

Oficio No. 02574

Quito, D.M. 16 FEB 2019

Señor Doctor  
Juan Carlos Novoa Flor  
**SUPERINTENDENTE DE BANCOS, ENCARGADO**  
Ciudad.-

Señor Superintendente:

Me refiero a su oficio No. SB-DS-2018-0339-O de 20 de diciembre de 2018, ingresado a la Procuraduría General del Estado el 21 de los mismos mes y año, remitido por segunda ocasión mediante oficio No SB-DS-2018-0340-O de 26 de diciembre de 2018, recibido en este despacho en la misma fecha, por medio del cual reformula los términos de sus consultas inicialmente planteadas con oficio No. SB-DS-2018-0285-O de 12 de noviembre de 2018, en una sola pregunta, cuyo texto es el siguiente:

**“Conforme la facultad sancionadora determinada en el Código Orgánico Monetario y Financiero, como norma supletoria de la Ley de Seguridad Social, ¿es procedente que la Superintendencia de Bancos, emita su normativa interna en función de las disposiciones del Código Orgánico Administrativo, en la que se establezca la potestad sancionadora institucional, así como se determine la aplicación de las infracciones pecuniarias y no pecuniarias determinadas en el mencionado Código Orgánico Monetario y Financiero, en lo aplicable a todo el Sistema Nacional de Seguridad Social?”<sup>1</sup>.**

El informe jurídico de la entidad consultante consta en el memorando No. SB-INJ-2018-0723-M de 19 de diciembre de 2018, en el que el Intendente Nacional Jurídico de la Superintendencia de Bancos cita entre otros, los artículos 76, numeral 3, 132, 213, 226 y 237 de la Constitución de la República, 29 del Código Orgánico Administrativo; 304, 305, 306 y 308 de la Ley de Seguridad Social; 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del Código Orgánico Monetario y Financiero; la Disposición Reformativa Octava del Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público,

<sup>1</sup> Las consultas inicialmente planteadas mediante oficio No SB-DS-2018-0285-O tenían el siguiente tenor “a) Inherente a la atribución de supervisión, vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos contemplada en el artículo 306 de la Ley de Seguridad Social, está prevista la potestad sancionadora para con los órganos del IESS? b) Puesto que el artículo 305 de la Ley de Seguridad Social considera como norma supletoria al Código Orgánico Monetario y Financiero, ¿Es procedente que las infracciones y sanciones determinadas en el mismo, sean aplicables ante a acciones u omisiones de los diferentes órganos de dirección y administración del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tales como su Consejo Directivo, Dirección General y demás direcciones, comisiones o comités, y servidores en general? c) ¿Las infracciones y sanciones administrativas contenidas en la resolución No SB-2018-019, que han sido expedidas a propósito de la potestad normativa constante en el artículo 308 de la Ley de Seguridad Social, contravienen o no lo dispuesto en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo?”

y, la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB-2018-019 de 9 de enero de 2018, con fundamento en los cuales manifiesta lo siguiente:

“En ese contexto, la Superintendencia de Bancos, con el fin de respetar el principio de tipicidad en un procedimiento administrativo sancionador, cuando carezca de una norma de la Ley de Seguridad Social en que pueda subsumir un acto u omisión de algún órgano de las entidades que integran el sistema nacional de seguridad social, a manera de infracción, y cuando tampoco exista en la citada Ley la norma que prevea la sanción correspondiente, **considera procedente motivar sus actuaciones sancionatorias en las normas del Código Orgánico Monetario y Financiero, que prevén infracciones y sanciones para el sector financiero público y privado y, de este modo, aplicarlas de manera supletoria en el sistema nacional de seguridad social, en lo que fuere pertinente.**

En esa misma línea, y en razón de la publicación de la Resolución Nro SB-2018-019, de 9 de enero de 2018, publicada en el Registro Oficial Nro. 165, de 22 de enero de 2018, este organismo de control considera procedente la aplicación de su normativa, motivada en los artículos 76, 213 y 368 de la Constitución de la República, 304, 305, 306 y 308 de la Ley de Seguridad Social; y 60, 62 (números 6 y 27), 71, 265 y 276 del Código Orgánico Monetario y Financiero, con el fin de determinar infracciones y sanciones frente a la gestión de las entidades integrantes del sistema nacional de seguridad social” (lo resaltado me corresponde)

De la lectura de su consulta, se observa que ésta tiene por objeto establecer si es jurídicamente posible que la Superintendencia de Bancos pueda aplicar, de manera supletoria, las normas del Código Orgánico Monetario y Financiero, que contempla infracciones y sanciones administrativas para el sector financiero público y privado, a las instituciones que integran el Sistema Nacional de Seguridad Social, en razón de que la Ley de Seguridad Social no las prevé expresamente.

De conformidad con lo previsto en el artículo 304 de la Ley de Seguridad Social<sup>2</sup>, el Sistema Nacional de Seguridad Social está integrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), las Unidades Médicas Prestadoras de Salud (UMPS) y las personas jurídicas que administran programas de seguros complementarios de propiedad privada, pública o mixta, que se organicen según esa ley.

Al respecto, es necesario precisar que ni su oficio de consulta, ni el informe del Intendente Jurídico de la Superintendencia de Bancos, analizan las leyes que rigen las otras instituciones que conforman el Sistema Nacional de Seguridad Social como son la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas

<sup>2</sup> Ley 55, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 465 de 30 de noviembre de 2001

Armadas<sup>3</sup> y la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional<sup>4</sup>, es decir, el análisis se restringe a señalar la falta de tipificación de infracciones y sanciones, exclusivamente en la Ley de Seguridad Social.

Para atender su consulta, es necesario considerar que de acuerdo con los artículos 82<sup>5</sup> y 226<sup>6</sup> de la Constitución de la República<sup>7</sup>, el derecho a la seguridad jurídica se garantiza a través de la existencia de normas previas, claras y públicas, aplicadas por las autoridades competentes; considerando para el efecto que los servidores públicos solo pueden ejercer las competencias y facultades atribuidas en el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, al tratar la consulta sobre el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora es pertinente citar los principios de reserva de ley y tipicidad que rigen a esta materia. En este sentido, el numeral 2 del artículo 132<sup>8</sup> de la Constitución de la República dispone que, se requerirá de ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes

Concordante con la norma constitucional señalada, el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo<sup>9</sup> (en adelante COA), incluye a la tipicidad entre los principios del procedimiento administrativo sancionador y prescribe lo siguiente.

“Art 29 - Principio de tipicidad. Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.

A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.

**Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva”** (lo resaltado me corresponde).

Con respecto a la materia en cuestión, los autores García de Enterría y Fernández, en base a la legislación y jurisprudencia constitucional española explican:

<sup>3</sup> Ley 169, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 995 de 7 de agosto de 1992

<sup>4</sup> Ley 90, publicada en el Registro Oficial No 707 de 1 de junio de 1995

<sup>5</sup> Constitución de la República, “Art 82 - El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”

<sup>6</sup> Constitución de la República, “Art 226 - Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”

<sup>7</sup> Publicada en el Registro Oficial No 449 de 20 de octubre del 2008

<sup>8</sup> Constitución de la República, “Art 132 - La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos ( ) 2 Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes ( )”

<sup>9</sup> Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 31 de 7 de julio de 2017, entró en vigencia doce meses después de su publicación, según la Disposición Final del COA

“El principio de legalidad impone, pues, la ‘exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes, exigencia que [...] afecta a la tipificación de las infracciones, a la gradación y escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que [ . ] el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta’ (Sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990). (. )

La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente *delimitadas*, *sin ninguna* indeterminación (y delimitadas, además, por la representación democrática del pueblo a través de las leyes STC 137/1997), y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (art 9.º 3 de la Constitución), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa)

No caben, pues, **cláusulas generales o indeterminadas de infracción**, que ‘permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa’ (términos de la misma sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990)<sup>10</sup> (lo resaltado me corresponde).

Con respecto a la prohibición de la aplicación analógica, Jorge Bermúdez Soto, en su artículo “Elementos para Definir las Sanciones Administrativas”, manifiesta. “*Ya hemos dicho que la sanción debe estar anudada a una infracción y que tal correlación debe venir establecida por una norma con rango legal*” Adicionalmente, sobre el principio de tipicidad refiere que éste:

“(...) excluye la aplicación de sanciones ‘por semejanza’ a infracciones respecto de las cuales no se ha previsto expresamente una determinada sanción. De este modo, por ejemplo, si la sanción accesoria que impone el comiso de los efectos de la infracción no ha sido establecida expresamente para una infracción, esta no puede ser aplicada por su analogía o semejanza con otras situaciones similares. En resumen, la prohibición de la analogía impone la no extensión por semejanza ni de infracciones a conductas no previstas expresamente, ni de sanciones no anudadas expresamente a infracciones”<sup>11</sup>

<sup>10</sup> GARCIA DE ENTERRIA Eduardo – FERNÁNDEZ Tomás –Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Novena Edición, Editorial THOMSON, Madrid, 2004, págs 177 y 178

<sup>11</sup> BERMUNDEZ SOTO, Jorge, “Elementos para Definir las Sanciones Administrativas, Revista Chilena de Derecho, Numero Especial, 1998, pág 333

El artículo 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>12</sup> (en adelante COMF) define su ámbito en los siguientes términos.

“Art 2.- Ámbito. Este Código establece el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas que rige los sistemas monetario y financiero, así como los regímenes de valores y seguros, el ejercicio de sus actividades y la relación con sus usuarios”.

Como queda señalado, las disposiciones del referido Código Orgánico están dirigidas a establecer el marco de políticas, regulaciones, supervisión, control y rendición de cuentas, exclusivamente respecto de los sistemas monetario y financiero y de los regímenes de valores y seguros, en los términos previstos en su artículo 6<sup>13</sup>, sin referirse expresamente a las instituciones que integran el Sistema Nacional de Seguridad Social.

En el contexto mencionado, los artículos 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del Libro I del COMF, invocados en su consulta y en el informe jurídico adjunto a ella, ubicados en la Sección 11 denominada “De las infracciones y Sanciones”, Capítulo 3 “Disposiciones comunes para el sistema financiero nacional”, Título III “Sistema Financiero Nacional”, están dirigidos a la tipificación de las infracciones y sanciones administrativas aplicables únicamente a las entidades financieras públicas, privadas o populares y solidarias.

El COMF, en su artículo 268, al tratar el tema de los sujetos responsables de la infracción, determina lo siguiente:

“Art. 268.- Sujetos responsables de la infracción. **Son sujetos responsables de las infracciones la entidad financiera**, sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados y demás personas referidas en el artículo 276 que, por acción u omisión, incurran en las infracciones tipificadas en este Código

Son responsables también las personas naturales y las personas jurídicas no financieras que incurran en las infracciones determinadas en este Código, cuando corresponda.

La imposición de las sanciones, en ningún caso, relevará al infractor del cumplimiento de la obligación cuyo incumplimiento motivó la sanción” (lo resaltado me corresponde).

<sup>12</sup> Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No 332 de 12 de septiembre de 2014

<sup>13</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero, “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**” (lo resaltado me corresponde)

El artículo citado, en cuanto a los sujetos responsables de las infracciones previstas en el COMF, se remite al artículo 276<sup>14</sup> ibídem, el cual dispone que la Superintendencia de Bancos tiene competencia para sancionar las infracciones de las entidades financieras de los sectores público y privado, sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados, auditores interno y externo, firmas calificadoras de riesgo, peritos valuadores y otros que efectúen servicios de apoyo a la supervisión, además de cualquier persona natural o jurídica que, sin tener las calidades indicadas, cometiesen infracciones a ese código, las regulaciones emitidas por la Junta o las normas expedidas por los organismos de control.

En cuanto a los sujetos pasivos de la infracción, Jorge Bermúdez Soto, citado en los párrafos precedentes, establece la diferencia entre personas naturales y jurídicas:

“(…) Respecto de los sujetos pasivos de una y otra, es decir de aquellos que sufren las consecuencias negativas que comportan una sanción o una pena, existe una importante diferencia en cuanto las personas jurídicas sólo son susceptibles de sanciones administrativas, toda vez que sigue rigiendo el principio *societas delinquere non potest*”<sup>15</sup>.

De su parte, la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. SB-2018-019<sup>16</sup>, que contiene la “Norma de Control para la aplicación de sanciones en el Sistema Nacional de Seguridad Social”, mencionada en el oficio de consulta, fue emitida con anterioridad a la entrada en vigencia del COA (7 de julio de 2018) que como quedó indicado, derogó expresamente el procedimiento sancionatorio especial previsto en el artículo 277<sup>17</sup> del COMF

En el décimo primer considerando de la referida Resolución, se menciona como fundamento para su emisión el inciso segundo del artículo 268 del COMF, que como se manifestó, incluye en calidad de sujetos responsables de las infracciones previstas en dicho código a las personas naturales y las personas jurídicas no financieras que incurran en las infracciones ahí determinadas, cuando corresponda

Es decir, la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas no financieras se circunscribe exclusivamente al ámbito del cometimiento de las infracciones determinadas en el COMF, sin que dicha responsabilidad

<sup>14</sup> Código Orgánico Monetario y Financiero, “Art 276 - Competencia de las superintendencias La competencia para sancionar las infracciones de las entidades financieras de los sectores público y privado, sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados, auditores interno y externo, firmas calificadoras de riesgo, peritos valuadores y otros que efectúen servicios de apoyo a la supervisión, corresponde a la Superintendencia de Bancos ( )”

Las superintendencias, en el ámbito de sus funciones, tendrán competencia para sancionar a cualquier persona natural o jurídica que, sin tener las calidades indicadas en los párrafos que anteceden, cometiesen infracciones a este Código, las regulaciones emitidas por la Junta o las normas expedidas por los organismos de control ( )”

<sup>15</sup> Op Cit, pág 329

<sup>16</sup> Publicada en el Registro Oficial No 165 de 22 de enero de 2018, que reforma la Resolución 810, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No 123 de 31 de octubre de 2017

<sup>17</sup> COA, “DISPOSICIÓN DEROGATORIA TERCERA - Deróganse los artículos 22, 54, 73, 269, 277 y 278 del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento No 332, de 12 de septiembre de 2014” (lo resaltado me corresponde)

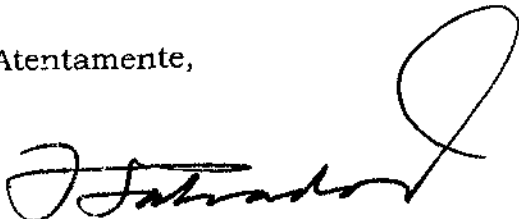
pueda hacerse extensiva o aplicarse por analogía a otros cuerpos legales, como es el caso de la Ley de Seguridad Social.

Por lo tanto queda claro que las infracciones señaladas en el COMF se circunscriben a las entidades financieras de los sectores público y privado, sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados, auditores interno y externo, firmas calificadoras de riesgo, peritos valuadores y otros que efectúen servicios de apoyo a la supervisión, además de las personas naturales y jurídicas no financieras cuando éstas infrinjan dicho ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, en atención a los términos de su consulta se concluye que, de conformidad con el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, la Superintendencia de Bancos a través de su normativa interna, no puede aplicar de manera supletoria las infracciones y sanciones del Código Orgánico Monetario y Financiero previstas para los sujetos responsables del sector financiero público y privado, a las instituciones que integran el Sistema Nacional de Seguridad Social, considerando que la infracción administrativa y la correspondiente sanción, son elementos que integran la tipificación en la forma prevista en el artículo en mención, cuyo inciso final prohíbe en esta materia la aplicación analógica y la interpretación extensiva.

El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas, pues no es facultad de la Procuraduría General del Estado determinar las competencias de las instituciones que forman parte del Sector Público

Atentamente,



Dr. Íñigo Salvador Crespo

**PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO**