte del sujeto activo, esta no hubiere concluido con un acto administrativo contentivo de una obligación de dar, o incluso en la sustanciación de un reclamo administrativo. En este caso, se podrá transar sobre todos los aspectos previstos en el artículo 56.6 que define los aspectos transigibles en materia tributaria.

La transacción extraprocesal procederá también en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial, en cuyo caso podrá transar únicamente respecto de facilidades y plazos para el pago, así como sobre la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares.

La transacción procederá incluso si la obligación tributaria se encuentra en fase de ejecución coactiva, hasta antes de verificarse el pago total, en cuyo caso no operará la suspensión de plazos y términos. En tal caso, la solicitud incluirá una declaración de compromiso de no enajenación o distracción de activos del sujeto pasivo que pudieren ser sujetos a la coactiva.

La transacción de obligaciones tributarias cuya impugnación judicial está pendiente se sujeta a las reglas previstas en el párrafo 3ro.

En caso de que el contribuyente ofertare realizar el pago inmediato del cien por ciento del capital, podrá acordarse incluso la remisión total de intereses, la reducción de la tasa de interés la que no podrá ser inferior a la tasa pasiva referencial fijada por el Banco Central del Ecuador.

En caso de que la solicitud de mediación se presente durante la sustanciación de un reclamo administrativo, se suspenderán los términos y plazos a partir de la presentación de la solicitud” (el resaltado me corresponde).

La norma previamente transcrita debe ser entendida en armonía con el artículo 56.2 del Código Tributario, que establece la materia sobre la que puede versar el acuerdo transaccional.

Así, de acuerdo con el primer inciso del artículo 56.2 del Código Tributario podrá ser materia del acuerdo transaccional: *“la determinación y recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación”*; y, agrega que *“podrá involucrar el levantamiento de todas o parte de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo”* e implica que los sujetos intervinientes *“realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos”*.

Los incisos segundo y tercero del mismo artículo 56.2 del Código Tributario excluyen del objeto del acuerdo transaccional: el entendimiento o alcance general de conceptos jurídicos indeterminados y las pretensiones que persigan la anulación total o parcial de actos normativos y administrativos de carácter general emitidos por la Administración Tributaria.

Por su parte, y según se observa del tenor del penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario, esa norma alude a la posibilidad de remitir intereses o reducir la tasa de interés, en el caso en que el contribuyente oferte realizar el pago inmediato de la totalidad del capital, sin que la norma efectúe ninguna distinción respecto del estado de la obligación tributaria o la fase del procedimiento administrativo en que se encuentre.

En tal virtud, el penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario se debe entender en armonía con el artículo 56.2 ibídem, que establece aquello que puede ser objeto de la transacción tributaria y define su alcance referido tanto a la determinación como la recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, según el caso. Adicionalmente, corresponde considerar la finalidad que persigue el acuerdo transaccional, que según el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 71 del Código Tributario es prevenir controversias y realizar los principios tributarios, entre ellos el de suficiencia recaudatoria.

Por lo tanto, en una transacción extraprocesal la administración podría aplicar la remisión que establece el penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario, siempre que se oferte el pago inmediato del cien por ciento del capital de la obligación tributaria -en lugar de facilidades de pago, por ejemplo-.



Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N39-123 y Arizaga
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
PGEcuador

SERVICIO DE RENTAS INTERNAS
0012799 - 2022
Página. 9

De lo expuesto se observa que: *i)* la transacción tributaria es aplicable a las obligaciones tributarias que están en proceso de determinación, a aquellas que constan en actos firmes y ejecutoriados, e inclusive a aquellas que se encuentran en fase de ejecución coactiva; *ii)* el acuerdo transaccional puede tratar sobre la determinación, la recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación o el levantamiento de medidas cautelares, según el caso; *iii)* la transacción extraprocesal podría referirse a la remisión de intereses únicamente en el caso en que exista oferta de pago inmediato del cien por ciento del capital, que es la condición prevista en la ley al efecto; y *iv)* corresponde a la administración tributaria evaluar cada caso y verificar que el acuerdo se refiera a los objetos permitidos por la ley.

3. Pronunciamiento. -

Del análisis jurídico efectuado y en atención a los términos de su consulta se concluye que la regla contenida en el penúltimo inciso del artículo 56.7 del Código Tributario, que faculta a la administración tributaria a acordar la remisión de intereses o la reducción de la tasa de interés en el marco de la transacción extraprocesal, contiene una regla general aplicable en cualquier estado de la obligación tributaria, siempre que el contribuyente ofreciere realizar el pago inmediato del cien por ciento del capital.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.08.05
13:18:03 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 19731

Quito, D.M., 05 de agosto de 2022

Señora magíster
María Brown Pérez,
MINISTRA DE EDUCACIÓN.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. MINEDUC-MINEDUC-2022-00368-OF de 8 de abril de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 11 de los mismos mes y año, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“Con la plena vigencia de las REFORMAS A LA LOEI, las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, ¿pierden su competencia de aplicar sanciones dentro de los procedimientos administrativos y disciplinarios?, esto en cuanto se cumpla el plazo establecido en su Disposición Final.

¿Al mencionar la Disposición Transitoria (sic) Final de la REFORMA A LA LOEI que la ley entrará en vigor a partir de su publicación en el Registro Oficial, a excepción de lo referente al procedimiento sancionatorio y disciplinario, abarca también al catálogo de infracciones que este posee, por ser el sustento de todo proceso en general?

¿Es el COA, el cuerpo normativo que ha de aplicarse en el momento de iniciar un procedimiento administrativos (sic) y disciplinarios (sic) de los que establece la REFORMA A LA LOEI, indistintamente de lo que pueda establecer su Reglamento?”.

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico No. MINEDUC-DNP-2022-014 de 31 de marzo de 2022, aprobado por el Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Educación (en adelante MINEDUC), citó los artículos 65, 66, 131, 132, 133 y 134 de la Ley Orgánica de Educación Intercultural¹ (en adelante LOEI), antes de la reforma introducida por la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural² (en adelante LORLOEI); 65, 65.1, 66, 66.1, 131, 132, 132.1 y 132.2 de la LOEI, reformados por el artículo 69 de la LORLOEI que reemplazó el capítulo octavo del título III “*DE LAS INSTANCIAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SISTEMA NACIONAL EDUCATIVO*” de la LOEI, la Disposición Transitoria Final de la LORLOEI; y, los artículos 339 y 346 al 352 del Reglamento General a la LOEI³, con fundamento en los cuales concluyó:

¹ LOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 417 de 31 de marzo de 2011.

² LORLOEI, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 434 de 19 de abril 2021.

³ RGLOEI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 754 del 26 de julio de 2012.

“4.1.- SOBRE LA CONFORMACIÓN DE LAS JUNTAS DISTRITALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (Análisis del Artículo (sic) 65 y 66 de la LOEI y su respectiva reforma).

(...) dado que la Disposición Transitoria Final de la **REFORMA A LA LOEI**, da el **plazo de 365 días** para que entren en vigor las disposiciones relativas a las atribuciones de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, la postura del Ministerio de Educación es **que estos entes continúen cumpliendo con sus labores tal como lo establece el artículo 65 de la LOEI**, lo que significa que mantengan su tarea primigenia de CONOCER, DISPONER Y RESOLVER los sumarios administrativos hasta que se cumplan con la *vacatio legis* indicada, ya que desde esa fecha en adelante solo deberán CONOCER Y RESOLVER procesos propiamente, debido a que la facultad de SANCIONAR será exclusiva de la autoridad nominadora pertinente.

4.2.- SOBRE LAS PROHIBICIONES Y CATÁLOGOS DE INFRACCIONES (Análisis del artículo 132 de la LOEI, así como en los artículos 131, 132, 132.1, 132.2 de la REFORMA A LA LOEI).

(...) el Ministerio de Educación mantiene un criterio institucional a aplicarse hasta la PLENA VIGENCIA de las reformas a la LOEI conforme lo dispone su Disposición Final, el cual es **continuar aplicando las prohibiciones y sanciones señaladas en la LOEI, expedida en el año 2011**, específicamente en los artículos 132 y 133, porque son parte integrante del procedimiento administrativo sancionatorio y disciplinario que se instaura tanto a docentes, personal administrativo como a establecimientos educativos fiscales como fiscomisionales.

4.3.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO Y/O DISCIPLINARIO (Antinomia Reformatoria a la LOEI y la posibilidad de aplicar el COA).

(...) en la actualidad con las REFORMAS A LA LOEI, el COA se erige como la **norma que regula de mejor manera los derechos y garantías de los intervinientes en el procedimiento administrativo -principio pro homine o pro-persona-**, además que su razón primigenia siempre fue la de codificar todos los procedimientos de los organismos que conforman el sector público, no siendo el Ministerio de Educación la excepción.

(...)

5.- CONCLUSIONES:

(...) se debe considerar lo siguiente:

- La vigencia del **artículo 65 de la LOEI** publicada en el año 2011 debe primar por amparo jurídico de conformación del órgano colegiado, esto es de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, reconociéndose su atribución de sustanciar, resolver y sancionar a un docente que haya inobservado las prohibiciones establecidas en el **artículo 132 de la LOEI**, por lo menos hasta la vigencia PLENA de la Reforma a la LOEI.

- **Imposibilidad de aplicar el catálogo de infracciones** previsto en los **artículos 132, 132.1, 132.2 reformado** (sic), por cuanto está atado a la aplicación del **artículo 133 reformado**, es decir el traslado de la atribución de SANCIÓN desde la Junta a la autoridad nominadora.
- Garantía del principio pro administrado al asegurar una **permanencia del procedimiento sancionador aplicable** conforme la intencionalidad del legislador de SUSPENDER la vigencia procedimental conforme la Disposición Final de la Reforma.
- Evitar contingentes de INCOMPETENCIA respecto del órgano sancionador dada la plena vigencia del **artículo 65 antes referido**.
- Imposibilidad de aplicar en forma limitada la Disposición Final de la REFORMA A LA LOEI, pues se debió incluir a las INFRACCIONES Y SANCIONES, y no solamente a los procedimientos sumarios, sancionatorios, disciplinarios y reformas respecto de las atribuciones de las Juntas; pues para su vigencia debió analizarse como un TODO este ejercicio de potestad sancionadora y no por partes.
- El COA es la **normativa aplicable para sustanciar, resolver e impugnar los sumarios administrativos y disciplinarios**, una vez entre en vigencia lo manifestado por la Disposición Final de la REFORMA A LA LOEI, pues el COA, además de ser una normativa superior jerárquicamente, reconoce de mejor manera el derecho a los administrados” (el resaltado y subrayado corresponde al texto original).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i*) los procedimientos administrativos disciplinarios y sancionadores, según las reformas establecidas en la LORLOEI y la competencia de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos; *ii*) la aplicación subsidiaria del COA a los procedimientos administrativos disciplinarios y sancionadores previstos en la LOEI; y, *iii*) el alcance y vigencia de las reformas introducidas por la LORLOEI, conforme su Disposición Final.

2.1. Los procedimientos administrativos disciplinarios y sancionadores, según las reformas establecidas en la LORLOEI y la competencia de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos. –

A consecuencia de las reformas introducidas a los artículos 129 al 144 de la LOEI por la LORLOEI, su título VI actualmente se divide en dos capítulos⁴: el primero, que trata “*De la Regulación, Control, Infracciones, Sanciones y Recursos Administrativos*” y el segundo, que se refiere al “*Procedimiento Sancionatorio*”, distinguiendo así el tema sustantivo del procesal.

El artículo 135.1 reformado de la LOEI, en sus incisos primero y segundo, otorga a la Autoridad Educativa Nacional potestades disciplinaria y sancionadora, según corresponda,

⁴ El Título VI de la LOEI, previo a las reformas introducidas por la LORLOEI (artículo 128), se conformaba por un Capítulo Único denominado: “*De la Regulación, Control, Infracciones, Sanciones y Recursos Administrativos*”.

por las “acciones u omisiones, dolosas o culposas, respecto de autoridades, directivos, docentes, personal administrativo y trabajadores vinculados al Sistema Educativo Nacional, en todos los casos de violencia o abuso sexual”, refiriéndose al sistema público; y, respecto de los establecimientos particulares y sus promotores. La LOEI reformada tipifica las infracciones y establece las sanciones aplicables en cada caso.

2.1.1. Procedimientos administrativos disciplinarios a representantes legales, directivos y docentes del Sistema Nacional de Educación Pública, municipal y fiscomisional de promotor público y competencia de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos. -

El artículo 69 de la LORLOEI reemplazó el capítulo octavo del título III “DE LAS INSTANCIAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL SISTEMA NACIONAL DE (sic) EDUCATIVO” por el capítulo octavo “DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA Y LA PREVENCIÓN, ATENCIÓN, EXIGIBILIDAD Y REPARACIÓN DE LA VIOLENCIA EN EL CONTEXTO EDUCATIVO”, que incluye el parágrafo IV “DE LAS JUNTAS DISTRITALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”.

El inciso primero del artículo 66 reformado de la LOEI⁵ establece que en cada distrito educativo existirá una Junta Distrital de Resolución de Conflictos (en adelante JDRC) “adscrita al nivel desconcentrado Distrital de la Autoridad Educativa Nacional” dotada de autonomía para “el desarrollo de su **potestad sancionadora y disciplinaria, en los términos previstos en esta Ley y el Reglamento**”. Agrega su segundo inciso que la JDRC se conformará por tres abogados, nombrados mediante concurso público de méritos y oposición, que durarán en el cargo seis años. La reforma modificó la integración de la JDRC, así como la forma de designación de sus miembros (el resaltado me corresponde).

De su parte, las letra b) y e) del artículo 66.1, agregado⁶ a la LORLOEI prevén como deberes y atribuciones de las JDRC, entre otras, el “**Conocer y resolver los sumarios administrativos que se hayan dispuesto sobre las faltas graves (sic) muy graves de las y los directivos de instituciones, de las y los profesionales de la educación**”, además de “**Conocer y resolver las apelaciones a las sanciones leves que presentaren docentes y directivos**” (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 133⁷ reformado de la LOEI, ubicado en el capítulo primero “De la Regulación, Control, Infracciones, Sanciones y Recursos Administrativos”, prevé: i) las sanciones aplicables a las “infracciones imputables a los representantes legales, directivos y docentes del Sistema Nacional de Educación Pública, municipal y fiscomisional de promotor público”; ii) el procedimiento de “sumario administrativo”, cuya sustanciación corresponde a las JDRC; y iii) la autoridad a quien compete imponer las sanciones, en función de su gravedad: Director Distrital, las infracciones graves⁸; y la autoridad nominadora de la autoridad educativa nacional, las infracciones muy graves.

⁵ Artículo reformado por el artículo 69 de la LORLOEI.

⁶ Artículo agregado por el artículo 69 de la LORLOEI, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.434 de 19 de abril del 2021.

⁷ Artículo 133 de la LOEI, reformado por el artículo 134 de la LORLOEI.

⁸ Art. 132.1 y 132.2 de la LOEI

A partir de la reforma⁹, la LOEI clasifica a las infracciones en leves, graves y muy graves. Las infracciones leves se sancionan por el rector o director del respectivo establecimiento. Las infracciones graves se sancionan con suspensión sin sueldo, y las muy graves con destitución. El artículo 133 de la LOEI dispone que las acciones y sanciones previstas en él “*no sustituyen ni limitan otras acciones administrativas o penales a las que hubiere lugar. La Autoridad Educativa Nacional tendrá la obligación de asegurar y proveer toda la información y demás requerimientos, de la Función Judicial y sus funcionarios*”.

Finalmente, sobre el tema, el artículo 136 reformado de la LOEI, ubicado en el capítulo segundo “*Del procedimiento sancionatorio*”, al referirse a las JDRC como **las** instancias de resolución de conflictos del Sistema Nacional de Educación” dispone que “*conocerán, de oficio, a petición de parte o por informe de autoridad competente, las faltas administrativas previstas en esta Ley*”, es decir las infracciones graves y muy graves, mediante sumario administrativo.

De lo expuesto se desprende que: *i)* las infracciones graves y muy graves imputables a los representantes legales, directivos y docentes del Sistema Nacional de Educación Pública, municipal y fiscomisional de promotor público se sancionan previo sumario administrativo; *ii)* a partir de la reforma, las JDRC tienen competencia únicamente para sustanciar los sumarios administrativos respecto de faltas graves y muy graves; y, *iii)* la imposición de la respectiva sanción estará a cargo del Director Distrital de la jurisdicción correspondiente y de la Autoridad nominadora de la Autoridad Educativa Nacional, para el caso de infracciones catalogadas como graves y muy graves, respectivamente.

2.1.2. Procedimientos disciplinarios a estudiantes de los establecimientos públicos de educación y competencia de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos. -

El citado el artículo 66.1, agregado a la LORLOEI en sus letras b), c) y g) confiere a las JDRC atribución para conocer sobre las faltas de los estudiantes de instituciones educativas de su jurisdicción e imponer sanciones disciplinarias, así como conocer y las apelaciones a las sanciones leves; y “***dictar medidas de protección en caso de amenaza o afectación a la integridad física, psicológica, emocional o sexual de las y los estudiantes, de conformidad al Reglamento General de esta Ley, (...)***” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el inciso primero del artículo 134 reformado de la LOEI establece la obligación de las JDRC de aplicar las acciones educativas disciplinarias “*siempre y cuando tengan relación con violencia escolar o acoso escolar*”. El inciso segundo del artículo citado agrega que: “***Los conflictos escolares que no puedan ser resueltos por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, podrán ser conocidos por la Junta***” siempre y cuando se relacionen con las faltas ahí descritas¹⁰ (el resaltado me corresponde).

⁹ Artículos 132, 132.1 y 132.2 de la LOEI, reformados por los artículos 131, 132 y 133 de la LORLOEI, respectivamente.

¹⁰ LOEI, “Art. 134.- **Del régimen disciplinario de las y los estudiantes.** - La Junta Distrital de Resolución de Conflictos está en la obligación de aplicar las acciones educativas disciplinarias para las y los estudiantes, siempre y cuando tengan relación con violencia escolar o acoso escolar.

Los conflictos escolares que no puedan ser resueltos por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, podrán ser conocidos por la Junta siempre y cuando se relacionen con las siguientes faltas:

a. Cometer fraude o deshonestidad académica;

b. Alterar la paz, la convivencia armónica e irrespetar los Códigos de Convivencia de los Centros Educativos;

En este contexto, el artículo 134.1 *ibídem*¹¹ señala que los estudiantes podrán ser sancionados mediante amonestación escrita, suspensión temporal de asistencia a la institución educativa y, la separación definitiva de la institución educativa, según la falta cometida¹².

De lo manifestado se observa que: *i*) corresponde a las JDRC conocer y resolver las faltas cometidas por los estudiantes de las instituciones educativas públicas de su jurisdicción, así como las apelaciones a las sanciones leves que presentaren aquellos y dictar medidas de protección en caso de amenaza o afectación a su integridad física, psicológica, emocional o sexual; *ii*) los conflictos escolares no resueltos por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos podrán ser conocidos por la JDRC; y, *iii*) los estudiantes pueden ser sancionados con amonestación escrita, suspensión temporal de asistencia a la institución educativa y, la separación definitiva de la institución educativa, según la falta cometida.

2.1.3. Procedimientos sancionadores a instituciones educativas particulares, competencias de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos y normas comunes a los procedimientos disciplinarios. -

La letra c) del mencionado artículo 66.1, agregado a la LORLOEI incluye entre los deberes y atribuciones de las JDRC, el “**Conocer y resolver los procedimientos sancionatorios contra las instituciones, representantes legales, directivos de los establecimientos de educación particular**” (el resaltado me corresponde).

En cuanto al procedimiento sancionatorio para determinar la responsabilidad de los establecimientos educativos particulares en los casos de infracciones imputables a “*los representantes legales, directivos y docentes*”, el artículo 135 reformado de la LOEI establece que corresponde a los Directores Distritales imponer sanciones que van desde una multa, de 11 a 20 remuneraciones básicas unificadas, hasta la revocatoria de la autorización de funcionamiento del establecimiento educativo, según la infracción sea grave o muy grave o exista reincidencia.

c. Cometer actos de violencia de hecho o de palabra contra cualquier miembro de la comunidad educativa, autoridades, ciudadanos y colectivos sociales;

d. Deteriorar o destruir en forma voluntaria las instalaciones institucionales y los bienes públicos y privados;

e. No cumplir con las disposiciones contenidas en la presente Ley;

f. Obstaculizar o interferir en el normal desenvolvimiento de las actividades académicas y culturales de la Institución, siempre y cuando no tengan relación con el ejercicio de su derecho de expresión, asociación o protesta;

g. Socavar la dignidad de un miembro de la comunidad educativa a través de publicaciones o cualquier manifestación o expresión difamatoria”.

¹¹ Artículo 134.1 de la LOEI, incorporado por el artículo 136 de la LORLOEI.

¹² LOEI, Art. 134.1.- “**De las sanciones a las y los estudiantes.** - Las y los estudiantes podrán ser sancionados de la siguiente manera:

a. Serán sancionados con amonestación escrita de la autoridad competente, la falta contenida en el literal b) del artículo 134 de esta Ley;

b. Serán sancionados con la suspensión temporal de asistencia a la institución educativa, las faltas contenidas en los literales e) y f) del artículo 134 de esta Ley y la reincidencia en casos de amonestación escrita; y,

c. Serán sancionados con la separación definitiva de la institución educativa, las faltas contenidas en los literales a), c) y g) del artículo 134 de esta Ley y la reincidencia en casos de suspensión temporal.

En los casos de separación definitiva de la Institución, a la o al estudiante se le reubicará en otra institución educativa, y mientras el trámite administrativo se gestione, la institución educativa y el Distrito deberán asegurar que la o el estudiante continúe con su proceso escolar desde el hogar.

Por otro lado, el artículo 140 reformado de la LOEI instituye garantías y principios de los procesos administrativos tanto disciplinarios como sancionadores¹³, y en su numeral 1 determina que “*Se garantizará la debida separación entre la función sustanciadora y sancionadora*”.

De lo manifestado se desprende que: *i)* el procedimiento sancionatorio opera para determinar la responsabilidad de los establecimientos educativos particulares en los casos de infracciones imputables a sus representantes legales, directivos y docentes; *ii)* el conocimiento y resolución de estos procedimientos compete a las JDRC, en tanto que su sanción corresponde a los respectivos Directores Distritales; y, *iii)* la LOEI instituye garantías y principios tanto para los procesos administrativos disciplinarios como para los sancionadores, en la que se garantiza la separación entre la función sustanciadora de la sancionadora.

2.2. La aplicación subsidiaria del COA a los procedimientos administrativos disciplinarios y sancionadores previstos en la LOEI. -

El inciso primero del artículo 44 de la Constitución de la República Ecuador¹⁴ (en adelante CRE) establece la promoción prioritaria del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y el ejercicio pleno de sus derechos, atendándose “*al principio de su interés superior*” para lo cual, “*sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas*”. En tal contexto, según lo previsto en el numeral 4 del artículo 46 ibídem, el Estado debe adoptar medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes la “*Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones*”.

Entre los principios de aplicación de la LOEI y de las actividades educativas que de ella deriven, su artículo 2.2. contempla en su letra a) que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes “*es un derecho sustantivo, un principio de interpretación y una norma de procedimiento*” que debe ser aplicado en el ámbito educativo en general (el resaltado me corresponde).

El artículo 1 del COA prescribe que su objeto es regular “*el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público*” y respecto a su ámbito material de aplicación, los numerales 4 y 7 de su artículo 42 incluyen: “*El procedimiento administrativo*” y “*Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora*”. Agrega el numeral 8 del citado artículo que se aplicarán las disposiciones del COA también en “*La impugnación de los procedimientos disciplinarios*”.

¹³ LOEI, “Art. 140.- De las garantías y principios del proceso disciplinario. - En los procedimientos disciplinarios o sancionadores, además de las garantías al debido proceso establecidas en la Constitución, se observará lo siguiente:

1. Se garantizará la debida separación entre la función sustanciadora y sancionadora.
2. En ningún caso se impondrá sanción que no esté prevista en la ley, ni se haya tramitado con el procedimiento respectivo.
3. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no exista un acto administrativo en firme que resuelva lo contrario. Las medidas de protección dictadas por las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son mecanismos de protección en favor de los niños, niñas y adolescentes y de ningún modo significan pre juzgamiento.
4. El presunto responsable será notificado con los hechos que se le imputen, las infracciones que pueden constituir y las sanciones previstas en la Ley, así como de la identidad del instructor, de los funcionarios competentes para imponer la sanción y la norma que atribuye la competencia”.

¹⁴ CRE, publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el penúltimo inciso del artículo 66 reformado de la LOEI determina que, en el ejercicio de sus competencias, las JDRC **“aplicarán las disposiciones del Código Orgánico Administrativo en materia de sustanciación, resolución e impugnación”** y especifica que la impugnación podrá ser con efecto devolutivo, salvo cuando se justifique que **“la ejecución de la resolución causaría grave daño al afectado o a la institución educativa”**, en cuyo evento se lo otorgará con efecto suspensivo (el resaltado me corresponde).

En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores a los establecimientos educativos particulares, el ya citado artículo 135 reformado de la LOEI establece que corresponde a los Directores Distritales imponer sanciones que van desde una multa, de 11 a 20 remuneraciones básicas unificadas, hasta la revocatoria de la autorización de funcionamiento del establecimiento, según la infracción sea grave o muy grave o exista reincidencia; al efecto, el sexto inciso de la misma norma indica que el procedimiento para la aplicación de las sanciones a las infracciones establecidas en esa ley **“será el previsto en el Código Orgánico Administrativo, garantizando el derecho a la defensa, la debida diligencia y en observancia de la garantía constitucional al debido proceso”** (el resaltado me corresponde).

Según se examinó en el acápite 2.1 del presente, respecto a los procedimientos administrativos disciplinarios aplicables al personal docente y estudiantes de establecimientos educativos públicos, los incisos primero y segundo del artículo 137 reformado de la LORLOEI, en su orden, otorgan a la máxima autoridad del establecimiento competencia para sancionarlos en caso del cometimiento de faltas leves e indica que tales sanciones podrán ser **“impugnables en sede administrativa, únicamente con efecto devolutivo, de conformidad con el Código Orgánico Administrativo”** (el resaltado me corresponde).

El inciso primero del artículo 143 ibídem prevé que las resoluciones expedidas en los ámbitos disciplinario y sancionatorio serán impugnables en vía administrativa **“mediante los recursos previstos en el Código Orgánico Administrativo, en la forma, plazos y procedimiento determinados en dicho Código, sin perjuicio de las acciones judiciales y constitucionales a las que hubiere lugar”** (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el artículo 144 de la LORLOEI, señala que los procedimientos sancionatorios y disciplinarios se normarán a través del reglamento, que deberá tomar en cuenta las normas establecidas en los instrumentos de derechos humanos, la CRE y referida ley. Dicha norma precisa en su segundo inciso que **“En caso de requerirse se tendrá en cuenta como norma subsidiaria el Código Orgánico Administrativo”** (el resaltado me corresponde).

Con relación a los procedimientos disciplinarios regulados en normas específicas, en pronunciamiento contenido en oficio No. 00216 de 21 de agosto de 2018, la Procuraduría General del Estado concluyó que **“(…) los procedimientos disciplinarios de los servidores públicos se rigen por su propia normativa y por lo tanto el Código Orgánico Administrativo**

es aplicable solo en forma subsidiaria según el tenor del numeral 8 de su artículo 42” (el resaltado me corresponde).

En esta misma línea, mediante oficio No. 09965 de 1 de septiembre de 2020, respecto a la aplicación subsidiaria del COA en los procedimientos disciplinarios y al ámbito de aplicación de la LOEI y su reglamento general, antes de la promulgación de la LORLOEI, este organismo analizó que:

“(…) el artículo 42 del COA diferencia y trata por separado al procedimiento sancionador, previsto en el numeral 7, y al procedimiento disciplinario, contemplado en el numeral 8, **previando para este último caso que se regule ‘bajo su propia normativa’ y, solo subsidiariamente, se aplique el COA.**

(…) se concluye que, de conformidad con los artículos 3 y 84 de la LOSEP, 64 y 65 de la LOEI y 334 de su reglamento general, el procedimiento disciplinario para sancionar el cometimiento de infracciones por parte de los docentes de las instituciones educativas públicas, es el especial previsto en la LOEI y su reglamento general, siendo aplicable en forma subsidiaria la LOSEP y su Reglamento General, conforme lo dispone, en forma expresa, el artículo 353 del RLOEI, **y solo en lo no previsto en dichos cuerpos normativos sería aplicable el COA, según el tenor del numeral 8 de su artículo 42”** (el resaltado me corresponde).

De lo anotado se evidencia que: *i)* el COA es norma subsidiaria para los procedimientos administrativos disciplinarios; *ii)* las reformas a la LOEI establecen de forma general que las resoluciones expedidas en los ámbitos disciplinarios y sancionadores son impugnables mediante las disposiciones del COA; y que sus procedimientos serán normados en el Reglamento a la LOEI y, de manera subsidiaria, por dicho código; y, *iii)* los procedimientos administrativos sancionadores o disciplinarios deberán velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

2.3. El alcance y vigencia de las reformas introducidas por la LORLOEI, conforme su Disposición Final. -

El artículo 65 de la LOEI, antes de las reformas introducidas por la LORLOEI, confería a las JDRC el carácter de “*ente encargado de la solución de conflictos del sistema educativo*”, las cuales estaban presididas por el Director Distrital¹⁵, que, de acuerdo a la falta disciplinaria cometida por los profesionales de la educación, directivos y máximas autoridades de las instituciones educativas de su jurisdicción, tenían competencia para imponer sanciones de “*Suspensión temporal sin goce de remuneración*” y “*Destitución del cargo*”. El anterior artículo 66 de la LOEI establecía como deberes y atribuciones de las JDRC, entre otras, las siguientes:

¹⁵ El RLOEI, en el Título X “DE LA REGULACIÓN, CONTROL, INFRACCIONES, SANCIONES Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS”, en el Capítulo VIII “DE LAS JUNTAS DISTRITALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS”, en su artículo 340 señala: “Si por causas debidamente justificadas, los miembros titulares no pudieren asistir a las sesiones de las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, actuarán sus delegados permanentes, previa notificación al Secretario” (el resaltado me corresponde).

“a. **Conocer de oficio, por denuncia o informe** de las autoridades competentes, y resolver en instancia administrativa, los **casos de violación a los derechos y principios establecidos en la presente Ley;**

b. Conocer de oficio, por denuncia o informe de las autoridades competentes, sobre las faltas de las y los profesionales de la educación y las y los directivos de instituciones educativas de su jurisdicción y sancionar conforme corresponda;

(...)

f. **Sancionar a la máxima autoridad de la institución educativa** en caso de incumplimiento, inobservancia o transgresión de la Ley; (...)” (el resaltado me corresponde).

Sobre la vigencia de las reformas introducidas por la LORLOEI, su Disposición Final establece que las mismas entrarán a regir a partir de su publicación en el Registro Oficial, salvo lo referente *“al procedimiento sancionatorio y disciplinario, así como las reformas a la Junta Distrital de Resolución de Conflictos, las cuales entrarán en vigencia después de transcurridos 365 días desde la publicación de esta Ley (...)”* (el resaltado me corresponde).

Al respecto, es necesario precisar que la LORLOEI se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 434 de 19 de abril de 2021, sin embargo ese cuerpo normativo fue acusado de varios cargos de inconstitucionalidad resueltos por la Corte Constitucional en la sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado¹⁶ de 11 de agosto del mismo año, los cuales si bien no se refieren a los artículos materia de sus consultas, con motivo de la referida acción de inconstitucionalidad¹⁷ la vigencia de la LORLOEI fue suspendida desde el 20 de mayo de 2021 hasta el 11 de agosto del mismo año. En tal virtud el plazo previsto por la mencionada Disposición Final de la LOEI para que empiecen a regir las reformas sobre los procedimientos sancionatorio y disciplinario, así como las referidas a las JDRC, debe considerar la suspensión dispuesta por la sentencia de la Corte Constitucional.

Con relación al momento en que empieza a regir una ley, y para efectos de la aplicación de las normas de la LOEI que tipifican infracciones y sus respectivas sanciones, cabe considerar que el artículo 6 del Código Civil¹⁸ (en adelante CC) dispone que *“entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces”*, sin perjuicio de que la misma ley prevea *“un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación”*. Adicionalmente, el inciso

¹⁶ Sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 217 de 16 de septiembre de 2021, que dispuso: “11. El correspondiente tribunal de la Sala de Admisión, mediante auto de 20 de mayo de 2021, admitió a trámite la acción planteada, aceptó la suspensión provisional de la ley impugnada, (...) y dispuso la publicación de un resumen de la demanda en el registro oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional.

(...) VI. DECISIÓN

125. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

125.1. Declarar la constitucionalidad de la Ley reformativa a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el primer suplemento del registro oficial N.º 434, de 19 de abril de 2021, por lo que respecta a los cargos de inconstitucionalidad recogidos en los problemas jurídicos primero, segundo, tercero, quinto y séptimo abordados en la presente sentencia.

125.2. Levantar las medidas cautelares ordenadas por la Sala de Admisión mediante auto de 20 de mayo de 2021, sin perjuicio de lo resuelto en los párrafos subsiguientes”.

¹⁷ Corte Constitucional, caso No. 32-21-IN y acumulado (34-21-IN).

¹⁸ Codificación del CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

primero del artículo 7 *ibídem* determina que *“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo”*.

En concordancia con las normas citadas, respecto de las infracciones administrativas, los artículos 29 y 30 del Código Orgánico Administrativo¹⁹ (en adelante COA) establecen que se rigen por los principios de tipicidad e irretroactividad. En cuanto al principio de tipicidad, el artículo 29 del COA señala que son infracciones administrativas *“las acciones u omisiones previstas en la ley”*, a las que les corresponde una sanción administrativa y agrega que *“Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”*.

De otro lado, el principio de irretroactividad previsto en el artículo 30 del COA determina que *“Los hechos que constituyan infracción administrativa serán sancionados de conformidad con lo previsto en las disposiciones vigentes en el momento de producirse”*, salvo que favorezcan al presunto infractor, donde producen efecto retroactivo.

Con estos antecedentes, el artículo 131 reformado de la LOEI²⁰ define a las infracciones en el ámbito educativo como *“aquellas acciones, omisiones o prohibiciones expresamente tipificadas en la presente Ley”* en que pueden incurrir los representantes legales, directivos, docentes y estudiantes de los establecimientos educativos del Sistema Nacional de Educación Pública, municipal y fiscomisional de promotor público, conforme lo señalado en los artículos 133 y 134 *ibídem*.

De lo expuesto se desprende que: *i)* de acuerdo con las reformas introducidas por la LORLOEI, las infracciones en el ámbito educativo son aquellas acciones, omisiones o prohibiciones expresamente tipificadas en la LOEI; *ii)* la Disposición Final de la LORLOEI prescribe que únicamente las reformas relacionadas al procedimiento sancionatorio y disciplinario y las relativas a la JDRC entrarán en vigencia luego de transcurridos 365 días desde la publicación de esa ley reformativa, considerando adicionalmente la suspensión de esa ley dispuesta por la sentencia de la Corte Constitucional; y, *iii)* la reforma a la LOEI no ha diferido la vigencia de la aplicación de las infracciones administrativas y sus sanciones.

3.- Pronunciamiento. -

En atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con la Disposición Final de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos perderán su competencia para aplicar sanciones en los procedimientos administrativos disciplinarios una vez que se cumpla el plazo de 365 días previsto en la mencionada disposición, para lo cual se tomará en cuenta los efectos de la sentencia No. 32-21-IN/21.

Respecto de su segunda consulta se concluye que, las infracciones y sanciones que establece la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de Educación Intercultural, que

¹⁹ COA, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 31 de 7 de julio de 2017. Los principios del procedimiento administrativo, previstos en el capítulo cuarto del Libro Preliminar “Normas Rectoras”, incluye a los principios de tipicidad e irretroactividad de las infracciones administrativas.

²⁰ Artículo 131 de la LOEI, reformado por el artículo 130 de la LORLOEI.

son temas de carácter sustantivo, rigen desde la promulgación de esa ley en el Registro Oficial, en virtud de que la vigencia diferida que establece su Disposición Final se refiere únicamente al procedimiento sancionatorio y disciplinario, y a la integración y competencia de la Junta Distrital de Resolución de Conflictos.

En atención a los términos de su tercera consulta se concluye que, de acuerdo con los numerales 3, 4 y 8 del artículo 42 del Código Orgánico Administrativo, ese código es aplicable a los procedimientos administrativos, con excepción de los procedimientos disciplinarios que, por disposición expresa del artículo 144 reformado de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, deberán ser normados a través de su reglamento, siendo el Código Orgánico Administrativo norma subsidiaria del mismo.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a los casos institucionales específicos.

Atentamente,

IÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR CRESPO

Firmado digitalmente por
IÑIGO FRANCISCO ALBERTO
SALVADOR CRESPO
Fecha: 2022.08.05 13:07:59
-05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Oficio N° 19671

Quito D.M., 03 de agosto de 2022

Señor licenciado
Darío Vicente Herrera Falconez,
MINISTRO,
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS.
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero al oficio No. MTOP-MTOP-22-241-OF de 19 de mayo de 2022, ingresado en el correo institucional único de la Procuraduría General del Estado el 27 de los mismos mes y año, mediante el cual el ingeniero Hugo Marcelo Cabrera Palacios, Ministro de Transporte y Obras Públicas de la época, formuló la siguiente consulta:

“¿Es procedente que esta Cartera de Estado otorgue contrato de servicios ocasionales, a un servidor de carrera -nombramiento permanente-, sin que sea excluido de la carrera de servicio público, considerando los derechos de las y los servidores públicos y la aplicación más favorable en caso de duda?”.

1. Antecedentes. -

1.1 A fin de contar con mayores elementos de análisis, antes de atender su consulta, mediante oficios Nos. 18877 y 19092 de 30 de mayo y 13 de junio de 2022, este organismo solicitó e insistió al Ministerio del Trabajo (en adelante MDT) remita su criterio jurídico institucional sobre la materia, lo que fue atendido por la Subsecretaria Interinstitucional de Servicio Público Trabajo y Empleo del MDT, mediante oficio No. MDT-SISPTE-2022-0432-O de 22 de junio de 2022, recibido en este organismo el 24 de los mismos mes y año.

1.2. El informe jurídico del Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (en adelante MTOP), contenido en memorando No. MTOP-CGJ-2022-368-ME de 12 de mayo de 2022, citó, entre otras normas, los 47, 58, 83 inciso último y 88 de la Ley Orgánica del Servicio Público¹ (en adelante LOSEP) y 5, 23 121, 126, 128 de su reglamento² (en adelante RGLOSEP), y concluyó lo siguiente:

“En virtud de la normativa señalada, y el análisis realizado, esta Coordinación General de Asesoría Jurídica considera, en aplicación del principio general que en el campo del derecho público, que señala que no se puede hacer sino aquello que está expresamente permitido por la Ley; y, **al no contar con normativa que permita que un servidor de carrera administrativa pueda prestar sus servicios bajo la modalidad de contratos ocasionales, no es procedente que esta cartera de Estado contemple dentro de su planificación de talento humano, realizar este tipo de movimientos de personal**” (el resaltado me corresponde).

¹ LOSEP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010.

² RGLOSEP, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 1 de abril de 2011.

1.3. De su parte, el criterio jurídico del MDT manifestó lo siguiente:

“La naturaleza jurídica del contrato de servicios ocasionales, dada por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, es clara en establecer la temporalidad de los mismos, puesto que deben ser autorizados de forma excepcional por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, lo que hace que no generen estabilidad laboral alguna, y puedan darse por terminados en cualquier momento.

Ahora bien, atendiendo los términos de su consulta, es imperioso indicar que tanto la LOSEP como su Reglamento General, han previsto las situaciones puntuales en las que es procede (sic) jurídicamente el otorgar un nombramiento provisional o contrato de servicios ocasionales a un servidor público de carrera.

En ese sentido, el artículo 18, letra b) del Reglamento General invocado, ha indicado que es factible emitir un nombramiento provisional a servidoras o servidores de carrera que cumplan con los requisitos establecidos en el manual institucional de clasificación de puestos, para ocupar puestos comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior.

Asimismo, el artículo 51 ibídem ha establecido que en el caso de que se utilice la figura de la comisión de servicios sin remuneración, la institución solicitante se obligará a la expedición del correspondiente nombramiento provisional de libre remoción, de período fijo o la suscripción de contratos de servicios ocasionales.

Con las consideraciones expuestas, se ha dejado claro los únicos supuestos jurídicos donde la norma ha posibilitado la emisión de contratos de servicios ocasionales a servidores de carrera, **siendo lo correcto en las circunstancias expuestas, la aplicación de otras figuras como el nombramiento provisional** (lo resaltado me corresponde).

Por lo tanto, en aplicación del principio general que en el campo del derecho público, que establece que no se puede hacer sino aquello que está expresamente permitido por la Ley, al no contar con un marco jurídico que permita que un servidor de carrera administrativa pueda prestar sus servicios bajo la modalidad de contratos ocasionales, no es procedente que se otorgue este tipo de contrato a un servidor de carrera, siempre que no sea en aplicación del artículo 51 del Reglamento General a la LOSEP”.

1.4. De lo expuesto se observa que la entidad consultante y el MDT coinciden en precisar que un servidor de carrera no puede prestar sus servicios por medio de contrato de servicios ocasionales en la misma entidad. El MDT agrega que en las circunstancias expuestas por el MTOP se podrían aplicar las normas que se refieren al nombramiento provisional.

2. Análisis. -

2.1. Carrera de servicio público. –

De acuerdo con el primer inciso del artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador³ (en adelante CRE) son servidores públicos “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función

³ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

o dignidad dentro del sector público”. Similar disposición consta en el artículo 4 y Disposición General Décimo Octava de la LOSEP.

El artículo 3 de la LOSEP, al referirse a su ámbito de aplicación, indica que sus disposiciones son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, y su artículo 16 establece que para desempeñar un puesto público se *“requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora”*. El artículo 17 ibídem, en armonía con el artículo 17 del RGLOSEP, precisa que para el ejercicio de la función pública, los nombramientos pueden ser: permanentes, provisionales, de libre nombramiento y remoción; y de período fijo.

Respecto al ingreso a la carrera del servicio público, la letra h) del artículo 5 de la LOSEP incluye al concurso de méritos y oposición. De acuerdo con el artículo 81 ibídem, la carrera del servicio público tiene como finalidad *“obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos”*. Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 82 ibídem contempla que la carrera del servicio público garantizará *“la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales”* (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 83 de la LOSEP determina a los servidores excluidos de la carrera del servicio público, y su penúltimo inciso se refiere a la pérdida de la condición de carrera del servidor por el ejercicio de los cargos excluidos de ella, así como sus excepciones, y dispone:

*“La servidora o servidor de carrera que de cualquier modo o circunstancia ocupare uno de los puestos previstos en los literales a) y b) de este artículo, perderá su condición de carrera y podrá ser libremente removido, **salvo que se desempeñe por encargo, subrogación o nombramiento provisional**”* (el resaltado me corresponde).

Mediante oficio No. 02484 de 28 de enero de 2019, la Procuraduría General del Estado se pronunció sobre la aplicación de las normas de la LOSEP que se refieren a los mecanismos a través de los cuales un servidor de carrera puede desempeñar temporalmente funciones en cargos excluidos de ella. Dicho pronunciamiento concluyó:

“De conformidad con la LOSEP existen dos mecanismos por los que un servidor de carrera puede desempeñar, temporalmente, funciones en los cargos excluidos de ella previstos en su artículo 83. Dichos mecanismos son:

- a) Encargo, subrogación, o nombramiento provisional, para desempeñar cargos excluidos de la carrera, en la misma institución de origen, según el penúltimo inciso del artículo 83 de la LOSEP, en concordancia con el numeral 4 de la letra b) del artículo 17 de la misma ley y la letra b) del artículo 18 de su Reglamento General.
- b) Comisión de servicios sin remuneración para prestar servicios en otra entidad pública, que es el caso al que alude la consulta, regulado por los artículos 31 de la LOSEP y 51 de su Reglamento General”.

2.2. De los contratos de servicios ocasionales. -

El artículo 58 de la LOSEP reserva la suscripción de contratos de servicios ocasionales para los casos en que la autoridad nominadora los autorice, de forma excepcional *“para satisfacer necesidades institucionales no permanentes, previo el informe motivado de la Unidad de Administración del Talento Humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin”* (el resaltado me corresponde). Adicionalmente, su inciso tercero, cuarto y quinto prevén que los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad ni permiten el ingreso del servidor a la carrera del servicio público *“mientras dure su contrato”*.

Al respecto, la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados⁴ la Corte Constitucional analizó lo siguiente: *“Las instituciones públicas han aplicado como regla común la contratación de personal bajo esta modalidad, situación que no permite a los trabajadores y trabajadoras alcanzar estabilidad y permanencia en la institución (...)”*. Así también, en la sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados⁵, la Corte Constitucional manifestó que: *“El principio de intangibilidad de los derechos laborales implica que ninguna norma o acto puede alterarlos o modificarlos salvo si conlleva condiciones más beneficiosas”*.

Del análisis efectuado se observa que los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad en beneficio del servidor, quien no ingresa a la carrera de servicio público mientras dure su contrato.

3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de la consulta se concluye que, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad ni permiten el ingreso del servidor a la carrera del servicio público; en tal virtud, dicha figura no es aplicable como mecanismo para mejorar la situación de un servidor de carrera en la misma institución.

El presente pronunciamiento debe ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,

ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO
SALVADOR
CRESPO

Firmado digitalmente
por ÍÑIGO FRANCISCO
ALBERTO SALVADOR
CRESPO
Fecha: 2022.08.03
09:04:42 -05'00'

Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

C.C. Arq. Patricio Donoso Chiriboga
Ministro del Trabajo

⁴ Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 103 de 24 de noviembre de 2020, párrafo 171.

⁵ Sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados, publicada en la Edición Constitucional del Registro Oficial No. 97 de 20 de noviembre de 2020, párrafo 139.

Oficio N° 19668

Quito D.M., 2 de agosto de 2022

Señor economista
Francisco Briones Rugel,
DIRECTOR GENERAL,
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS (SRI).
Ciudad. -

De mi consideración:

Me refiero a su oficio No. NAC-DNJOGEC22-00000017 sin fecha, ingresado en la Procuraduría General del Estado el 25 de julio de 2022, mediante el cual usted formuló las siguientes consultas:

“En los procesos de mediación en materia tributaria se pueden alcanzar acuerdos que impliquen simplemente la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa; este es el caso de los procesos de transacción iniciados en virtud de la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19; así como algunos de los casos que versan sobre medidas cautelares o facilidades de pago, en los que se evidencia una mera aplicación de lo dispuesto en el Código Tributario para el tratamiento de este tipo de peticiones.

En estos casos, en los que las partes se remiten solamente a la aplicación de las consecuencias previstas en la ley, se consulta:

- 1. ¿Dichos acuerdos cumplen con las características necesarias para ser considerados una especie de transacción?**
- 2. En caso de ser negativa su respuesta a la primera inquietud, ¿se debe contar en estos casos con la autorización previa por parte de la Procuraduría General del Estado en los términos señalados en el numeral 4 del artículo 25 del Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19 y artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado?”**

1. Antecedentes. -

1.1. El informe jurídico de la Directora Nacional Jurídica del Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI), contenido en oficio sin número y sin fecha, citó los artículos 56.2, 56.7, 56.8 y 152 del Código Tributario¹, agregados por el artículo 79 y sustituido

¹ Código Tributario, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38 de 14 de junio de 2005.

por el artículo 89 de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID-19² (en adelante LODE), respectivamente; la Disposición Transitoria Séptima de la LODE; 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado³ (en adelante LOPGE); 23 y 25 del Reglamento a la LODE⁴ (en adelante RLODE); y, 16 del Reglamento a la Ley de Mediación y Arbitraje⁵ (en adelante RLMA); luego de lo cual analizó y concluyó lo siguiente:

“ANÁLISIS Y CRITERIO JURÍDICO:

La transacción constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que las partes llegan a acuerdos voluntarios basados en concesiones mutuas; en el caso de la transacción tributaria en el Ecuador, se habilitó este mecanismo a través de la mediación, dado que existe la interacción de un tercero que guía la resolución voluntaria de controversias.

V. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO FORMULADO:

(...)

Las solicitudes de transacción respecto de la aplicación de la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica de Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVI-19 (sic); así como aquellas que pretendan la aplicación del trámite previsto en el Código Tributario para el levantamiento o sustitución de medidas cautelares; o, el otorgamiento de facilidades para el pago de obligaciones tributarias no cumplen con los parámetros y características necesarias para ser considerados una transacción, debido a que bajo las casuísticas antes mencionadas no existen concesiones mutuas de las partes sino una mera verificación de las condiciones y requisitos previstos en la Ley para otorgar un derecho o beneficio. En consecuencia, no es necesaria la autorización previa de la Procuraduría General del Estado, prevista en la normativa” (el resaltado me corresponde).

2. Análisis. -

Para facilitar el estudio de las consultas planteadas, que serán atendidas de manera conjunta, el análisis se referirá a los siguientes puntos: *i)* la mediación y su naturaleza; *ii)* la transacción tributaria; *iii)* el informe costo-beneficio; y, *iv)* la autorización del Procurador General del Estado para transigir.

2.1. La mediación y su naturaleza. -

² LODE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 587 de 29 de noviembre de 2021.

³ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁴ RLODE, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 608 de 30 de diciembre de 2021.

⁵ RLMA, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 3524 de 26 de agosto de 2021.

De acuerdo con el primer inciso del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador⁶ (en adelante CRE), se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, los mismos que se aplicarán con sujeción a la ley, “*en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir*”.

En este sentido, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁷ (en adelante LAM) reitera que la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual “*las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto*” (el resaltado me corresponde).

El inciso final del artículo 44 de la LAM, concordante con el artículo 11⁸ de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁹, dispone que el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, y prevé la posibilidad de delegar dicha atribución.

Respecto a la terminación del procedimiento de mediación, el artículo 47 de la LAM señala que este concluye “*con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo*”; agrega en su cuarto inciso que “*El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia*”, y aclara que el juez de la ejecución no aceptará excepción alguna, “*salvo las que se hayan originado con posterioridad a la suscripción del acta*” (el resaltado me corresponde). En armonía con lo expuesto, el numeral 3 del artículo 363 del COGEP reconoce al acta de mediación como un título de ejecución.

De lo manifestado se observa que: *i)* la mediación constituye un procedimiento alternativo para la solución de conflictos en el que las partes procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible; *ii)* el Estado o las instituciones del sector público pueden someterse a mediación a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva; *iii)* el procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo; y, *iv)* el acta de mediación que contenga el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

⁶ CRE, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷ LAM, publicada en el registro Oficial No. 417 el 14 de diciembre de 2006.

⁸ LOPGE, Art. 11.- Del arbitraje y la mediación. - Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio (...).

⁹ LOPGE, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril de 2004.

2.2. La transacción tributaria. -

El numeral 4 del artículo 1583 del Código Civil¹⁰ (en adelante CC) incluye a la transacción entre los modos de extinguir las obligaciones, en todo o en parte, y el artículo 2348 ibídem la define como un contrato en el que *“las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”*. En ese sentido, el segundo inciso del mismo artículo establece que *“No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*. Así, sobre la capacidad para transigir, el artículo 2349 ibídem ordena que *“No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”*.

Según Guillermo Cabanellas¹¹, el término *“transigir”* es: *“Concluir una transacción (v.), sobre lo que se estima justo, razonable o verdadero, para conciliar discrepancias, evitar un conflicto o poner término al suscitado; pero con la imprescindible circunstancia de que haya recíprocas concesiones y renunciaciones”* (el resaltado me corresponde).

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sobre los requisitos específicos de la transacción, en sentencia No. 439-2006, manifestó lo siguiente:

“La transacción es un contrato y, por tanto su validez debe cumplir los requisitos que exige la ley para todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita. Pero, además debe reunir dos elementos propios: 1) La existencia o la eventualidad de un litigio. (...) 2) Las partes se hacen concesiones recíprocas, celebradas extrajudicialmente” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 56.1 del Código Tributario agregado por la LODE señala que: *“Las obligaciones tributarias pueden ser objeto de transacción de acuerdo con lo prescrito en la Sección 6a del presente cuerpo legal”*, en virtud de lo cual, un procedimiento administrativo o judicial queda concluido a consecuencia de los acuerdos plasmados en un acta transaccional, en un auto o sentencia, emitido por autoridad competente y bajo las condiciones y preceptos establecidos en ese Código y permitidos por la Ley.

Según el primer inciso del artículo 56.2 del Código Tributario, agregado por la LODE: *“La transacción podrá versar sobre la determinación y recaudación de la obligación tributaria, sus intereses, recargos y multas, así como sobre los plazos y facilidades de pago de la obligación”*, además de *“involucrar el levantamiento de todas o parte de las medidas cautelares dictadas en contra del sujeto pasivo”* (el

¹⁰ CC, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹ Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo VIII, pág. 170

resaltado me corresponde). Agrega el citado artículo que, la transacción podrá implicar que la administración tributaria o el sujeto pasivo **“realicen concesiones sobre aspectos fácticos de valoración incierta controvertidos durante la fase de determinación de la base imponible o dentro de procesos contenciosos”** (el resaltado me corresponde).

En este contexto, el inciso tercero del artículo 56.7 del Código Tributario, agregado por la LODE, dispone que la transacción extraprocésal **“procederá también en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial”**, en cuyo caso se **“podrá transar únicamente respecto de facilidades y plazos para el pago, así como sobre la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares”** (el resaltado me corresponde).

Al respecto, el Código Tributario en su artículo 152 y siguientes, contempla el trámite para solicitar y otorgar facilidades de pago, así como también el caso de sustitución o revocatoria de medidas cautelares, en los que a la Administración Tributaria le corresponde únicamente verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley.

En este contexto es oportuno considerar que la aplicación de la ley es una de las facultades de la administración tributaria, según el artículo 67 del Código Tributario.

En cuanto a los requisitos para la **“transacción extraprocésal”**, el primer inciso del artículo 56.8 del Código Tributario, agregado por la LODE, prevé que respecto de obligaciones tributarias valdrá y surtirá efectos **“sólo si se instrumenta en un acta de mediación suscrita por un mediador calificado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación”** (el resaltado me corresponde). El segundo inciso del mencionado artículo establece que el sujeto pasivo tributario **“que desee iniciar un proceso de mediación que tenga como objeto alcanzar una transacción”** deberá presentar su solicitud ante cualquier centro de mediación o ante cualquier mediador calificado, de conformidad con lo establecido en la LAM y su Reglamento (el resaltado me corresponde).

El artículo innumerado a continuación del artículo 71 del Código Tributario, agregado por la LODE, precisa que la Administración Tributaria como sujeto activo de la determinación del tributo, de acuerdo a las condiciones y requisitos previstos en la Sección 6a, podrá utilizar la transacción como medio de prevención oportuna de controversias **“en aras de alcanzar el principio de suficiencia recaudatoria, equidad, igualdad y proporcionalidad antes, durante, y hasta la emisión de actos administrativos derivados de la facultad determinadora, sancionadora, resolutoria y recaudadora”** (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el primer inciso de la Disposición Transitoria Séptima de la LODE determina que los sujetos pasivos que se encuentren participando como actores de procesos judiciales o reclamaciones administrativas contra actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria *“que fueren susceptibles de mediación según las reglas de esta Ley, o que fueren parte de procesos de determinación en marcha, podrán acogerse al procedimiento de mediación dispuesto por esta Ley”*. En este caso excepcional, los plazos y términos del procedimiento judicial quedarán en suspenso hasta que termine el proceso de mediación.

La referida disposición transitoria en su segundo inciso y siguientes contempla a favor de quienes se acogieren al proceso de mediación incorporado en esa ley, el beneficio de la remisión de intereses y recargos en porcentajes que van desde el 100% hasta el 50%, previo la confirmación por parte de la Administración Tributaria de que la solicitud cumpla con las condiciones señaladas para el caso.

El último inciso de la señalada disposición transitoria precisa que: *“En caso de que si [sic] se alcance acuerdo total o parcial, este podrá incorporarse en un acta transaccional o acta de mediación”* (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se desprende que: *i)* la transacción, al ser un contrato bilateral, conlleva necesariamente que exista una controversia o relación dudosa entre las partes y que ellas se hagan *“concesiones recíprocas”* debidamente identificadas. Igualmente, para que exista transacción tributaria debe haber concesiones recíprocas entre las partes. En tal virtud, la aplicación de la ley por la administración tributaria o el cumplimiento de obligaciones, en tanto no implique una concesión recíproca no constituye transacción; *ii)* la transacción tributaria podrá versar sobre la determinación y recaudación de las obligaciones, sus intereses, recargos y multas; *iii)* la transacción extraprocesal adicionalmente procede en casos de obligaciones tributarias contenidas en actos administrativos de determinación tributaria firmes o ejecutoriados que no hubiesen sido impugnados en sede judicial, en cuyo caso se podrá referir a facilidades y plazos para el pago, así como sobre la aplicación, modificación, suspensión o levantamiento de medidas cautelares, y eventualmente la remisión de intereses o la reducción de la tasa de interés siempre que exista oferta de pago inmediato del cien por ciento del capital; y, *iv)* en caso de que se alcance acuerdo total o parcial, este se incorporará en una acta de mediación o transaccional, según el caso.

2.3. El informe costo-beneficio. -

El inciso tercero del referido artículo 56.8 del Código Tributario determina que, en la mediación, la entidad pública acreedora del tributo *“no tendrá una obligación de resultado de alcanzar un acuerdo transaccional”*; sin embargo, sí tendrá la obligación de negociar de buena fe durante el proceso, con miras a alcanzar un acuerdo que permita

precaver un litigio y que agilite y/o facilite la recaudación. Se agrega que: ***“En la mediación la entidad pública, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realizará un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia”***, considerando el costo en tiempo y recursos de un litigio, la expectativa de éxito de seguir tal litigio y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Por su parte, el artículo 23 del RLODE establece que: ***“Previo a suscribir el respectivo acuerdo transaccional la entidad acreedora del tributo deberá contar con el informe de análisis técnico de costo-beneficio”***, el cual tendrá el carácter de confidencial y reservado, y será aprobado por la autoridad que emitió el acto objeto del procedimiento transaccional.

En concordancia con lo indicado, el numeral 3 del artículo 25 del RLODE señala que, una vez receptada la solicitud de mediación, en aquellos casos en los cuales la entidad pública acreedora decida someterse al proceso de transacción extraprocesal, ella ***“deberá generar el informe de análisis técnico de costo-beneficio previo a la suscripción del acta en la que se alcance un acuerdo total o parcial”*** (el resaltado me corresponde). El inciso final del artículo citado agrega que en la suscripción del acta de mediación los funcionarios de la entidad acreedora del tributo solamente serán ***“responsables por negligencia grave cuando hayan suscrito un acuerdo transaccional o acta de mediación, sin contar con el informe de costo-beneficio previsto en el artículo 56.8 del Código Tributario”*** (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 16 del RLAM, al referirse a la mediación con el Estado y entidades del sector público, dispone que el representante del Estado o la entidad pública, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, ***“realizará un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos de un litigio, la expectativa de éxito de seguir tal litigio y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible”*** (el resaltado me corresponde).

De lo señalado aparece que: *i)* la entidad pública, dentro de la mediación y con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, debe realizar un análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia; *ii)* previo a suscribir el respectivo acuerdo transaccional o acta de mediación, según el caso, la entidad acreedora del tributo deberá contar con el informe de análisis técnico de costo-beneficio; y, *iii)* la suscripción del acuerdo transaccional o acta de mediación, según el caso, sin contar con el informe de costo-beneficio, genera responsabilidad de los funcionarios de la entidad acreedora del tributo.

2.4. La autorización del Procurador General del Estado para transigir. -

El capítulo II de la LOPGE, que trata sobre el patrocinio del Estado, en su artículo 5, letra f) confiere al Procurador General del Estado atribución para autorizar a las máximas autoridades de los organismos del sector público para “*desistir o transigir del pleito*”, cuando la cuantía sea indeterminada o mayor a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Por su parte, el artículo 12 *ibídem*, ubicado en el mismo capítulo de la LOPGE, trata simultáneamente sobre la transacción y el desistimiento, pese a ser dos figuras distintas, y establece:

“Los organismos y entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir o desistir del pleito, en las causas en las que intervienen como actor o demandado, para lo cual deberán previamente obtener la autorización del Procurador General del Estado, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes.

En los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador General del Estado está facultado para transigir o desistir del pleito, en las causas en las que interviniere como actor o demandado, en representación de dichos organismos y entidades, siempre y cuando dichas actuaciones se produzcan en defensa del patrimonio nacional y del interés público” (el resaltado me corresponde).

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado¹² (en adelante ROFPGE) incluye entre las funciones de la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica:

“4. Procesar las solicitudes de autorización para transigir judicial o extrajudicialmente o desistir del pleito; y de ser el caso, requerir la documentación e información necesarias;

5. Redactar, para la firma del Procurador General del Estado, proyectos de autorización a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público para transigir judicial o extrajudicialmente o desistir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (USD 20.000,00), en los términos dispuestos en el artículo 12 de la LOPGE” (el resaltado me corresponde).

Sobre el tema, mediante pronunciamiento contenido en oficio No. 17560 de 3 de febrero de 2022, esta procuraduría analizó y concluyó lo siguiente:

¹² ROFPGE, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 36 de 13 de julio de 2017.



PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Edificio Amazonas Plaza
Av. Amazonas N59-123 y Arzobispo
+593 2 2941300
www.pge.gob.ec
@PGEcuador

SERVICIO DE RENTAS INTERNAS
0012798-2022
Página. 9

“De lo expuesto se aprecia que, los artículos 5, letra f) y 12 de la LOPGE, que se refieren a la **autorización del Procurador General del Estado** que las entidades del sector público requieren **para transigir, se refieren tanto a las transacciones judiciales como extrajudiciales, sin distinción de materia**, y en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación esas normas establecen una excepción que se aplica, exclusivamente, a los organismos del régimen seccional autónomo.

(...) en atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5, letra f) y 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, **se requiere autorización del Procurador General del Estado para transigir, judicial o extrajudicialmente, cuando la cuantía es indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América**” (el resaltado me corresponde).

Adicionalmente, el numeral 4 del artículo 25 del RLODE determina que, previo a transigir, en caso de ser necesario por el monto **“se deberá contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado”** de conformidad con la LOPGE, ente que, para conceder tal autorización, considerará el informe costo-beneficio que determina el Código Tributario (el resaltado me corresponde).

De lo expuesto se observa que: *i)* la transacción, al ser un contrato bilateral, implica que exista una controversia o relación dudosa entre las partes y que para prevenir un litigio o ponerle fin ellas se hagan **“concesiones recíprocas”** debidamente identificadas. En tal virtud, la aplicación de la ley por la administración tributaria o el cumplimiento de obligaciones, en tanto no implique una concesión recíproca no constituye transacción; *ii)* el Procurador General del Estado tiene atribución para autorizar a transigir a las máximas autoridades de los organismos del sector público, con personería jurídica, cuando la cuantía sea indeterminada o mayor a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América; *iii)* la autorización del Procurador General del Estado se refiere tanto a las transacciones judiciales como extrajudiciales, sin distinción de materia; y, *iv)* la Procuraduría General del Estado, previo a conceder la respectiva autorización, deberá considerar el informe costo-beneficio que determina el Código Tributario.

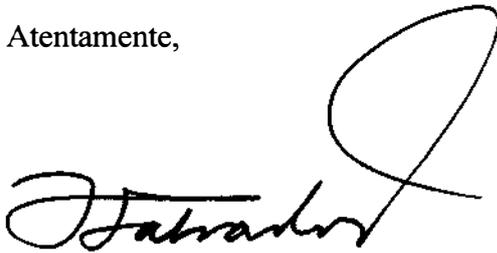
3. Pronunciamiento. -

En atención a los términos de sus consultas se concluye que, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado corresponde a este organismo autorizar transacciones, esto es acuerdos en los que existan concesiones recíprocas entre las partes. En tal virtud, los acuerdos que surjan en los procesos de mediación en materia tributaria que impliquen acuerdos sobre la forma de cumplir obligaciones o la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa, sin que exista de por medio concesiones recíprocas, no constituyen transacción y por lo tanto no requieren la autorización previa del Procurador General del

Estado, en los términos señalados en el artículo 25, numeral 4 del Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal Tras la Pandemia COVID 19.

El presente pronunciamiento deberá ser entendido en su integridad y se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo de exclusiva responsabilidad de la entidad consultante, su aplicación a casos institucionales específicos.

Atentamente,



Dr. Íñigo Salvador Crespo
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

*Defendemos al Estado
para proteger tus derechos*

Manual de Defensa Jurídica del Estado

Descárgalo aquí:



www.pge.gob.ec