

UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y CIENCIAS POLÍTICAS.

HIPERGARANTISMO ESTATAL EN LA RELACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD
SOCIAL ECUATORIANA.

TRABAJO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO CON ÉNFASIS EN
DERECHO FINANCIERO.

Erik Omar Ledesma Palacios.

Quito, a 23 de Mayo de 2014

Índice de Contenidos.

Declaración de aceptación de norma ética y derechos.	7
Dedicatoria.	8
Introducción.	9

Capítulo Primero.

1. La seguridad social.	18
1.1. Historia.	18
1.2. Ley del Seguro de Enfermedad.	20
1.3. Leyes sociales que se sucedieron en Europa.	22
1.4. Informe Beveridge (1942).	23
1.5. El aseguramiento social en las Américas.	25
1.5.1. Social Security Act (1935).	27
1.6. La seguridad social en la actualidad.	29
2. La seguridad social en la República del Ecuador.	29
2.1. Antecedentes de la seguridad social en Ecuador.	33
2.2. El Sistema de Seguridad Social ecuatoriano.	42
2.2.1. Estructura del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.	48
2.2.1.1. El Consejo Directivo.	49
2.2.1.1.1. Integración del Consejo Directivo.	52
2.2.1.1.2. Requisitos.	54
2.2.1.1.3. Prohibiciones.	54
2.2.1.1.4. Inhabilidades.	54
2.2.1.2. Órganos ejecutivos.	55
2.2.1.2.1. La Dirección General.	55
2.2.1.2.1.1. Del Director General.	56
2.2.1.2.1.2. Requisitos.	57
2.2.1.2.1.3. Prohibiciones.	57

2.2.1.2.1.4.	Inhabilidades.	58
2.2.1.2.1.5.	Destitución.	58
2.2.1.2.2.	La Dirección Provincial.	59
2.2.1.2.2.1.	El director provincial.	59
2.2.1.2.2.2.	La designación.	60
2.2.1.2.2.3.	Requisitos.	60
2.2.1.2.2.4.	Atribuciones y deberes.	60
2.2.1.2.2.5.	Destitución.	61
2.2.1.3.	Órganos de Reclamación Administrativa.	62
2.2.1.3.1.	La Comisión Nacional de Apelaciones.	62
2.2.1.3.1.1.	Atribuciones y deberes.	62
2.2.1.3.1.2.	Integración.	63
2.2.1.3.2.	De la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias.	63
2.2.1.3.2.1.	Integración.	63
3.	Las aportaciones del empleado y del empleador.	65
3.1.	Acreditación de recursos.	66
3.2.	Inscripción del afiliado.	66
3.3.	Recaudación en el sector privado.	67
3.4.	La recaudación en el sector público.	70
3.4.1.	Responsabilidad solidaria.	72
3.5.	Retención de cesantía y fondos de reserva, y prohibición de cancelar cauciones.	72
3.6.	La penalidad por la apropiación indebida de los aportes.	73
3.6.1.	Aportes pagados al trabajador.	74
3.6.2.	La afiliación fraudulenta.	75
3.6.3.	Declaración de afiliación indebida o fraudulenta.	75
3.7.	Capitalización de los créditos del IESS provenientes de la relación laboral.	76
3.8.	Los aportes personales.	77
3.9.	Pago parcial por excepción.	77
3.10.	Entidades financieras depositarias de entidades públicas.	78
3.11.	Contratistas de obras públicas.	79

3.12. Los certificados de cumplimiento de obligaciones.	80
4. La mora patronal.	81
4.1. La responsabilidad patronal.	85
5. La afiliación obligatoria universal como competencia del IESS.	88
5.1. La afiliación obligatoria para trabajadores no dependientes.	89
5.2. La afiliación voluntaria para ecuatorianos residentes en el exterior y becarios ecuatorianos residentes en el exterior.	90
5.3. Disposiciones comunes.	90
5.4. Consecuencias de la fusión de la afiliación universal y el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores.	91
5.5. La resolución N°464 es derogada.	94
5.6. La resolución N° 467.	94
6. Análisis comparativo con los sistemas de seguridad social de España.	95
6.1. Sistema de aseguramiento social español.	95
7. Tratados y convenios internacionales en seguridad social suscritos, ratificados y vigentes en el Estado ecuatoriano.	95
7.1. El Convenio Iberoamericano de seguridad social.	101
7.2. Tratados que mantiene el IESS con organizaciones supranacionales.	102
7.2.1. <i>Carta De Entendimiento Para El Desarrollo De Actividades De Asistencia Técnica Entre La Oficina Subregional De OIT Para Los Países Andinos y El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social (IESS).</i>	
7.2.2. <i>Carta De Entendimiento Entre La Oficina Subregional De OIT Para Los Países Andinos Y El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social (IESS). Para El Desarrollo De Actividades De Cooperación Técnica.</i>	
7.2.3. <i>Convenio De Cooperación Entre El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social -IESS- Y La Organización Iberoamericana De Seguridad Social “OISS” Para El Desarrollo De La Capacitación Y El Intercambio De Experiencias.</i>	
7.2.4. <i>Carta De Entendimiento Para El Desarrollo De Actividades De Asistencia Técnica Entre La Organización Panamericana De La Salud (OPS/OMS) Y El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social (IESS).</i>	

7.2.5. <i>Convenio Específico Entre El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social Y La Organización Panamericana De La Salud/ Organización Mundial De La Salud Para El Proyecto “Gestión Integral De Medicamentos E Insumos En El Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social”.</i>	
7.3. Convenios que se han suscrito con otros países.	106
7.3.1. <i>Convenio con la República de Chile.</i>	
7.3.2. <i>Acuerdo de aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social suscrito entre la República del Ecuador y la República Oriental del Uruguay.</i>	
7.3.3. <i>Convenio de seguridad social entre España y Ecuador.</i>	

Capítulo Segundo.

8. El delito laboral.	111
8.1. Antecedentes.	111
8.2. Hechos.	114
9. “La pregunta 10” de la Consulta Popular.	118
10. La ley penal.	116
10.1. Infracciones: delitos y contravenciones.	132
10.2. Mecanismo jurídico-procesal para tratar este nuevo delito.	133
11. La necesidad para la penalización de la no afiliación al Seguro Universal Obligatorio.	141
11.1. El bien jurídico protegido.	142
11.1.1. Orientación funcional del bien jurídico protegido.	146
11.2. El tipo de delito: delito de peligro concreto.	148
11.3. La tipificación penal.	155
11.4. La no afiliación al Sistema de Seguridad Social no es un delito económico.	160
12. Desigualdad en la relación laboral.	167
12.1. Disparidad de la tipificación propuesta por el Estado.	175
13. El nuevo delito penal de no afiliación a la seguridad social.	179
13.1. El delito de retención indebida de los aportes.	185
13.1.1. Imputados y penas.	188
13.1.2. Sujetos que cometen el delito.	192

13.1.2.1. Sujeto pasivo.	193
13.1.3. Consumación del delito.	193
14. La Responsabilidad no contemplada.	194
14.1. La Asistencia en la infracción.	197
14.2. El contador, cómplice y encubridor de los delitos en contra de la seguridad social.	198
14.3. El trabajador o trabajadora, beneficiario de un derecho manipulable.	205

Capítulo Tercero.

15. La tipificación definitiva; una mera contravención.	216
---	-----

Capítulo Cuarto.

16. Propuesta penal adecuada.	225
16.1. Propuesta de un articulado penal adecuado para un Sistema de Seguridad Social de naturaleza estatal.	225
16.2. Explicación del articulado penal propuesto.	235
16.2.1. Creación de los Delitos contra la Seguridad Social de los trabajadores.	235
16.2.2. Sanción para la persona responsable por la no afiliación.	236
16.2.3. Privación de la libertad y multa.	237
16.2.4. Responsabilidad del trabajador.	241
16.2.4.1. Causales para la imputabilidad de la responsabilidad del trabajador.	242
16.2.4.2. Responsabilidad de la persona jurídica.	244
16.2.5. Retención indebida de aportaciones.	245

Capítulo Quinto.

17. Conclusión.	248
-----------------	-----

Declaración de aceptación de norma ética y derechos

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios.

Erik Omar Ledesma Palacios.

DEDICATORIA.

Introducción.

La ciencia jurídica laboral, el aseguramiento social y la ciencia jurídica penal, coexistirán, y de forma innecesaria inclusive, relacionados en mayor grado a través de un expansionismo penal en la relación laboral y la seguridad social ecuatoriana. Esta situación atípica dentro de la relación laboral y la seguridad social se debe a que tras la pasada consulta popular realizada el 11 de mayo de 2011, el pueblo ecuatoriano decidió avalar la tipificación como delito penal a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de uno o más trabajadores por parte del empleador, creándose así la figura del “patrono – delincuente”.

Sin embargo, condenar al empleador como el único responsable de este fraude a la seguridad social ecuatoriana resulta parcializado ante una realidad económica y de conveniencias, en una relación laboral en la cual ya se le han otorgado al trabajador garantías legales tales como el “*indubio pro-operario*”, y en cierto modo, el juramento deferido. El trabajador tiene igual o más responsabilidad que el empleador en el cometimiento de este perjuicio al Estado.

La relación laboral se ha vuelto totalmente inequitativa y debemos devolverla a un punto equidistante en cuanto a derechos y obligaciones de las partes entre sí y por sobre todas las consideraciones, para con el Estado.

Esta tesis pretende dos objetivos:

Develar la innecesaria tipificación penal como delito para la no afiliación de los trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte del empleador, exonerando al trabajador de su responsabilidad en la comisión de este perjuicio al Estado.

Analizar la razón por la cual el Estado Ecuatoriano ha decidido penalizar la no afiliación de un trabajador a la seguridad social, cuando es suficiente y eficaz el

ejercicio de la facultad administrativa de cobro coactivo del propio Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, comprendiendo a su vez, el verdadero alcance que esta medida generará en las partes, los juzgados, los procesos, en las sentencias y en todo el conjunto del aparato legal ecuatoriano, a parte de la relación laboral en que se podría llegar a perjudicar a los demás trabajadores inclusive.

Se expone la inequidad e inconvenientes jurídicos que ocasiona una norma mal estudiada en sus inicios y peor propuesta en sus consecuencias.

Las áreas de las ciencias jurídicas se encuentran en constante interrelación aunque no siempre en un grado manifiesto, pero en este caso particular, el legislador “reta” al abogado especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social a que amplíe su conocimiento y adquiera los del Derecho Penal; no se pretende decir que un abogado que atienda litigios laborales y de seguridad social no deba conocer acerca del Derecho Penal, esto sería una grave falta de respeto al profesional que conoce todas las ramas de la Ciencia Jurídica. Lo que se desea plantear es la necesidad de que el abogado especialista en estas materias, adquiera no solo el conocimiento sino hasta el dominio inclusive de un nuevo conocimiento, todo ello con el fin de asesorar en forma directa y eficaz a su cliente.

Para el estudiante de las Ciencias Jurídicas, es importante el recoger un análisis de la realidad socio-jurídica del país en el que aspira ofertar sus servicios profesionales, por tal razón es el deber de la Facultad de Jurisprudencia, del alma mater, exigir el estudio vanguardista y analítico de las normas que pretenden cambiar la estructura legal y administrativa de un país.

Tras lo expuesto se considera que la importancia de esta tesis es encomendar a que el nuevo asesor jurídico en materia laboral deba conocer y dominar el Derecho Laboral, la Seguridad Social, el Derecho Societario, el Derecho Administrativo, y ahora, el Derecho Penal.

A través del presente estudio, se pretende analizar la conveniencia y las implicaciones que tendrá la aplicación de esta ley.

La consulta popular es una facultad constitucional, si no la más justa pues la más democrática, ya que se pregunta al pueblo directamente acerca de un tema o varios de ellos que traten de cuestiones de vital importancia para el Estado. Sin embargo, esto nos trae consigo ciertos inconvenientes y es que si el pueblo sabe lo que desea, tal vez no conoce con la seguridad suficiente si lo que le consultan será provechoso a sus intereses.

Tras este breve preámbulo, y en forma lamentable, debemos decir que ya no corresponde el estudiar la conveniencia de la tipificación de una ley, esta ya se encuentra aprobada, lo que nos corresponde es analizar las implicaciones que su entrada en vigencia tendrá en la sociedad Ecuatoriana, así como su incidencia en las relaciones laborales y de seguridad social. De igual modo debemos analizar la forma en que la justicia penal se verá afectada en la cantidad incierta y variable de causas que se espera que sus juzgados conozcan.

La sustitución de la facultad administrativa que posee el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como el único ente competente para conocer el caso de la mora patronal, la cual consiste en cobrar directamente al empleador y con un recargo adicional la no afiliación del trabajador y que en el caso de que el “glosado” rehúya su obligación y con ello la resolución de la administración, esta puede hacer respetar su decisión mediante juicios coactivos, es a criterio del Gobierno actual considerada en cierta manera ineficaz. Ante esta realidad y la necesidad de afiliar a la seguridad social a los trabajadores, se fragua la razón del por qué no solo castigar al pecunio del empleador sino que ahora se pretenda castigar su corporeidad con la privación de la libertad y añadirle a ello una multa pecuniaria, sin perjuicio de las demás responsabilidades que las leyes le atribuyan.

Es la intención del Estado el declarar de forma legal previa, la inocencia absoluta del trabajador ante el delito de no afiliación al seguro social, pero ¿puede la ley disponer a quién se debe culpar y a quién exculpar en cuanto a un hecho futuro e incierto?

La relación laboral ecuatoriana en la actualidad se encuentra condicionada al hiper-garantismo que se ha decantado en forma absoluta y escandalosa del lado del trabajador. En el Ecuador, el empleador inicia un contrato de trabajo en forma condicionada y amenazado a cumplir una responsabilidad que aunque es compartida, se la quiere proponer cual única.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 34 claramente señala al derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas y otorga la responsabilidad de su tutela al Estado.

En base a este artículo, el Estado, a través de la consulta popular, puso en consideración y aprobación de los ecuatorianos y ecuatorianas la posibilidad de que sea la justicia penal la que conozca una no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del trabajador mediante la tipificación de esta ilegalidad como un delito.

La relación laboral ecuatoriana se basa en el vínculo jurídico que une a dos partes, las cuales se encuentran definidas como empleador y trabajador, mediante un conjunto de condiciones legales específicas determinadas por el propio Código del Trabajo. En este cuerpo se determinan todas las infracciones a la ley en las que las partes puedan incurrir; y de forma clara y detallada señala los procedimientos tanto administrativos ante la Inspectoría del Trabajo, así como los judiciales si son del caso, la urgencia e importancia legal.

La relación laboral es, como no podía ser de otra manera, sujeta a controversias, sean éstas de tipo económico, de trato laboral, de seguridad física o de salud como tal. Todas estas controversias se encuentran tipificadas y recogidas por el legislador, quien las tiene articuladas en los libros que componen el Código del Trabajo.

El derecho laboral tiene instancias judiciales y extrajudiciales para conocer las denuncias que se producen en el concierto de la relación laboral; tenemos así, a las Inspectorías del Trabajo y a los Juzgados de Trabajo, quienes son los órganos creados por Ley, capaces de conocer y dirimir en cuanto a los casos que tratan. Todo este aparato procesal se encuentra determinado y normado en el artículo 538 y siguientes dentro del *CAPÍTULO I, DE LOS ORGANISMOS Y DE LAS AUTORIDADES, del TÍTULO VI, ORGANIZACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.*

Las Inspectorías Del Trabajo son una instancia administrativa prejudicial, voluntaria y no obligatoria con la facultad de conocer los problemas entre el trabajador y el empleador y cuyos fallos tienen el carácter de sentencia ejecutoriada.

El Código del Trabajo en su *CAPÍTULO II, DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, desde el artículo 565 y siguientes, detalla las regulaciones, competencias y atribuciones de los Juzgados del Trabajo, que son una instancia judicial obligatoria, con la capacidad de conocer y sentenciar las controversias que se inician con la denuncia laboral. Para el trámite de la denuncia se siguen los mismos procedimientos e instancias que en un juicio civil, es decir, que se tiene la posibilidad de realizar una apelación a la sentencia, llevarla ante la sala superior en la Corte Provincial, y en esta instancia se permite interponer un recurso de casación que la lleve al conocimiento de la Corte Nacional De Justicia, incluyéndose la posibilidad de que sea conocida por la Corte Constitucional, si es el caso.

De igual forma, en el Código del Trabajo en su *CAPÍTULO II, DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*, en su artículo 567, se presentan Los Tribunales de Conciliación y Arbitraje y la capacidad de éstos para resolver los conflictos colectivos en primera y segunda instancia definitiva.

El Derecho Laboral, como tantas otras ramas de la ciencia del Derecho, es sujeto de mediación y arbitraje civiles, y distinto a la administración central y sus dependencias,

lo cual nos ahorra tiempo y costos en cuanto a una solución amigable y que deje satisfechas a las partes. Sin embargo, cabe realizar la invitación para observar cómo la existencia de las propias Inspectorías del Trabajo, en sí un esfuerzo del Derecho Laboral ecuatoriano por crear una instancia administrativa que bien puede ser llamada de mediación, propone el lograr una solución que dé por zanjado el conflicto suscitado y que evite a su vez la “litis” en un Juzgado de lo Laboral.

Por último, en el caso del Derecho Laboral, se debe comprender que es tanta la importancia de que se dé por solucionada la “litis”, producto de una degenerada o viciada relación laboral, que se ha propuesto un proceso distinto al de los juicios ordinario, ejecutivo y abreviado, creándose así para el proceso laboral un procedimiento nuevo y eficaz, más ágil que los antes mencionados: el “procedimiento oral especial”, único capaz de conocer la litis laboral en la cual se trata con dos de los bienes más preciados que tiene el ser humano y que no son otros que: su tiempo y su esfuerzo,

La seguridad social, por otro lado y pese a la existencia y normativas del Derecho Laboral, tiene su propia legislación y su reglamento, ya que pese a tratar entre sus competencias a la afiliación de trabajadores del sector privado, no se limita únicamente a esta función.

El Reglamento General de Responsabilidad Patronal establece la responsabilidad del empleador en la mora patronal, determinando a su vez los recargos que se aplicarán a razón de multa para las aportaciones no realizadas por el empleador, en el caso de que siendo necesaria la prestación del servicio de aseguramiento el IESS no pudiese llevarla a cabo, siendo perjudicado el jubilado, la madre que necesitare asistencia, el trabajador víctima de accidente laboral, el trabajador o sus dependientes que requieran asistencia social.

La Ley de Seguridad Social, establece en su artículo 1 los principios que regulan la seguridad social, de entre éstos se tratará del Principio de Solidaridad, el cual expone

claramente que la solidaridad es la “ayuda entre todas las personas aseguradas... Con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio”.

De igual manera, la Ley de Seguridad Social en su artículo 4, señala trece fuentes de financiamiento de recursos para las prestaciones del Seguro General Obligatorio. De entre ellas hay que notar lo que establecen los literales “a)”, “b)”, “c)”:

- a) La aportación individual obligatoria de los afiliados, para cada seguro;
- b) La aportación patronal obligatoria de los empleadores, privados y públicos, para cada seguro, cuando los afiliados sean trabajadores sujetos al Código del Trabajo;
- c) La aportación patronal obligatoria de los empleadores públicos, para cada seguro cuando los afiliados sean servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Finalmente en el ámbito de la seguridad social nos enmarcamos dentro de las disposiciones de mora patronal establecidas en el artículo 72 y siguiente, en el Capítulo Ocho, de la Recaudación y Mora Patronal, y en la Ley de Seguridad Social.

El tercer campo de acción en el cual se desarrolla esta tesis es la más amplia y basta dentro de las ciencias jurídicas y no es otra que la Ciencia Jurídico Penal.

Basándose en la teoría del hipergarantismo penal, se pretende demostrar que al trabajador se le estaría concediendo una excesiva permisibilidad de omisión de sus responsabilidades en cuanto a su afiliación personal al IESS. Esto a razón de que sería el empleador el único responsable de realizar los pagos a nombre propio y a nombre del trabajador, aún cuando de este último es facultativo del empleador si le descuenta y aporta del rol de pagos mensual o le permite al trabajador realizar su propio aporte personal.

Utilizando la teoría del expansionismo penal, se entenderá el motivo por el cual el Derecho Penal abarca cada vez más, y a mayor escala, competencias que le son propias a otras ramas jurídicas. Pretendiendo desentrañar así la idea que ha tenido el ejecutivo de incluir (en forma innecesaria) infracciones laborales y de seguridad social que tienen delimitadas sus normas propias de sanción y corrección.

Analizando las teorías del delito nos referiremos a las condiciones de actor, cómplice, infractor, encubridor, autor material, autor intelectual, etc., que no están contempladas en la reglamentación del delito de no afiliación a la seguridad social y que se encuentran contempladas en el *TÍTULO II, TÍTULO III y TÍTULO IV del Código Penal Ecuatoriano*.

Para terminar nos enfocaremos en la reforma judicial que se propone, con la puesta en vigencia del *PROYECTO DE CÓDIGO INTEGRAL PENAL* en su sección quinta, Infracciones contra el Trabajador.

CAPÍTULO PRIMERO

SEGURIDAD SOCIAL

1. La Seguridad Social.

El deber primordial del Estado y el de toda forma de gobierno es velar por la integridad de sus habitantes en la enfermedad, maternidad, riesgos derivados de la realización de actividades laborales, invalidez, fondo de cesantía y, la más importante, la vejez; de esto tenemos que la seguridad social es equivalente a bienestar.

1.1. Historia.

La seguridad social nace en el siglo IXX, como no puede ser de otra manera, en un Imperio colonialista europeo, el imperio Prusiano. Nos referimos a la obviedad de su natalicio por cuanto el clima propicio para que pueda ser concebida una idea de protección social conjunta debe contener los siguientes elementos:

1. Forma de Gobierno.

Es importante que exista una clase gobernante preparada y capaz de realizar innovaciones en los cánones convencionales de gobierno.

Esta clase de gobierno considera a la sociedad como un conjunto de aspiraciones y problemas influyentes en la vida y objetivos del Estado. Un problema conjunto deriva en la falla del Estado y su eventual disolución; la solución y la previsión a estos problemas hace que un Estado sea capaz de solucionar con celeridad y en forma inmediata pequeños problemas que pudiesen convertirse en problemas graves o mayores.

Consecuentemente a esta primera idea, se debe resaltar la condición indispensable de que exista un Gobierno altruista con un alto nivel intelectual que facilite la idea de prestar ayuda a sus habitantes incapaces de contribuir de manera activa y eficiente al enriquecimiento del Estado. Debemos considerar que esta idea se la realiza en virtud del aporte económico a la sociedad, de ninguna manera se propone

que las personas con alguna discapacidad o que por su vejez no sean capaces de aportaciones brillantes en temas como la cultura, el pensamiento, las artes, la educación, el servicio social, y demás actividades en las cuales el cerebro y la inteligencia son el principal motor de riqueza para una sociedad.

Actualmente se intenta aplicar estos pensamientos de gobierno público en la empresa privada bajo las denominaciones de “consciencia social” y “responsabilidad social”.

2. Número adecuado de habitantes.

El número de habitantes de una sociedad tiene influye directamente sobre la responsabilidad social que tiene un gobierno con la constancia de la existencia de problemas que pueda manejar y solventar; en este campo se debe partir desde formas de gobierno tan simples y básicas como la gens o la horda hasta formas de gobierno más complejas y sectarias como el Imperio Romano o la III Reich nazi.

Cuando existe un número de personas relativamente pequeño o, mejor propuesto, un número posible y susceptible de control, en el cual el Gobernante está en la capacidad de realizar medidas pertinentes y encaminadas a la solución y prevención de problemas sociales mediante la ley y el poder que ostenta.

Cuando el número de habitantes es considerablemente basto, el gobernante puede optar por dos escenarios posibles:

- a) Proseguir con una forma de gobierno en la cual los intereses individuales sean privilegiados por encima de los intereses sociales de sus habitantes.
- b) Crear las medidas legales y la normativa consecuente para desarrollar una idea de protección social.

En el primer literal se puede encontrar, remontándose a tiempos y etapas históricas, modos de producción como el feudalismo, el imperialismo y el colonialismo, interesados, principalmente, en el desarrollo tecnológico o enriquecimiento de las clases sociales dominantes por sobre el beneficio de la sociedad en todas sus clases sociales. Tan manifiesto era el interés por el prójimo que incluso se mantuvo en vigencia el esclavismo hasta ya adentrado el siglo XX.

En el literal segundo se enmarcan formas de gobierno mucho más desarrolladas tanto intelectual y moralmente como en forma legal. Decimos moralmente ya que se preocupan por el bienestar de las personas que, como ya citábamos, se encuentran en situaciones de necesidad por discapacidad, enfermedad o vejez. Podemos citar en este modelo a la mayoría de los países del mundo actual que tienen un Sistema de Seguridad Social, entre ellos nuestro país.

3. Recursos.

Es vital la existencia de recursos naturales que a través de la generación de puestos de trabajo se transformen en recursos económicos que permitan al Estado el reinvertir en la sociedad y en un aseguramiento efectivo que supla las necesidades pecuniarias de los administrados cuando sea necesario.

Estos tres elementos no serían nada sin la voluntad que el administrador posea en cuidar de sus conciudadanos.

Ahora bien, una vez expuestos los elementos considerados trascendentales para la existencia de un aseguramiento social, y a su vez, explicando la razón del surgimiento de esta ideología en Prusia, se puede presentar de manera adecuada sus orígenes y las innovaciones que se dieron en la materia, conforme a las regulaciones y normativas de los países que continuaron con esta política.

1.2. Ley del seguro de enfermedad.

Retomamos a la Seguridad Social como la política social que nace en 1883 en lo que hoy es la República Federal de Alemania, cuando el gobierno presidido por el Canciller Otto Von Bismarck vio la pertinencia y la necesidad de promulgar un cuerpo legal que protegiese a los ciudadanos en caso de enfermedad o necesidad de asistencia.

El origen de la seguridad social en Alemania, al igual que en el resto de países en los que se desarrolló, radica en el abuso de poder que cometían los empleadores en contra de sus trabajadores; era del caso que si el trabajador se encontraba convaleciente o sufría algún accidente laboral, debía solventar con su escueto salario los gastos en los que incurriera. Esta situación adversa forzaba a que tanto hombres y mujeres e inclusive sus hijos fueran puestos a laborar en forma temprana con lo que se desnaturalizaba la función de la familia.

La solución ante esta realidad no era de simple ejecución por la confrontación de ideologías sociales y posturas jurídicas entre el socialismo y el liberalismo que en materia de control gubernamental existen. Dicha solución se evidenció en la postura del Canciller de ser un Estado que se preocupe por sus trabajadores, en lugar de ser una potencia interesada únicamente en aprovechar la revolución industrial y consolidar una posición económica en Europa y en la carrera colonial emprendida contra Inglaterra, Francia y Holanda. El convencer a los liberales de que no se trataba de un proyecto intervencionista y a los socialistas de no exigir la implementación de leyes de gratuidad, consigue una propuesta que recogía las expectativas de la clase trabajadora.

Tal como lo proclamó Von Bismark: "...la superación de los males sociales no puede encontrarse exclusivamente por el camino de reprimir los excesos socialdemócratas, sino mediante la búsqueda de fórmulas moderadas que permitan una mejora del bienestar de los trabajadores".

En ese entonces, Alemania promulgó tres leyes en materia de seguridad social, las cuales sirvieron como la atalaya desde donde se propició el cambio en la visión de responsabilidad social del Estado para con sus trabajadores y sus familias. Estas leyes fueron las siguientes:

1. Ley del Seguro de Enfermedades.¹
2. Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo de los Obreros y Empleados de Empresas Industriales.²
3. Ley del Seguro de Invalidez y vejez.³

Alemania con ello cimentó los principios que regirían la materia de seguridad social y los cánones en los cuales debía realizarse el ahorro paulatino y programado de los trabajadores, instaurando así las necesidades sociales que requieren de previsión.

1.3. Leyes sociales que se sucedieron en Europa.

Tras el éxito alcanzado con las medidas de previsión social en Alemania y la consecuente y paulatina desaparición de las protestas obreras y las atrocidades represivas que se suscitaban, los países del viejo continente implementaron legislaciones similares a las teutonas.

La expansión de la seguridad social ocurrió así:

Austria (1887 - 1888).

- Leyes sobre seguro de accidentes de trabajo y sobre seguro de enfermedad;

Hungría (1891).

- Leyes sobre seguro de accidentes de trabajo; y,
- Seguro de enfermedad

Dinamarca.

- Seguro de vejez en 1891;

¹ 13 de Julio de 1883.

² 6 de Julio de 1884,

³ 1889.

- Seguro de enfermedades y maternidad en 1892; y,
- Seguro de riesgos de trabajo en 1898.

Suecia.

- Seguro de enfermedades y maternidad en 1891;
- El Seguro de riesgos de trabajo en 1901; y,
- Seguro de invalidez -vejez- muerte en 1913.

Noruega.

- Legislación de protección contra riesgos de trabajo en 1895; y,
- Legislación de seguro de enfermedad-maternidad en 1909.

Nueva Zelanda.

- Seguro de vejez en 1878;
- Seguro de riesgos de trabajo en 1902 y 1918; y,
- Seguro de invalidez y vejez en 1908,

Finalmente se constituyeron sistemas de seguridad social jurídicamente homologados y pormenorizados en países como:

- Holanda (1901-1913);
- Irlanda (1897, 1908-1911);
- Italia (1898,1912,1919);
- Luxemburgo (1901-1902 y 1911).

De este modo se desarrolló la implementación de la previsión social en los países del viejo continente con lo cual se veía previsible e inminente el arribo de estas ideas al continente americano.

1.4. Informe Beveridge (1942).

En 1942, sir William Beveridge es consultado por el Gobierno Británico, conminándolo a realizar un informe acerca de la seguridad social en el Reino Unido, en el cual también

realice recomendaciones encaminadas a establecer un nuevo Sistema de Seguridad Social de postguerra.

Los “informes Beveridge” eran un estudio de los diversos y dispersos sistemas de aseguramiento social que se mantenían en vigencia en Inglaterra.

En su informe, Sir William sugirió realizar una serie de cambios radicales en cuanto a la política inglesa de seguridad social, él pretendía que el sistema sea autofinanciado y atractivo para los asegurados.

En realidad se elaboraron dos informes:

- 1) El primero bajo el nombre de "*Social Insurance and Allied Services Report*", conocido como "*Informe Beveridge*";
- 2) Y un segundo, realizado en 1944, bajo el título de "*Full Employment in a Free society*".

La idea pretendía que todos harían contribuciones de tasa fija a un esquema nacional de seguridad:

- Quienes se enfermasen;
- Quienes quedasen desempleados; y,
- Quienes llegasen a la edad de jubilación.

En sus informes, Sir William consideraba ciertas conductas que el Estado debería tener en una política de aseguramiento social, que según su criterio, le permitirían hacer de este un sistema atractivo para los asegurados y exitoso en el tiempo:

- Los beneficios deberían fijarse a nivel de subsistencia, lo que incentivaría el ahorro y los seguros voluntarios;
- Recomendó que el beneficio de desempleo fuera temporal y de plazo breve, y que los desempleados participaran en actividades de entrenamiento;

- Y rechazó un beneficio de vivienda basado en el costo del alquiler, recomendando una tarifa fija.

Sin embargo, debemos comprender el pensamiento que Sir William Beveridge deseaba compartir en sus informes, es así que *“Él quería que la gente fuera autosuficiente. Admiraba las sociedades de ayuda mutua y no quería debilitarlas o eliminarlas.”* (James Bartholomew , *The welfare state we’re in*, 2004, Pag. 54-59).

Pensaba que los beneficios no debían ser tan altos que promovieran el rechazo de empleos con bajo salario, buscando con la proporcionalidad estandarizada el mantener el ciclo laboral y de oficios de una sociedad, ya que se podrían dejar de lado oficios como los de recolección de basura u otros de poco lustre, los cuales en realidad nadie está dispuesto a realizar si no ante manifiesta necesidad.

“Conocía los riesgos de los beneficios, pero pensaba que la pobreza desaparecería si todo el mundo era obligado a asegurarse contra los riesgos de la vida” (James Bartholomew, *The welfare state we’re in*, 2004, Pag. 54-59).

1.5. El aseguramiento social en las Américas.

Siendo los Estados Unidos de América uno de los países considerados cual potencia o del primer mundo, en el cual su Sistema de Seguridad Social es fuerte y desarrollado, estudiaremos los inicios del “social security”.

Se presentan dos casos cuya relevancia es significativa, siendo éstos el del “*Social Security Act*” y el del “*Social Insurance And Allied Services Report*”.

1.5.1. Social Security Act (1935).

El *Social Security Act* establece un sistema de atención y asistencia, pensión de vejez, pensión por causa de muerte, asistencias financieras y de accidentes laborales, asistencia por maternidad, entre otras, a manera de “considerando” al inicio:

“AN ACT to provide for the general welfare by establishing a system of Federal old-age benefits, and by enabling the several States to make more adequate provision for aged persons, blind persons, dependent and crippled children, maternal and child welfare, public health, and the administration of their unemployment compensation laws; to establish a Social Security Board; to raise revenue; and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled.” (Social Security Act:1).

“Una Ley para proveer el bienestar general mediante el establecimiento de un sistema federal de prestaciones de vejez, y habilitando a que los diversos Estados adopten disposiciones adecuadas en relación a las personas mayores, personas ciegas, hijos a cargo y lisiados, maternidad y el bienestar infantil, la salud pública y la administración de sus leyes de compensación por desempleo, para establecer una Junta de Seguridad Social, aumentar los ingresos, y para otros fines.

Que sea promulgado por el Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso.” (Ley de Seguridad Social: 1).

En el “ACT” se proponen coberturas que en forma distinta a nuestro sistema, deben responder a gobiernos autónomos confederados, es decir que cada uno de estos Estados debe tener la potestad de regular la seguridad social de acuerdo a sus realidades y legislaciones locales, pese a que este “ACT” es originado en el poder federal de los Estados Unidos de América.

Esta es la razón por la cual en cada uno de los títulos de este “ACT” se determinan las formas en las cuales las competencias del aseguramiento y cobranzas son transferidas localmente para una adecuada y organizada administración del servicio.

Los servicios que se promulgan para los asegurados son de vejez, invalidez, ceguera, maternidad, desempleo, contenidos en los siguientes títulos a continuación enumerados:

- TITLE I - GRANTS TO STATES FOR OLD-AGE ASSISTANCE APPROPRIATION;
- TITLE II - FEDERAL OLD-AGE BENEFITS OLD-AGE RESERVE ACCOUNT;
- TITLE III - GRANTS TO STATES FOR UNEMPLOYMENT COMPENSATION ADMINISTRATION APPROPRIATION;
- TITLE IV - GRANTS TO STATES FOR AID TO DEPENDENT CHILDREN APPROPRIATION;
- TITLE V - GRANTS TO STATES FOR MATERNAL AND CHILD WELFARE;
- TITLE VI - PUBLIC HEALTH WORK APPROPRIATION;
- TITLE VII - SOCIAL SECURITY BOARD ESTABLISHMENT;
- TITLE VIII - TAXES WITH RESPECT TO EMPLOYMENT;
- TITLE IX - TAX ON EMPLOYERS OF EIGHT OR MORE IMPOSITION OF TAX;
- TITLE X - GRANTS TO STATES FOR AID TO THE BLIND APPROPRIATION STATE PLANS FOR AID TO THE BLIND;
- TITLE XI - GENERAL PROVISIONS.

En cada capítulo se norman la forma y el método en el cual se realizarán las prestaciones para cada una de las necesidades sociales aquí contempladas. Finalmente se determina que esta ley será conocida con el título de “*Social Security Act*”.

1.6. La seguridad social en la actualidad.

En nuestros días, la seguridad social es conocida a la par como seguro social o previsión social.

Mediante la implementación de sistemas de aseguramiento social, un Estado moderno demuestra su interés por colmar las expectativas de satisfacción de sus habitantes en las

coberturas de necesidades sociales, tanto en una necesidad parcial o en caso de necesidad urgente o emergencia.

En este sentido la organización internacional del trabajo (OIT) ha definido a la seguridad social como:

“La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.” (OIT:1991).

Lo que se quiere precautelar es el bienestar de los administrados contra privaciones ya bien de orden económico, ya bien de orden social, que mermen la capacidad adquisitiva del individuo que es tan necesaria en nuestras sociedades.

De igual manera quien no es beneficiario de un seguro social encuentra inconvenientes de orden económico al momento de practicarse una intervención quirúrgica y su posterior rehabilitación, debido a los elevados costos que dichos servicios demandan. Por esta razón los países más industrializados y del primer mundo, así como los países con un sistema socialista escandinavo, mantienen en vigencia completos y complejos sistemas de seguridad social en beneficio no solo de sus ciudadanos sino de sus habitantes.

Actualmente existen órganos supranacionales que regulan a la seguridad social, tal es el caso de la Unión Europea y el acuerdo *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*; este convenio aún no ha sido ratificado por varios países entre los que se encuentra la República del Ecuador.

2. La seguridad social en la República del Ecuador.

En Ecuador existe un sistema de aseguramiento social normado por la Ley de Seguridad Social y regulada por el reglamento general de afiliación patronal. De igual forma nuestra legislación distingue entre las necesidades y realidades sociales y productivas, por lo cual se creó el Seguro Social Campesino.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, también conocido como “*caja del seguro*” por las personas de mayor edad o simplemente como IESS por su abreviación, es la Institución encargada de administrar los fondos que reciben por los afiliados y de hacer que éstos se incrementen mediante inversiones u otras afines para que puedan ser concedidos los fondos para pensiones jubilares, hospitalización, maternidad, accidentes laborales, y demás que se estudiarán en este título.

La seguridad social en Ecuador es también la consecuencia de esfuerzos por regular la estabilidad social de los trabajadores y como tal ha variado desde sus inicios hasta convertirse en el mencionado IESS.

2.1. Antecedentes de la seguridad social en Ecuador.

La seguridad social en Ecuador posee tres fuentes legales de las cuales se nutre y origina a la par, siendo estas leyes tempranas en el siglo XX, 1905, 1915 y 1923. Estas leyes pretendían asegurar a los empleados públicos, telegrafistas y trabajadores judiciales.

Tal como se comprende, estas leyes pretendían asegurar en forma única a los dependientes del Estado mas no a los trabajadores privados en general, por lo que podríamos considerar a estas medidas no como las de una administración comprometida con los administrados sino como las de una que cuida sus intereses y posibles responsabilidades directas como “empleador”.

1928.- Sin embargo, este concepto se abandona y se propone uno que realmente avocaba conocimiento de causa de las realidades sociales y de las necesidades que tenían los ciudadanos y, tal como se propuso al inicio de este capítulo, la influencia Europea en materia social influyó en la necesidad no solo de asegurar a los trabajadores por el bien colectivo sino de asegurarse el Estado al prevenir revueltas laborales y gremiales que únicamente podían ser acalladas por la fuerza tal y como era la costumbre en estos casos. Es así que mediante decreto N°18 publicado en el Registro Oficial N°59 del 13 de marzo de 1928 en la presidencia del doctor Isidro Ayora se crea la Ley de Caja de Pensiones, en la cual se establece una Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militar, Ahorro y Cooperativa bajo el título de Caja de Pensiones.

El doctor Ayora no solo que fragua los cimientos de la Seguridad Social en Ecuador, también tiene la visión suficiente para identificar la necesidad de diferenciar a los patrimonios de la naciente “Caja” de los patrimonios de las arcas fiscales. Esta medida evidente perseguía entregar a los afiliados una entidad que tenga la posibilidad de manejarse de manera independiente de los gastos y obligaciones que contrajera el Estado, así los dineros que guardaba no participarían ni serían susceptibles de control o apropiación por parte del poder central.

En sus inicios estos beneficios estaban destinados a los empleados públicos y a los soldados tanto oficiales como personal de tropa. Servicios que se extenderían a los empleados de las instituciones del sistema financiero del país.

1935.- Se dicta la Ley del Seguro Social Obligatorio en la cual se crea el Instituto Nacional de Previsión con la afiliación voluntaria así como el Patronato del Indio y del Montubio.

1936.- Comienzan a funcionar los Servicios Médicos del Seguro Social.

1937.- La Ley del Seguro Social Obligatorio sufre una reforma y se incluyen en ella el seguro de enfermedad.

1942.- Ley del Seguro Social Obligatorio.

1944.- Promulgados los Estatutos de la Caja del Seguro.

1949.- El Instituto Nacional de Previsión concede autonomía al Departamento Médico pero debería responder al Consejo de Administración como corresponde según los principios de administración.

1958.- Se realizan reformas a la Ley del Seguro Social Obligatorio encaminadas a regular la distribución de prestaciones en concordancia con los ingresos obtenidos por la Institución.

1963.- Se fusionó la Caja de Pensiones con la Caja del Seguro creándose así la Caja Nacional del Seguro Social o “Caja del Seguro”.

La Caja Nacional del Seguro Social y el Departamento Médico se encontraban subordinados al Instituto Nacional de Previsión.

1964.- Se crean:

- Seguro de Riesgos del Trabajo;
- Seguro Artesanal;
- Seguro de Profesionales; y,
- Seguro de Trabajadores Domésticos.

1966.- Se crea el Seguro del Clero Secular.

1968.- Se crea el Código de Seguridad Social. Este cuerpo legal recogía los principios de:

- Solidaridad;
- Universalidad; y,
- Obligatoriedad.

Código que tuvo corta vigencia.

1968.- El gobierno nacional en forma conjunta con la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, ponen en marcha el plan piloto del Seguro Social Campesino.

1970.- Se suprimió el Instituto Nacional de Previsión por el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social.⁴

1981.- Por Decreto Legislativo se dictó la Ley de extensión del Seguro Social Campesino.

1986.- Se establecieron:

- a) Seguro Obligatorio del Trabajador Agrícola;
- b) Seguro Voluntario; y,
- c) Fondo de Seguridad Social Marginal.⁵

1987.- El entonces Congreso Nacional⁶ normó la constitución del Consejo Superior, el cual sería conformado en forma tripartita y paritaria, en la cual estarían representados:

- 1. Ejecutivo;
- 2. Empleadores; y,
- 3. Asegurados.

El mismo poder estableció la obligación de que en el Presupuesto General del Estado se incluya las partidas para el pago de las obligaciones del Estado.

⁴ En la dictadura militar de la década de los setenta, se sustituye a la Caja Nacional del Seguro Social por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Decreto Supremo N° 40 del 2 de julio de 1970, publicado en el Registro Oficial N° 15 del 10 de julio de 1970

⁵ Fondo creado para auxiliar a la población con ingresos inferiores al salario mínimo vital.

⁶ El Congreso Nacional fue reemplazado por la Asamblea Nacional.

1991.- Intento de Privatización. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en su informe especial recomienda:

1. La separación de los seguros de salud y de pensiones; y,
2. El manejo privado de los seguros de salud y de pensiones.

1995.- El Gobierno Ecuatoriano recoge el informe del BID pero ante la importancia de tamaña decisión y amparado en la Constitución decide realizar una Consulta Popular con el firme propósito de que sean los propios ecuatorianos los que decidan acerca de la administración de sus fondos de pensiones de salud, jubilares, cesantía, invalidez, etc.

El resultado de la consulta fue negativo para la participación del sector privado en el Seguro Social y de cualquier otra institución en la administración de sus recursos.

1998.- La Asamblea Nacional, integrada para reformar la Constitución Política de la República, normó la calidad del IESS como institución autónoma, responsable de la aplicación del Seguro General Obligatorio.

2001.- En el Registro Oficial N° 465 del 30 de noviembre de 2001 se publica La Ley de Seguridad Social. Esta Ley, en la cual se basará gran parte de esta investigación, contiene 308 artículos, 23 disposiciones transitorias, una disposición especial única y una disposición general.

2.2. El Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano.

El sistema ecuatoriano de seguridad social se cimenta dentro de nuestro marco constitucional como un derecho, y como tal es común a todos los ecuatorianos y ecuatorianas, por lo cual es a ellos la titularidad del derecho así como la exigibilidad del mismo por y ante la ley; y todos los convenios internacionales suscritos y ratificados por el gobierno ecuatoriano. De esta manera, en la sección octava⁷ se trata al derecho al trabajo y

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Título II.

a la seguridad social como derechos concurrentes y que primeramente son “*derechos irrenunciables*”.

La “*irrenunciabilidad*” de un derecho consiste en que el titular del mismo no podrá ni por fuerza, error o engaño dejar de ser protegido, amparado y gozar del pleno ejercicio de un derecho, aun cuando por voluntad solemne haya accedido a desconocer sus derechos; la Ley considera a disposiciones escritas que vulneran los derechos como no escritas y anulan en la mayoría de los casos a lo pactado en cuanto a la totalidad mas no a la particularidad.

Constitucionalmente la seguridad social se desarrolla en el denominado RÉGIMEN DEL BUEN VIVIR (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008), y se regula por medio de la LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, sus reglamentos de aplicación y las leyes conexas que revisten de jerarquía autónoma a este derecho.

Analicemos el artículo 367 de la Constitución que define de mejor y amplia forma a la seguridad social, pese a que en el artículo 34 de la carta magna se realiza un enunciado o introducción acerca de la seguridad social como derecho, el texto dice así:

Art.- 367. El Sistema de Seguridad Social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad.

Pues bien, en el Título VII de nuestra constitución⁸ se propone a la seguridad como un sistema, es decir un conjunto de adecuaciones legales y normativas que forman un organigrama institucional complejo y completo, el cual tiene lineamientos, responsabilidades y deberes para con la gestión que realiza, así mismo hace referencia a una jerarquía de poderes con competencias administrativas.

⁸ Régimen del buen vivir

A continuación se le otorga la calidad de público y universal impedido constitucionalmente de ser sujeto de privatización; es la intención del Estado el que los dineros de los asegurados así como la necesidad obligatoria de contratar un seguro, no sean objeto de comercio o de un mercantilismo despiadado que al igual que el sistema bancario ecuatoriano de finales del siglo XX considere como un simple negocio de captación de capitales e inversión a las necesidades de la gente, o que por otro lado ocurra lo que actualmente sucede en los Estados europeos como por ejemplo España, en la cual la necesidad vital de un hogar ha llegado a la cúspide del mercantilismo al considerar los desalojos como algo natural ante una mala política financiera de inversión, préstamo y rédito financiero que ha causado marchas anti-desalojos, personas encadenadas a sus viviendas para impedir el trabajo de alguaciles y oficinas de embargos, finalizando con algunos casos de suicidio que tristemente han sido de conocimiento general; todo esto ha ocasionado un grave problema jurídico y político para el actual gobierno español así como para el parlamento europeo, al tener que estudiar las acciones a seguir al encontrar una incompatibilidad manifiesta entre La Ley⁹, la razón y los Derechos Humanos.

En forma contraria a la postura anti-privatizadora del fondo de pensiones, cabe destacar que en varios países el aseguramiento social es electivo para el futuro asegurado entre el seguro público y las ofertas de seguridad privada, tal como es el caso del aseguramiento social en la República de Colombia.

La calidad de universal que se incluye en el texto legal, persigue la eliminación de cualquier tipo de segregación y exclusión que pudiera realizarse por motivos de sexo, género, ideología política, profesión, ocupación, en forma lógica la edad; la edad puede considerarse como una limitación en cuanto a la aportación personal y patronal de acuerdo a la edad mínima para realizar trabajos en forma legal.

El artículo claramente señala la finalidad de las aportaciones que realizarán los afiliados, que a la par son universales y obligatorias; la razón es muy clara, como se ha explicado al inicio de este capítulo, la seguridad social es un esfuerzo conjunto de la sociedad por

⁹ La ley española en su código civil, Constitución Española.

preocuparse de sí misma y es por ello que deben estar involucrados todos los administrados ya sea que deseen colaborar con sus congéneres o que en su defecto sea el propio Estado quien les “incentive” en forma legal cuando no sientan ese espíritu de solidaridad tan propio de los seres humanos pero apenas difundido en una sociedad individualista.

El siguiente artículo de la Constitución, el 368, textualmente dice:

Art. 368. El Sistema de Seguridad Social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará, y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.

Lo que se quiere establecer es la composición de la seguridad social, los elementos que a su control y competencia le permitirán hacerse cargo del presente y futuro de los afiliados.

De igual manera se postulan los criterios en los que se sustentará la seguridad social:

1. Sostenibilidad;
2. Eficiencia;
3. Celeridad; y,
4. Transparencia.

Se incluye en este artículo la función que realiza el Estado en cuanto al aseguramiento social. El Gobierno Nacional está conminado a crear la legislación necesaria y adecuada en pos de conseguir un Sistema de Seguridad Social que cumpla con los principios sobre los cuales se edifica, la celeridad en sus actos y resoluciones, la eficiencia en la administración, sostenibilidad en sus proyectos e inversiones comprobada una disponibilidad de recursos para sus afiliados y finalmente una transparencia que permita a los afiliados y demás órganos del Estado comprobar la correcta y adecuada gestión en las Instituciones encargadas del aseguramiento de las ecuatorianas y de los ecuatorianos.

El artículo 369 es mucho más amplio en cuanto a las funciones del seguro universal obligatorio.

Art. 369. El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos del trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la Ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud.

En primer lugar la Constitución determina cuáles serán las dolencias sociales ante las cuales debe protegerse y permite que sea la Ley, en cualquiera de las ramificaciones de la ciencia del Derecho, la que postule nuevas y futuras contingencias sociales.

A manera seguida y textualmente explícita, el artículo dispone que las contingencias de enfermedad y maternidad, en cuanto a la salud, serán responsabilidad de la red pública integral de salud.

El segundo párrafo del artículo reza lo siguiente:

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.

El Gobierno Nacional elegido debe garantizar que el aseguramiento social, que en un principio fue dispuesto para funcionarios públicos, judiciales y militares como se observó previamente, se expanda hacia la población en general, evolucionando y aplicando en justa medida el concepto de “universal” del cual tanto uso se ha hecho en el articulado constitucional.

La expansión que en materia de aseguramiento social se produce con la aplicación de esta disposición constitucional inclusiva, traducido al plano económico, genera un movimiento

en cuanto a las partidas presupuestarias y los recursos que obtiene el IESS por los *aportes y contribuciones del Estado* (Constitución 2008: Art.369).

Finalmente el artículo dispone que:

La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada. (Constitución 2008: Art.369).

Esta disposición final le concede a la Ley la potestad de incluir nuevas prestaciones consecuentes al desarrollo de la sociedad y al avance y evolución de la ciencia-tecnología que en demasía han sido los “jueces que dan a luz y defenestran” a las artes, oficios y profesiones así como a los riesgos, peligros y necesidades. Además en este inciso final se le obliga a que la creación de nuevas prestaciones se encuentre enmarcada en la realidad económica y social a la cual corresponda esta urgencia, con esto se pretende que la ley se formule con base en la realidad.

Tras definir el Sistema de Seguridad Social y sus competencias así como el seguro universal obligatorio y las contingencias a éste encomendadas, la *Carta Magna* de nuestro país enuncia ya al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Art. 370. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados.

Se confiere a esta institución la responsabilidad de administrar las contingencias y prestaciones de los afiliados al seguro universal obligatorio y al Sistema de Seguridad Social ecuatoriano. El hecho de que sea propuesto como una entidad autónoma vigoriza la confianza que debe tener la ciudadanía en el sistema de pensiones propuesto por la Constitución; obviamente esta autonomía, que no es más que económica y administrativa, tiene que ser regulada por leyes y normas que enmarquen el inicio y el fin de sus

actividades de inversiones, prestaciones, cobranzas, salud, y demás actividades propias de su objetivo y misión constitucional.

En el segundo inciso del artículo se norman los seguros de las “fuerzas del orden”.

La policía nacional y las fuerzas armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y Sistema de Seguridad Social.

Las fuerzas armadas y la seguridad social crearon sistemas paralelos de aseguramiento para los miembros de sus filas. Estos sistemas son conocidos como el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL).

Quizá fue una respuesta ante el manejo poco decoroso que se tuvo en el IESS con respecto a los préstamos que cada gobierno de turno tomó de las arcas de esta institución autónoma desde la vuelta a la democracia. A este tipo de préstamos se lo considera como “*deuda pública*”.

A medida que la atención a los afiliados en el IESS decaía, los ingresos de sus arcas también lo hacían; la idea del cobro de las pensiones jubilares era considerada como una “odisea” por la población en edad adulta mayor. La atención en los hospitales del seguro social era y es, con cierta mejoría, corrupta, ya que la venta de fármacos y de insumos destinados a los hospitales del seguro social por parte de farmacias aledañas a estos centros no es un tema ajeno y distinto a nuestros días.

En tanto esto sucedía en el IESS, en los sistemas del ISSFA y del ISSPOL se ofrecían la seguridad en los depósitos y la solvencia en las pensiones para el personal de tropa y oficiales, trasladando estas cualidades al ámbito de la salud. El Hospital Militar y el Hospital de la Policía, son casas de salud de primer nivel, la tecnología y los profesionales que en ella atienden fueron una razón muy importante de admiración y de sana envidia de

los afiliados al IESS, quienes veían en la gestión de los sistemas de aseguramiento de militares y policías un verdadero modelo de administración confiable y real.

Un tercer elemento era el causante de malestar en los asegurados civiles del IESS, y justificado como es, responde a la condición de que los policías y militares podían ser sujeto de afiliación de sus “sistemas de seguridad social paralelos” y también del IESS.

Al asumir la Presidencia del Gobierno el señor economista Rafael Correa Delgado, se dio un cambio en la política del aseguramiento social. Dentro de las medidas que se tomarían estaba la prohibición de que exista el “doble aseguramiento”, es decir que se debía escoger entre el ISSFA, ISSPOL o IESS.

Financiamiento.-

Art. 371. Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

Este artículo define el modo en que van a ser captados los recursos con los cuales el Estado va a cubrir las prestaciones que ofrece a sus ciudadanos.

Aquí por primera vez se observa la frase que da lugar a este estudio: “... *se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores...*”. El IESS obtiene recursos del trabajador y de su empleador, es decir de ambos, el primero y el segundo no son excluyentes entre sí, son distintos en verdad y finalmente complementarios... pero son dos.

En el siguiente capítulo sobre *Relación laboral* trataremos este tema de una forma más profunda.

De igual manera se propone que los aportes voluntarios de profesionales en libre ejercicio sean éstos médicos, abogados, arquitectos, etc, quienes trabajan sin relación de dependencia, sean los que financien con su afiliación sus propias pensiones jubilares y servicios de aseguramientos así como sean un auxilio económico en lo que a captación de recursos se refiere.

Se incluye además la posibilidad de que sean las y los compatriotas que se encuentran en el exterior quienes voluntariamente decidan afiliarse al IESS. En este caso, la opción es voluntaria y depende de factores personales como el deseo de retornar al Ecuador y proteger a la familia en el territorio nacional; si no desea volver y no tienen familiares en el país, vagamente podría subsistir la idea de aportar recursos que le serían más propicios en tierras donde se haya radicado o que sea ésta su intención a futuro.

Continúa el artículo con las siguientes máximas:

Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna.

Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

De igual manera se establece que el presupuesto general del Estado deberá anualmente destinar los fondos con los cuales contará el IESS para el cumplimiento de las prestaciones que dependen de este financiamiento, como es el caso de las amas de casa y la política de inclusión que ha propiciado el Gobierno Nacional.

Es innegable que la finalidad de las aportaciones realizadas por los asegurados es un beneficio futuro, esto se debe a que el goce efectivo de sus fondos los recibirá cuando se encuentre en necesidad de recibir las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que como dice el artículo 369 de la Constitución, “aquellas que defina la ley”.

Salvo las contingencias de invalidez (de nacimiento) vejez y de muerte, podríamos considerar a las demás como un hecho futuro incierto, ya que no estamos seguros de que pueda sufrirse un accidente laboral, que nos encontremos desempleados, que seamos sujetos de una posible invalidez contraída. Por esta razón no se prohíbe constitucionalmente la cesión, embargo o retención de fondos que el asegurado posea en su cuenta de seguridad social.

Sin embargo, se permite en forma expresa que la cesión, embargo o retención sean facultades de las cuales se beneficien los juzgados de la familia en el caso de los cobros de pensiones de alimentos debidos por el o la demandada.

De igual manera el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social está facultado para que cobre los valores que el asegurado adeude a esta entidad por concepto de hipotecas o préstamos que haya solicitado y se encuentren impagos.

Continuemos con el siguiente artículo y observemos lo dispuesto en relación a los fondos y recursos en general del IESS.

Art. 372.- Los fondos y reservas del seguro universal obligatorio serán propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio.

Es evidente que la intención del Estado es que no se confundan los dineros de las arcas fiscales y los del seguro universal obligatorio. Esto se debe a la impetuosa necesidad que

puede aparecer cuando un Estado se encuentra endeudado y no le es propicia una opción mejor y tan a su alcance como lo son los recursos del seguro universal obligatorio, a esto se le denomina *deuda pública*. Es por esta razón que la Constitución le encomienda al seguro universal obligatorio la exclusividad en cuanto a la administración de los recursos asignados y propios de ésta en pos del cumplimiento y satisfacción de las tareas y contingencias que se le han otorgado. Se establece finalmente la prohibición absoluta de hacerse con los fondos de la seguridad social al Estado y a su vez se amplía esta prohibición a las demás instituciones del Estado.

El inciso segundo de este artículo norma que:

Los fondos provisionales públicos y sus inversiones se canalizarán a través de una institución financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente.

Desde el año 2010 el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social cuenta con el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS)¹⁰, entidad financiera que regulada por la

¹⁰ El Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social abrió las puertas a los afiliados y jubilados el 18 de octubre del año 2010 para poder brindar el mejor servicio financiero del país.

Historia y Creación del Banco Ecuatoriano de Seguridad Social.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 372, establece la creación de una entidad financiera de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social la cual será responsable de canalizar sus inversiones y administrar los fondos previsionales públicos, inversiones privativas y no privativas; y, que su gestión se sujetará a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente.

Es por esta razón que, en el Suplemento de Registro Oficial No. 587, de 11 de mayo de 2009 se aprobó la creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, BIESS. Esta es una institución pública con autonomía administrativa, técnica y financiera, con finalidad social y de servicio público; y domicilio principal en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano.

La creación de esta Entidad se debe a que era menester canalizar el ahorro nacional de los asegurados hacia el desarrollo productivo, a fin de potenciar el dinamismo económico del país, ante la escasa profundización del Mercado de Valores Nacional, por lo que resultaba indispensable contar con una entidad que apoye, a través de inversiones estructuradas, proyectos de inversión en los sectores productivos.

El objetivo principal del BIESS es convertirse en la Institución Financiera más grande del país que apoye equitativamente proyectos de inversión en los sectores productivos y estratégicos de la economía ecuatoriana con el fin de fomentar la generación de empleo y valor agregado.

Superintendencia de Bancos, se encuentra facultada para realizar operaciones financieras y crediticias dentro de las cuales se incluye a la administración de fondos provisionales e inversiones que con éstos se puedan efectuar.

El BIESS presenta una gran variedad de servicios que son dirigidos a:

- A. Afiliados;
- B. Jubilados;
- C. Personas naturales; y,
- D. Personas jurídicas.

Acorde a la Ley del BIESS, sus funciones más preponderantes serán, entre otras, brindar los distintos servicios financieros como créditos hipotecarios, prendarios y quirografarios, así como también, operaciones de redescuento de cartera hipotecaria de instituciones financieras y otros servicios financieros a favor de los afiliados y jubilados del IESS, mediante operaciones directas o a través del sistema financiero nacional. Otras funciones del Banco son las inversiones, que se encaminarán a través de los instrumentos que ofrece el mercado de valores para el financiamiento a largo plazo de proyectos públicos y privados, productivos y de infraestructura que generen rentabilidad financiera, valor agregado y nuevas fuentes de empleo, así como también inversiones en títulos de renta fija o variable a través de del mercado primario y secundario.

De acuerdo a la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial No 587 del lunes 11 de mayo de 2009 – Suplemento Ley de Creación del BIESS, el Directorio está integrado por:

El presidente del Consejo Directivo del Seguro Social
Un Delegado del Ejecutivo
Un representante de los afiliados
Un representante de los jubilados

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1509 del 15 de mayo de 2013, el Presidente de la República, Rafael Correa nombró al Arq. Fernando Cordero Cueva, Representante Principal de la Función Ejecutiva en el Consejo Directivo del IESS, y por ende Presidente del Directorio de esta entidad pública, según disposición del artículo 8, literal a) de la Ley del Banco del IESS, que así lo establece.

El Eco. Leonardo Vicuña, fue nombrado en representación del Presidente de la República y Vicepresidente del Directorio.

Conforme a lo que dispone esta misma ley en su artículo 8, los representantes de los afiliados y jubilados fueron designados por el anterior Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, luego de un concurso de oposición y méritos organizado por dicha entidad.

El Eco. Bolívar Cruz alcanzó la representación de los jubilados, y el ganador como titular de los afiliados resultó el Ing. Omar Serrano.

Los representantes de los afiliados y jubilados fueron posesionados por el Presidente de la Asamblea Nacional, Dr. Fernando Cordero, el 25 de noviembre de 2009.

El 8 de diciembre de 2009 nació el Banco del IESS con su primera sesión de Directorio.

Con base a los resultados del Concurso Público de Méritos y Oposición realizado por la empresa SAMPER HEAD HUNTING y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 15 de la Ley del Bies y artículo 19 de su Estatuto, en sesión de Directorio realizada el 8 de junio de 2010, se designa al Ing. Efraín Vieira Herrera como Gerente General del Banco del IESS, para que sea el encargado de dirigir y hacer cumplir los objetivos del Banco.

Los servicios ofertados por la institución pertenecen a las áreas financieras y crediticias de:

- Préstamos hipotecarios¹¹;
- Préstamos quirografarios¹²;
- Préstamos prendarios;
- Banca de inversión; y,
- Negocios fiduciarios.

En el caso de los negocios fiduciarios, este servicio está dirigido para personas naturales, jurídicas y/o mixtas que presenten un proyecto rentable enmarcado en las regulaciones del BIESS.

En el caso de la banca de inversión, este servicio está dirigido para:

- a) Instituciones financieras;
- b) Instituciones públicas;
- c) Empresas;
- d) Clientes corporativos; y,
- e) Clientes en general.

Hay que añadir un servicio más que se oferta por parte del BIESS y es el de la tienda virtual. Con este servicio y a través del portal web de la institución¹³ se puede realizar la adquisición de tecnología consistente en ordenadores, ordenadores personales y tablets.

El penúltimo artículo constitucional a analizar es el que da origen al seguro social campesino y se encuentra redactado de la siguiente manera:

¹¹ Según el portal web del BIESS el monto total para hipotecarios es de 3.157 millones de dólares, de éstos existe un total de 89.693 beneficiarios. www.biess.fin.ec/inicio martes 04-06-2013 16:05

¹² Según el portal web del BIESS el monto total para quirografarios es de 2.567 millones de dólares, de éstos existe un total de 2'070.144 beneficiarios. www.biess.fin.ec/inicio martes 04-06-2013 16:05

¹³ www.biess.fin.ec

Art. 373.- El seguro social campesino, que forma parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, será un régimen especial del seguro universal obligatorio para proteger a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal; se financiará con el aporte solidario de las personas aseguradas y empleadoras del sistema nacional de seguridad social, con la aportación diferenciada de las jefas o jefes de las familias protegidas y con las asignaciones fiscales que garanticen su fortalecimiento y desarrollo. El seguro ofrecerá prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte.

Los seguros públicos y privados, sin excepción, contribuirán al financiamiento del seguro social campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El seguro social campesino es una división técnica especializada y dependiente del IESS. Esta se creó con la finalidad de promover una mejor atención a los habitantes de áreas rurales, y a quienes se dedican a la pesca artesanal.

Con la institucionalidad del Sistema de Seguridad Social concentrada en las ciudades, se dificulta el atender como se debe a quienes no pueden trasladarse a las ciudades; sin embargo, la razón primordial de la creación del “seguro campesino” radica en la complejidad que existe en aplicar los procesos, normativas, técnicas, inclusive los servicios que se deben prestar a trabajadores y afiliados que realizan actividades completamente distintas y ajenas a las de sus similares de la ciudad.

Finalmente se puede complementar al párrafo final del artículo 373 con la disposición de la Ley de Seguridad Social y la normativa del régimen especial del seguro social campesino que establece que la incorporación de nuevos afiliados al seguro social campesino estará ligada al número de afiliados del IESS. (Art.128).

El último artículo sobre seguridad social que se encuentra en la Carta Magna desarrolla la idea del artículo 371 de la propia Constitución en lo que a recibir fondos y aportaciones de los ecuatorianos radicados en el exterior se refiere:

Art. 374.- El Estado estimulará la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, y asegurará la prestación de contingencias. El financiamiento de estas prestaciones contará con el aporte de las personas afiliadas voluntarias domiciliadas en el exterior.

No obstante, el Art. 371 hace referencia a la captación de recursos para el sustento de los servicios que brinda el IESS que, como ya fue explicado, era una propuesta arriesgada en consideración a las posibilidades y elecciones que tiene un ecuatoriano migrante en su nueva residencia.

La idea es captar aportes de los ecuatorianos en el exterior a través del programa de *Afiliación Voluntaria de Ecuatorianos en el Exterior*. Los requisitos para acceder a este programa son los siguientes:

Requisitos para la afiliación voluntaria:

- *Ser ciudadano ecuatoriano domiciliado en el exterior, cualquiera sea su actividad económica o laboral.*
- *Estar comprendido entre los dieciocho (18) y sesenta (60) años de edad.*
- *No recibir pensiones de invalidez, vejez/retiro o de riesgos del trabajo en el IESS, ISSFA o ISSPOL.*
- *No registrar mora en el IESS; y, no mantener RUC activo en el SRI.*

Los residentes en el exterior, mayores de cuarenta (40) y de hasta sesenta (60) años de edad a la fecha de solicitud, realizarán una declaración de Estado de salud en el formulario establecido por el IESS, a través del sistema informático y un examen diagnóstico en las unidades de salud de la localidad donde se encuentren domiciliados.

- *Dentro de los seis meses posteriores al registro de la afiliación, la certificación médica autenticada en una Oficina Consular del Ecuador, debe ser enviada al Hospital Carlos Andrade Marín IESS Quito; calificación médica para afiliación voluntaria.*

No requieren presentar certificación médica ni declaración de Estado de salud las personas que tengan veinticinco (25) a mas años de aportaciones menores a sesenta (60) años y soliciten la afiliación voluntaria dentro de los doce (12) meses posteriores de haber quedado cesantes.

El sistema de aseguramiento social universal obligatorio se rige por las normas constitucionales de la seguridad social¹⁴, y las disposiciones reguladoras y normativas recogidas en la Ley de Seguridad Social. Las leyes que se encuentran en estos dos cuerpos legales dan lugar a la creación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y le dotan de la autonomía financiera y administrativa tan necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

2.2.1. Estructura del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) se encuentra conformado por una estructura administrativa jerárquica que comprende a los siguientes consejos y departamentos:

1. Órganos de gobierno y dirección:

- Consejo Directivo.
- Dirección general.
- Dirección provincial.

2. Direcciones especializadas:

¹⁴ Se hace mención a los artículos enumerados desde el 367 al 374 de la Sección tercera Seguridad Social, Capítulo Primero Inclusión y Equidad, título VII Régimen del Buen Vivir de la Constitución de 2008 de la República del Ecuador.

- Dirección General de salud individual y familiar.
 - Dirección del Sistema de Pensiones.
 - Dirección general de riesgos del trabajo.
 - Dirección del seguro social campesino.
3. Órganos de reclamación administrativa:
- Comisión nacional de apelaciones.
 - Comisión provincial de préstamos y contravenciones.
4. Órganos técnicos auxiliares:
- Dirección actuarial.
 - Comisión técnica de inversiones.
5. Órgano de control interno o auditoría interna.

2.2.1.1. El Consejo Directivo.

Es el órgano máximo de gobierno del IESS, su misión es emitir las políticas idóneas para la aplicación del Seguro General Obligatorio. Jerárquicamente es la “cabeza” del Sistema de Seguridad Social y ante él responden los órganos especializados en la administración de las políticas que por contingencias se haya planteado realizar.

Su misión:

1. Expedición de las normativas de organización de los seguros generales administrados por el IESS;

2. Expedición de las normativas de funcionamiento de los seguros generales administrados por el IESS;
3. Planeamiento estratégico del ahorro previsional;
4. Regulación y supervisión de las direcciones de los seguros generales y especiales aplicados por el IESS; y,
5. Fiscalización de los actos de la administración del IESS.

En cuanto a las funciones que desempeña el directorio ejecutivo, debemos remitirnos al artículo 27 de la Ley de Seguridad Social.

Art. 27.- ATRIBUCIONES¹⁵. - El Consejo Directivo tendrá a su cargo:

- a. La aprobación de las políticas y los programas de aplicación del Seguro General Obligatorio;*
- b. La regulación administrativa para la prestación del Seguro General Obligatorio;*
- c. La expedición de las normas técnicas y resoluciones de cumplimiento obligatorio por las demás autoridades del IESS;*
- d. La elaboración del Reglamento General de la presente Ley y sus reformas, que serán expedidos por el Presidente de la República;*
- e. La aprobación de la división administrativa del Instituto por circunscripciones territoriales;*
- f. La expedición de los reglamentos internos del IESS;*
- g. La designación del Director General, Subdirector General, de los miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones, del Director Actuarial, del Auditor Interno, del Director de la Administradora del Seguro General de Salud Individual y Familiar, del Director de la Administradora del Sistema de Pensiones, del Director del Seguro Social Campesino, y del Director del Seguro General de Riesgos del Trabajo. Las designaciones de período fijo que corresponden a la atribución del Consejo Directivo no se considerarán terminadas con la finalización del período del Presidente de la República;*

¹⁵ Artículo reformado por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 587 de 11 de Mayo del 2009.

- h. *La reglamentación de los procesos de adquisición, conservación y enajenación de los bienes raíces y demás activos del IESS, con sujeción a los principios de la contratación pública, y la decisión de constituir encargos fiduciarios o fideicomisos para administrar o gestionar la titularidad de sus bienes patrimoniales;*
- i. *La aprobación del presupuesto general de operaciones del IESS, preparado por el Director General y sometido a informe previo del Ministro de Economía y Finanzas, hasta el 31 de diciembre de cada año;*
- j. *La aprobación del fondo presupuestario anual de cada seguro, y su correspondiente evaluación de resultados, cuya proforma será preparada por el Director de cada administradora;*
- k. *Derogado.¹⁶*
- l. *El conocimiento y aprobación de los Estados financieros del IESS y de la liquidación del presupuesto consolidado del Seguro General Obligatorio previamente examinados por auditores externos independientes, que serán presentados semestralmente por el Director General, hasta el 30 de septiembre y el 30 de marzo;*
- m. *La autorización de los actos, contratos, transferencias de dominio y de toda operación económica y financiera que exceda la cuantía máxima autorizada al Director General en las Disposiciones Generales del Presupuesto del IESS;*
- n. *El conocimiento y aprobación del informe de situación general del IESS, que será presentado anualmente por el Director General, hasta el 31 de julio;*
- o. *El conocimiento y aprobación de los informes anuales de labores de los Directores de las administradoras del Seguro General de Salud Individual y Familiar, del Sistema de Pensiones, del Seguro General de Riesgos del Trabajo, y del Seguro Social Campesino, hasta el 31 de julio;*
- p. *El conocimiento de los balances actuariales preparados por el Director Actuarial y aprobados previamente por actuarios externos independientes, con la periodicidad que determine el Reglamento General, y la expedición oportuna*

¹⁶ Literal derogado por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 587 de 11 de Mayo del 2009.

de las regulaciones técnicas más convenientes para el sano equilibrio de los seguros sociales administrados por el IESS;

- q. La aplicación de las recomendaciones y la imposición de las sanciones administrativas que devinieren de los informes de los auditores;*
- r. La autorización previa a la suscripción de acuerdos y convenios internacionales; y,*
- s. Las demás que señalen la Constitución Política de la República y la Ley.*

2.2.1.1.1. Integración del Consejo Directivo.

Para su conformación, el Consejo estará integrado en forma tripartita, es decir que se compone por tres miembros; la intención es obtener un voto dirimente ante desigualdad de opiniones de dos de sus miembros partícipes.

Los miembros designados desempeñarán sus funciones a tiempo completo y no podrán prestar otros servicios remunerados o desempeñar otros cargos, salvo los relativos a la cátedra universitaria.

A su vez será conformado en forma paritaria y de la siguiente forma:

1. Un representante de la Función Ejecutiva (éste lo preside).

El representante de la Función Ejecutiva y su alterno serán designados por el Presidente de la República para un período que terminará conjuntamente con el período del Presidente de la República.

Sin embargo, continuará en funciones hasta cuando el Presidente de la República entrante realice la nueva designación.

2. Un representante de los asegurados.

El representante de los asegurados y su alterno serán designados conjuntamente por:

- Las Centrales Sindicales legalmente reconocidas;
- La Confederación Nacional de Servidores Públicos;
- La Unión Nacional de Educadores;
- La Confederación Nacional de Jubilados; y,
- Las organizaciones legalmente constituidas de los afiliados al Seguro Social Campesino.

3. Un representante de los empleadores.

Cada uno de los miembros del Consejo Directivo tendrá un alterno que subrogará al titular en caso de ausencia temporal o definitiva.

El representante de los empleadores y su alterno serán designados conjuntamente por las Federaciones Nacionales de:

- De las Cámaras de Industrias;
- De las Cámaras de Comercio;
- De las Cámaras de Agricultura;
- De las Cámaras de Ganadería;
- De las Cámaras de la Construcción; y,
- De las Cámaras de la Pequeña Industria.

Los representantes de los asegurados y de los empleadores, así como sus alternos, serán designados para un período de cuatro (4) años.

Su remuneración se cancelará de conformidad con los valores fijados en el Presupuesto del Instituto, y deberán recibir la aprobación previa del Ministro de Economía y Finanzas.

2.2.1.1.2. Requisitos.

Para ser integrante del Consejo Directivo del IESS se requiere:

- a. Estar en goce de los derechos políticos;
- b. Ser mayor de cuarenta (40) años de edad;
- c. Acreditar título profesional; y,
- d. Haber ejercido con probidad notoria la profesión o la docencia universitaria o algún cargo de responsabilidad directiva en actividades privadas o públicas, y acreditar experiencia en el desempeño de ellas por un período no menor de diez (10) años.

2.2.1.1.3. Prohibiciones.

No pueden ser miembros del Consejo Directivo del IESS:

- a. Los funcionarios o empleados del IESS;
- b. Los sentenciados por defraudación a entidades privadas o públicas;
- c. Los morosos del IESS por obligaciones patronales o personales;
- d. Las personas que tengan interés propio o representen a terceros en la propiedad, la dirección o la gestión de las empresas adjudicatarias administradoras del ahorro previsional, las compañías aseguradoras u otras personas que integran el sistema nacional de seguridad social;
- e. Los que a consecuencia de una resolución judicial se encuentren inhabilitados para el desempeño de una función pública; y,
- f. Los que se encuentren impedidos por otras disposiciones legales.

2.2.1.1.4. Inhabilidades.

Se pierde la calidad de miembro del Consejo Directivo por causa de:

- a. Renuncia o muerte; e,

- b. Incapacidad o inhabilidad superveniente.

A la Superintendencia de Bancos y Seguros le corresponderá la verificación previa de la información suministrada por los postulantes a miembros del Consejo así como la declaración de impedimento para el ejercicio del cargo cuando incurrieren en alguna de las prohibiciones o inhabilidades señaladas en el artículo 29 LSsoc¹⁷.

2.2.1.2. Órganos ejecutivos.

2.2.1.2.1. La Dirección General.

El Director General tiene las siguientes atribuciones¹⁸ en todo el territorio nacional, directamente o por delegación al Director Provincial competente:

- 1) Ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial del IESS; y,
- 2) Ejerce la potestad judicial y legal de la facultad coactiva del IESS.

De estas atribuciones aquí enumeradas, la Dirección General tiene a su cargo las siguientes responsabilidades que le permiten realizar en forma adecuada sus funciones:

- a) La organización, dirección y supervisión de todos los asuntos relativos a la ejecución de los programas de protección previsional de la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, con sujeción a los principios contenidos en esta Ley;
- b) De la administración de los fondos propios del IESS y de los recursos del Seguro General Obligatorio;
- c) De la recaudación de las contribuciones y los demás ingresos, propios y administrados; y,

¹⁷ Concordancias: Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 61

¹⁸ Concordancias: Código Civil (libro I), Art. 570. Y Código de procedimiento civil, codificación, Art. 942.

- d) De la gestión ejecutiva del Instituto, y de la entrega de información oportuna y veraz al Consejo Directivo.

2.2.1.2.1.1. Del Director General.

- Es un funcionario de libre nombramiento.
- Designado por el Consejo Directivo.
- Ejercerá sus funciones por un período de cuatro (4) años.
- Podrá ser reelegido por una sola vez.
- Actuará como secretario en las sesiones del Consejo Directivo, con derecho a voz, y no tendrá voto.

Para el ejercicio de su cargo, el Director General se regirá conforme a los siguientes deberes y atribuciones¹⁹:

- a. Representar judicial y extrajudicialmente al Instituto;
- b. Ejercer la jurisdicción coactiva de que se halla investido el IESS para el cobro de aportes y contribuciones, fondos de reserva, intereses, multas, descuentos, responsabilidades patronales, créditos y obligaciones a favor de sus empresas, y remate de bienes embargados;
- c. Ejecutar y hacer cumplir las resoluciones del Consejo Directivo;
- d. Designar a los directores provinciales de cada una de las circunscripciones territoriales del Instituto;
- e. Supervisar la actuación de los directores de las administradoras de seguros;
- f. Autorizar los actos, contratos, transferencias de dominio, y toda operación económica y financiera del Instituto sometida a su aprobación, hasta la cuantía que fijarán las disposiciones generales del Presupuesto del IESS;²⁰
- g. Nombrar, promover, sancionar y remover al personal del Instituto, de conformidad con las leyes y reglamentos sobre la materia;

¹⁹ - Código Civil (Libro I), Arts. 571

²⁰ El literal f) fue reformado por Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 587 de 11 de Mayo del 2009.

- h. Formular la proforma presupuestaria anual del Instituto y someterla a los trámites de ley previos a su aprobación por el Consejo Directivo;
- i. Mantener informada al Consejo Directivo de la marcha del Instituto y de la situación actual de cada una de las administradoras de seguros; y,
- j. Los demás que señale esta Ley y su Reglamento General.

2.2.1.2.1.2. Requisitos.²¹

- a. Estar en goce de los derechos políticos;
- b. Ser mayor de cuarenta (40) años de edad;
- c. Acreditar título profesional; y
- d. Haber ejercido con probidad notoria la profesión o la docencia universitaria o algún cargo de responsabilidad directiva en actividades privadas o públicas, y acreditar experiencia en el desempeño de ellas por un período no menor de diez (10) años.

2.2.1.2.1.3. Prohibiciones.

- a. Los funcionarios o empleados del IESS;
- b. Los sentenciados por defraudación a entidades privadas o públicas;
- c. Los morosos del IESS por obligaciones patronales o personales;
- d. Las personas que tengan interés propio o representen a terceros en la propiedad, la dirección o la gestión de las empresas adjudicatarias administradoras del ahorro previsional, las compañías aseguradoras u otras personas que integran el sistema nacional de seguridad social;
- e. Los que a consecuencia de una resolución judicial se encuentren inhabilitados para el desempeño de una función pública; y,
- f. Los que se encuentren impedidos por otras disposiciones legales.

²¹ Concordancias: Constitución de la República Del Ecuador 2008, Art. 232. Y Código Penal, Arts. 257, 264, 285, 296

2.2.1.2.1.4. Inhabilidades.

Se pierde la calidad de Director General por causa de:

- a. Renuncia o muerte;
- b. Incapacidad o inhabilidad superveniente;
- c. No podrá ejercer otro cargo o función, privada o pública, salvo la cátedra universitaria; y,
- d. Solo podrá otorgar poderes especiales dentro del límite de su competencia y, más allá de ella, deberá obtener previamente la autorización del Consejo Directivo.

En caso de falta o ausencia temporal, impedimento o renuncia, el Director General será subrogado por el Subdirector General, quien será su colaborador inmediato en el cumplimiento de las funciones que señalará el Reglamento General de esta Ley.

2.2.1.2.1.5. Destitución.

De igual forma que otro puesto o plaza laboral, se puede prescindir de los servicios del Director General. Pero para efectos legales y propiamente válidos conforme a Derecho, únicamente son causales de destitución del Director General:

- a. Incumplir los deberes impuestos en el artículo 32 de esta Ley;
- b. Existir auto ejecutoriado de llamamiento a juicio en su contra, por los delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito;
- c. Ocultar los hechos de la administración del Instituto que puedan causar daño a la economía del Seguro General Obligatorio o a los derechos de los afiliados;
- d. Realizar actos indignos en el desempeño de su puesto o contrarios a la buena administración del Instituto;
- e. Retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio inherentes a su autoridad;
- f. Ordenar la asistencia a actos públicos de naturaleza político partidaria o electoral, o utilizar con estos propósitos los bienes o recursos del Instituto; y,

- g. Autorizar o suscribir contratos con empresas, sociedades o personas naturales con las que tuviere vínculos comerciales, financieros o familiares, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

2.2.1.2.2. La Dirección Provincial.

Es el órgano administrativo que encargado por la Dirección General, lleva a cabo las siguientes responsabilidades dentro de los límites geográficos de sus circunscripciones.

La Dirección Provincial tendrá por misión principal:

1. La aplicación de las estrategias de aseguramiento obligatorio;
2. La recaudación oportuna de las aportaciones de los empleadores y asegurados;
3. La calificación del derecho a prestaciones de los afiliados comprendidos en la circunscripción geográfica de su competencia;
4. Será el órgano responsable del manejo de las cuentas patronales e individuales de los asegurados del ejercicio de la jurisdicción coactiva; y,
5. La consolidación de la información presupuestaria y contable de todas las dependencias administrativas subordinadas a su autoridad.

2.2.1.2.2.1. El Director Provincial.

A la cabeza de esta dependencia se encuentra el Director Provincial, quien tiene a su cargo:

1. La ejecución del presupuesto del IESS;
2. La contratación de recursos humanos y servicios generales;
3. El aprovisionamiento de bienes; y,
4. El equipamiento y mantenimiento de las dependencias del Instituto dentro de su circunscripción.

2.2.1.2.2.2. La designación.²²

- Es funcionario de libre nombramiento;
- Es nombrado por el Director General; y,
- Sus funciones son establecidas para cuatro (4) años.

2.2.1.2.2.3. Requisitos²³.

1. Deberá ser ciudadano en goce de los derechos políticos;
2. Mayor de treinta (30) años de edad;
3. Acreditará título profesional y ejercicio con probidad notoria de la profesión o la docencia universitaria o algún cargo de responsabilidad directiva en actividades privadas o públicas, en los cinco (5) años anteriores a su nominación; y,
4. No podrá ejercer otro cargo o función, privada o pública, excepto la docencia universitaria.

2.2.1.2.2.4. Atribuciones y Deberes²⁴.

Las atribuciones y deberes que le competen en la circunscripción territorial a su cargo son:

- a. Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial, y la titularidad de la jurisdicción coactiva del Instituto, sin perjuicio de las facultades del Director General;
- b. Establecer sistemas y procesos de aplicación de los programas de afiliación y recaudación de las aportaciones y otros ingresos presupuestarios del Instituto, con sujeción a las normas y procedimientos aprobados por el Consejo Directivo;

²² Concordancias: Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 61

²³ Concordancias: Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 61

²⁴ Concordancias: Código de Procedimiento Civil, codificación, Art. 942

- c. Autorizar actos, contratos, transferencias de dominio, reformas presupuestarias, y toda operación económica del Instituto sometida a su aprobación, hasta la cuantía señalada en las disposiciones generales del Presupuesto del IESS;
- d. Administrar los recursos humanos y materiales, los presupuestos de ingresos y egresos, las disponibilidades de tesorería, y las propiedades del IESS, con sujeción a las normas y procedimientos señalados en los reglamentos internos del Instituto;
- e. Presentar al Director General los Estados financieros anuales de su jurisdicción, las liquidaciones presupuestarias mensuales y los informes periódicos de su gestión;
- f. Formular la proforma presupuestaria anual de ingresos y egresos de la Dirección Provincial, y someterla a conocimiento del Director General hasta el 30 de agosto;
- g. Ejercer por delegación las atribuciones que le autorice el Director General; y,
- h. Los demás que señale la reglamentación interna del IESS.

2.2.1.2.2.5. Destitución.

De igual forma y modo que con el Director General, el Director Provincial está sujeto a destitución por incurrir en estas causales:

- a. Incumplir los deberes impuestos en el artículo 32 de esta Ley;
- b. Existir auto ejecutoriado de llamamiento a juicio en su contra, por los delitos de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito;
- c. Ocultar los hechos de la administración del Instituto que puedan causar daño a la economía del Seguro General Obligatorio o a los derechos de los afiliados;
- d. Realizar actos indignos en el desempeño de su puesto o contrarios a la buena administración del Instituto;
- e. Retardar o negar injustificadamente el despacho de los asuntos o la prestación del servicio inherentes a su autoridad;
- f. Ordenar la asistencia a actos públicos de naturaleza político partidaria o electoral, o utilizar con estos propósitos los bienes o recursos del Instituto; y,

- g. Autorizar o suscribir contratos con empresas, sociedades o personas naturales con las que tuviere vínculos comerciales, financieros o familiares, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

2.2.1.3. Órganos de Reclamación Administrativa.

2.2.1.3.1. La Comisión Nacional de Apelaciones.

La Comisión Nacional de Apelaciones es una entidad administrativa de segunda y definitiva instancia que tiene como deberes:

- Conocer apelaciones.
- Resolver apelaciones.

De las resoluciones administrativas emitidas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias relativas a:

- Los derechos de los asegurados.
- Las obligaciones de los empleadores.

2.2.1.3.1.1. Atribuciones y deberes.

La Comisión Nacional de Apelaciones, tendrá su domicilio en la ciudad capital, la ciudad de San Francisco de Quito.

Conocerá y resolverá, en segunda y definitiva instancia, las apelaciones de las resoluciones administrativas de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias sobre derechos de los asegurados y obligaciones de los empleadores.

De los actos y hechos inherentes a la atención médica a los asegurados, sólo serán apelables las resoluciones relativas a las prestaciones en dinero.

Las apelaciones se presentarán dentro del término de ocho (8) días, a contarse desde el siguiente día hábil de la notificación de la resolución.

Las resoluciones de la Comisión Nacional de Apelaciones no serán susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa y deberán expedirse obligatoriamente dentro del plazo máximo de noventa (90) días contados a partir de la fecha de proposición del recurso.

En caso contrario, se tendrá por aceptado el reclamo del apelante bajo la responsabilidad personal indemnizatoria de los miembros de la Comisión.

2.2.1.3.1.2. Integración.

Se integrará con tres doctores en Jurisprudencia o abogados con:

- Reconocida solvencia; y,
- Quince (15) años de experiencia profesional.

Sus funciones son a tiempo completo en calidad de funcionarios del IESS y no podrán ejercer otra función pública o privada, excepto la docencia universitaria.

Su designación se hará por resolución unánime del Consejo Directivo, conforme al Reglamento Interno del IESS.

Los comisionados solicitarán al Consejo Directivo la acreditación de un profesional médico, funcionario del IESS, para que actúe con voz informativa en las reclamaciones y quejas sobre la atención médica.

2.2.1.3.2. De La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias.

En la Dirección Provincial habrá una Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias que resolverá en primera instancia, y con carácter de apelable, en vía administrativa sobre:

- a. Las reclamaciones y quejas de los asegurados o sus derechohabientes en materia de denegación de prestaciones en dinero; y,
- b. Las reclamaciones y quejas de los empleadores en materia de sus derechos y obligaciones.

La Comisión dictaminará sobre los demás asuntos que le fueren consultados, con sujeción a la presente Ley.

2.2.1.3.2.1. Integración.

Se integrará con tres doctores en Jurisprudencia o abogados con:

- Reconocida solvencia; y,
- Diez (10) años de experiencia profesional.

Sus funciones son a tiempo completo y pasarán a ser funcionarios del IESS. No podrán ejercer otra función pública o privada, excepto la docencia universitaria. Su designación se hará por acto administrativo del Director Provincial conforme al Reglamento Interno del IESS.

Los comisionados solicitarán al Director Provincial la acreditación de un profesional médico, funcionario del IESS, para que actúe con voz informativa en las reclamaciones y quejas sobre la atención médica.

Estos son los órganos administrativos del IESS que nos interesan para una mejor comprensión del “*modus operandi*” de la seguridad social.

3. Las aportaciones del empleado y del empleador.

La Ley de Seguridad Social define los aportes que en materia de aseguramiento social deben ser realizados por:

- Empleadores del sector privado;
- Trabajador del sector privado;
- Trabajador del sector público;
- Aportaciones del Estado; y,
- Aportes voluntarios.

La aportación puede definirse como la obligación pecuniaria que tienen el empleador, el trabajador, y los aportes obligatorios²⁵, de acreditar los montos económicos legales para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social conforme a los plazos fijados en la Ley de Seguridad Social.

La aportación comprende la acreditación de recursos al IESS, por tal razón la Ley de Seguridad Social define:

- Quienes están obligados a realizar las acreditaciones-aportaciones;
- Plazos en los cuales debe realizarse la aportación;
- Inscripción de los trabajadores-afiliados;
- Contribución de los afiliados del sector público;
- Prórrogas en caso de incumplimiento de entrega de las acreditaciones;
- Sanciones en caso de incumplimiento de entrega de las acreditaciones;
- Prohibiciones; y,
- Entrega de certificados de aportación.

²⁵ Se comprende entre ellos a las aportaciones que obligatoriamente debe realizar el Estado Ecuatoriano para satisfacer la liquidez de las contingencias que la ley le confiere a su responsabilidad.

3.1. Acreditación de recursos.

En cuanto a la acreditación, la Ley de Seguridad Social establece que la recaudación se efectuará en forma global; es decir que los aportes personales, patronales y obligatorios, y otros recursos contractuales se tomarán como un solo fondo de crédito a favor del IESS.

De igual forma se acreditarán al Fondo Presupuestario pertinente los montos que por prima de cada empleador correspondan de acuerdo al porcentaje fijado.

Art. 72.- RECURSOS Y ACREDITACIÓN DE RECURSOS.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social recaudará de manera global los aportes obligatorios, personal y patronal, y los demás recursos que, por otras disposiciones legales o contractuales, se destinaren a financiar los seguros administrados por el mismo Instituto, y acreditará al Fondo Presupuestario respectivo los valores correspondientes a las primas respectivas, con sujeción a los porcentajes de aportación señalados para cada seguro.

Lo que se pretende es que los aportes realizados lleguen en forma conjunta como una masa líquida, y así proceder a la asignación posterior de los dineros obtenidos, a los fondos de cada clase de seguro de prestación o contingencia, tomando en consideración el porcentaje que se ha fijado asignar.

Finalmente, en el proyecto de reforma a la Ley de Seguridad Social se pretende agregar al Art. 72 que: *“También recaudará el Fondo de Reserva del trabajador, de acuerdo con la ley”*.

3.2. Inscripción del afiliado.

La ley es clara y regula a la relación laboral en materia de aseguramiento social, concediéndole al trabajador el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social desde el primer día de labores, para lo cual se le otorga al empleador 15 días contados a partir del

inicio de sus actividades para que sea realizado el respectivo aviso de entrada. Los hechos que ocurriesen por cualquier índole deben ser notificados a la autoridad en un plazo de tres días.

Debido a la naturaleza de sus funciones, los trabajadores que realizan sus actividades en el sector agrícola se encuentran exentos de realizar el aviso de entrada.

A los afiliados se les entregará una tarjeta personalizada que les identifique como beneficiarios del IESS; esta identificación le servirá al afiliado y le será solicitada en forma obligatoria para realizar cualquier trámite en la institución.

Debido a que el cálculo de las aportaciones se lo realiza dependiendo de la forma y el modo de trabajo de los trabajadores, cualquier cambio o modificación en las actividades registradas deberán ser notificadas al IESS. Este trámite puede realizárselo a través del portal digital del IESS.²⁶

Estas disposiciones se encuentran contenidas en el artículo 73, el cual textualmente señala:

Art. 73.- INSCRIPCIÓN DEL AFILIADO Y PAGO DE APORTES.- El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvención, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores únicamente con la planilla de remisión de aportes, sin perjuicio de la obligación que tienen de certificar en el carné de afiliación al IESS, con su firma y sello, la fecha de ingreso y salida del trabajador desde el primer día de inicio de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal. El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario,

²⁶ www.iesg.gob.ec

la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho.

El IESS está obligado a entregar al afiliado una tarjeta personalizada que acredite su incorporación al Seguro General Obligatorio, dentro del plazo de treinta (30) días posteriores a la inscripción a cargo del empleador o a la fecha de aceptación de la solicitud de afiliación voluntaria.

El afiliado está obligado a exhibir su tarjeta personalizada para todo trámite o solicitud de prestación ante el IESS o las administradoras de los seguros sociales, y a presentarla al nuevo empleador para el reconocimiento de sus derechos previsionales desde el momento de su ingreso.

3.3. Recaudación en el sector privado.

El penúltimo párrafo dispone que tanto el empleador como el afiliado voluntario deberán cumplir con su obligación para con el Sistema de Seguridad Social de forma automática en forma mensual, para lo cual gozan de un beneficio de 15 días plazo posteriores al mes que deban ser pagados los aportes; es decir que si corresponden a enero de 2013, tendrá hasta el 15 de febrero de 2013 para cancelar el mes de enero.

La ley es explícita en señalar que los obligados no necesitan ser reconvenidos para cumplir con su obligación, pero confiere a la Dirección Provincial la capacidad de calificar como “*Mora Patronal*” al incumplimiento de esta disposición, pudiendo con ello hacer uso efectivo de la potestad coactiva que la ley le confiere bajo el título de la *Mora Patronal*, a la cual se analizará más adelante.

La competencia recaudadora le corresponde a las Direcciones Provinciales que serán quienes, a nombre y representación de la administración central, podrán hacer las labores descentralizadas que la ley les confiere.²⁷

El propio artículo 73 de la Ley de Seguridad Social continúa al respecto:

El empleador y el afiliado voluntario están obligados, sin necesidad de reconvención previa, a pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes que correspondan los aportes. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar, con sujeción a esta Ley.

En cada circunscripción territorial, la Dirección Provincial del IESS está obligada a recaudar las aportaciones al Seguro General Obligatorio, personales y patronales, que paguen los afiliados y los empleadores, directamente o a través del sistema bancario.

El proyecto de reforma a la Ley de Seguridad Social pretende realizar una sustitución en el plazo establecido en el inciso cuarto del artículo 73 LSsoc., de manera que sea éste el inciso corregido²⁸:

*El empleador y el afiliado voluntario están obligados, sin necesidad de reconvención previa, a pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de **cinco (5) días** posteriores al mes que correspondan los aportes. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar, con sujeción a esta Ley.*

²⁷ Habíamos visto que la Dirección Provincial tendrá por misión principal:

1. La aplicación de las estrategias de aseguramiento obligatorio.
2. La recaudación oportuna de las aportaciones de los empleadores y asegurados.
3. La calificación del derecho a prestaciones de los afiliados comprendidos en la circunscripción geográfica de su competencia.

(...)

²⁸ La comisión interinstitucional para la reforma de la Ley de Seguridad Social fundamenta esta sustitución en que esta serviría para reducir la elusión y la evasión de la obligación.

El proyecto de reforma a la Ley de Seguridad Social pretende incluir el siguiente inciso al final del artículo 73 LSsoc.²⁹:

El IESS verificará el cumplimiento de las obligaciones patronales; el examen se limitará a los aspectos relacionados al correcto cumplimiento de obligaciones patronales ante el IESS y se mantendrá bajo reserva. De impedirse la verificación de cumplimiento de obligaciones patronales con las multas determinadas en la presente Ley y su Reglamento General.

3.4. La recaudación en el sector público.

- Responden a la planificación que realiza presupuestariamente el Estado Ecuatoriano, como se desprende del concepto el presupuesto comprendemos que es anual;
- La facultad del cobro le corresponde al Banco Central del Ecuador y solo a éste, conforme a las indicaciones que el Estado Ecuatoriano le entregue sobre sus funcionarios;
- Las contribuciones no son susceptibles de embargo, retención u otra afectación por ninguna autoridad del sector público;
- Las aportaciones se entregarán por concepto de mes vencido dentro de los 15 días del mes siguiente, así las de enero se pagarán hasta el 15 de febrero; y,
- El aporte patronal del Estado se acreditará conjuntamente con el aporte personal de sus funcionarios.

El artículo 74 de la Ley de Seguridad Social dictamina que:

Art. 74.- RECAUDACIÓN DE APORTES DEL SECTOR PÚBLICO.- En el Presupuesto General del Estado, previo a su aprobación por el Congreso Nacional,

²⁹ La comisión interinstitucional para la reforma de la Ley de Seguridad Social fundamenta esta inclusión en que esta serviría para reducir la elusión y la evasión de la obligación.

se hará constar, obligatoriamente, las partidas suficientes para el pago de aportes y fondos de reserva de todos los servidores públicos y trabajadores del Estado, así como las contribuciones al Seguro General Obligatorio establecidas en la Ley. Estos aportes, fondos de reserva y contribuciones obligatorias no serán afectados por ningún funcionario público y por ningún concepto, y automáticamente, sin fideicomiso, serán retenidos y transferidos íntegramente al IESS por el Banco Central del Ecuador.

Las cantidades correspondientes se transferirán y pagarán por mensualidades vencidas, dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes al que correspondan los aportes, bajo la responsabilidad de los respectivos funcionarios. El aporte patronal del Estado por sus trabajadores afiliados al Instituto ecuatoriano de Seguridad Social, se remitirá juntamente con los aportes personales.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social notificará al Banco Central del Ecuador oportunamente el monto al que ascienden los valores a retener y transferir mensualmente por los conceptos antes indicados.

Bajo su responsabilidad personal, los tesoreros, oficiales pagadores, habilitados, agentes de retención y más funcionarios y empleados que tuvieren el deber legal de pagar remuneraciones a los trabajadores y servidores que prestan servicios en los demás organismos y entidades que integran el sector público, están obligados a remitir al IESS los aportes personales, patronales, fondos de reserva y más descuentos que se ordenaren, dentro del plazo y las condiciones antes señalados. Estos aportes y fondos de reserva no serán afectados por ningún funcionario público y por ningún concepto.

3.4.1. Responsabilidad solidaria.

La responsabilidad en materia de recaudación y las sanciones que por mora se produzcan, se extiende a quienes hagan las veces del empleador; es decir que no podrá proponerse la falta de éste como la causa del incumplimiento de las obligaciones patronales.

Al respecto el artículo 75 dispone que:

Art. 75.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS EMPLEADOS PRIVADOS, MANDATARIOS Y REPRESENTANTES.- Iguales obligaciones y responsabilidades tienen los patronos privados y, solidariamente, sus mandatarios y representantes, tanto por la afiliación oportuna de sus trabajadores como por la remisión al IESS, dentro de los plazos señalados, de los aportes personales, patronales, fondos de reserva y los descuentos que se ordenaren.

La responsabilidad solidaria de mandatarios y representantes se referirá a actos u omisiones producidas en el período de su mandato y subsistirá después de extinguido éste.

3.5. Retención de cesantía y fondos de reserva y prohibición de cancelar cauciones.

Aquellos empleadores o responsables que fueran sujeto de glosa, se encontrarán impedidos de ser beneficiarios de las prestaciones de la seguridad social hasta que sean exculpados por sentencia ejecutoriada o se haya cumplido con la glosa.

Art. 76.- RETENCIÓN DE CESANTÍA Y FONDOS DE RESERVA.- Una vez que se estableciere glosas en contra de los empleadores y otros responsables del pago de sueldos y remisión de aportes y descuentos al instituto, o que tuvieran a su cargo o manejen dinero o especies del Seguro Social, a éstos se suspenderá el derecho a la prestación del Seguro de Cesantía y a la devolución de fondos de reserva. Esta situación se mantendrá hasta que, por sentencia ejecutoriada, se declare la falta de

responsabilidad de la persona o personas comprendidas en esta disposición o hasta que se extinga la glosa por su pago.

Art. 77.- PROHIBICIÓN DE CANCELAR CAUCIONES.- La Contraloría General del Estado no podrá cancelar las cauciones de los rindentes fiscales o de los demás organismos y entidades que integran el sector público sin antes comprobar que estos han cubierto todas sus obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para cuyo efecto será indispensable el informe previo del respectivo Director Provincial del Instituto.

3.6. La penalidad por la apropiación indebida de los aportes.

La Ley de Seguridad Social le concede al empleador ya sea público o privado un plazo de 15 días para realizar los descuentos que por concepto de aportaciones a la seguridad social deben realizarse de los sueldos de los trabajadores o funcionarios. Después de este plazo, el empleador o responsable por estos descuentos dispondrán de 90 días plazo para acreditar al IESS los valores en su poder.

La sanción por la apropiación indebida de estos aportes es de 5 años de prisión y con ella una multa igual al doble de la aportación retenida ilegalmente. Finalmente, el Director provincial le pondrá en conocimiento de este delito al ministro fiscal para que se inicie la instrucción fiscal pertinente.

El tema de la presente tesis es la tipificación como delito penal de la no afiliación de los trabajadores al IESS; sin embargo, la actual Ley de Seguridad Social considera como un delito a la no entrega de las aportaciones del empleado por parte del empleador o responsables. La similitud de las sanciones existentes entre la no entrega de los aportes y las propuestas en el código integral penal para con la no afiliación del trabajador es notable y nos hace comprender que esta sanción es la base para la propuesta.

El artículo 78 de la Ley de Seguridad Social es el que recoge esta tipificación penal³⁰ y dice lo siguiente:

Art. 78.- SANCIÓN PENAL.- Sin perjuicio del plazo de quince (15) días para la remisión de aportes, descuentos y multas al IESS, el funcionario público o el empresario privado que hubiere retenido los aportes patronales y/o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena de tres a cinco (5) años de prisión y una multa igual al duplo de los valores no depositados.

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie la correspondiente instrucción fiscal.

3.6.1. Aportes pagados al trabajador.

Los aportes deben ser entregados únicamente al IESS; sin embargo, en el caso del derecho laboral, se permite que los empleados sean quienes realicen directamente su aportación personal al IESS; esta deferencia que se le otorga a la relación laboral, nos permitirá realizar la distinción entre la aportación patronal y la aportación personal en cuanto a la obligación y la consecuente sanción penal por un eventual delito de no afiliación al Sistema de Seguridad Social.³¹

Art. 79.- NULIDAD DEL PAGO DIRECTO DE APORTES AL TRABAJADOR.- Con la excepción prevista en el Código del Trabajo, toda transacción, pago o entrega que se hiciera directamente al trabajador relacionada con aportes, descuentos o fondos de reserva, será nula y no obligará al Instituto.

³⁰ Concordancias: Código de Procedimiento Penal 2000, art. 217.

³¹ En debate su aprobación dentro del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal.

3.6.2. La Afiliación fraudulenta.

Se refiere al hecho doloso y consciente de simular la inclusión de un supuesto afiliado en el sistema ecuatoriano de seguridad social.

Este ilícito se imputa al supuesto empleador y al supuesto trabajador, con la responsabilidad solidaria de estos ante la potestad sancionadora del IESS.

Art. 80.- AFILIACIÓN FRAUDULENTO.- En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto retendrá, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto exigirá, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dará por vencidas y declarará exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono.

3.6.3. Declaración de afiliación indebida o fraudulenta.

La facultad para conocer y realizar un pronunciamiento acerca de una supuesta afiliación fraudulenta les corresponde a las Comisiones Provinciales.

Los declarados responsables y culpables de este ilícito podrán apelar este pronunciamiento ante la Comisión Nacional de Apelaciones conforme al Art. 81 de la Ley de Seguridad Social.

Art. 81.- DECLARACIÓN DE AFILIACIÓN INDEBIDA O FRAUDULENTO.- Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de

Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones.

3.7. Capitalización de los Créditos del IESS provenientes de la relación laboral.

Los créditos con los cuales el IESS financia a las prestaciones que concede a sus afiliados tiene su origen, como se había expuesto anteriormente, conforme a lo dispuesto en el Art.4 de la Ley de Seguridad Social; de entre ellos los literales a), b) y c) disponen la obligatoriedad que tienen empleados y empleadores de contribuir con sus propios recursos para la capitalización del Sistema de Seguridad Social ecuatoriano,³² por esta razón en el artículo 82 de la Ley de Seguridad Social se dispone que para cumplir con esta disposición, sean los sueldos y salarios de los trabajadores los que sirvan para recaudar esos recursos.

De igual manera se establece que la responsabilidad por estos dineros le es imputable a los patronos y oficiales pagadores; lo que se pretende es advertir a los patronos y oficiales pagadores acerca de su condición de meros tenedores de los dineros recaudados y es a ellos contra quienes el IESS puede iniciar acciones por actos u omisiones que perjudiquen la captación de los créditos del IESS.

Art. 82.- RETENCIÓN DE CRÉDITOS DEL IESS.- Los créditos a favor del Instituto, inclusive los intereses de mora y multas, se recaudarán mediante retenciones de los sueldos y salarios de los afiliados. A requerimiento del Instituto, los patronos y oficiales pagadores se hallan obligados a efectuar dichas retenciones bajo su responsabilidad personal.

³² Art. 4.- RECURSOS DEL SEGURO GENERAL OBLIGATORIO: Las prestaciones del Seguro General Obligatorio se financiarán con los siguientes recursos:

- a. La aportación individual obligatoria de los afiliados, para cada seguro;
- b. La aportación patronal obligatoria de los empleadores, privados y públicos, para cada seguro, cuando los afiliados sean trabajadores sujetos al Código del Trabajo;
- c. La aportación patronal obligatoria de los empleadores públicos, para cada seguro, cuando los afiliados sean servidores sujetos a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa;

3.8. Los aportes personales.

En su artículo 83, la Ley de Seguridad Social nos presenta a una interesante disposición:

Art. 83.- DERECHO DEL EMPLEADOR PARA DESCONTAR APORTES AL TRABAJADOR.- Sin perjuicio de las obligaciones patronales correspondientes, el patrono tiene derecho a descontar a los afiliados, al efectuar los pagos de sueldos y salarios, el valor de los aportes personales, el de los descuentos por otros conceptos que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ordenare, y el de las multas que éste impusiere a sus afiliados. Si el patrono no ha hecho uso del derecho a descontar los aportes personales, al efectuar el pago de sueldos y salarios, podrá ejercerlo en el pago siguiente o subsiguiente, como plazo máximo. Si no lo hiciera, esos aportes personales quedarán también de cargo del patrono, sin derecho a reembolso.

Se concede al empleador **el derecho de descontar los aportes personales del trabajador** de los sueldos o salarios a los que por concepto de retribución económica tiene derecho.

El patrono tiene la oportunidad de ejercer este derecho hasta por un plazo máximo de tres pagos de sueldos o salarios.

Los aportes personales son susceptibles de ser acreditados de manera directa por el trabajador si éste así lo solicita. Al respecto, para la elaboración de actas de finiquito, el Ministerio de Relaciones Laborales, en su portal web, interroga acerca de si el trabajador cancela directamente sus aportaciones personales al IESS.

3.9. Pago parcial por excepción.

De igual manera se permite pagar parcialmente los aportes y nuevamente se permite que sea el trabajador quien en forma directa cumpla con su aporte personal; cabe recalcar que el

pago parcial no extiende, no concede prórroga del plazo para cumplir con el pago de las aportaciones.

Art. 84.- PAGO EXCEPCIONAL DE PLANILLAS PARCIALES.- Sin que esto constituya prórroga de plazo, para facilitar a los afiliados el trámite de sus prestaciones, se faculta a la Dirección Provincial respectiva, en casos debidamente calificados, la recepción de aportes, fondos de reserva y descuentos en planillas parciales, sea que el pago lo efectúen los mismos afiliados, sea que lo paguen sus empleadores. Si el pago lo efectúa el afiliado, el Instituto le reembolsará las cantidades pagadas cuando la empresa deposite los valores correspondientes, sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar.

3.10. Entidades financieras depositarias de entidades públicas.

Las entidades financieras que tuviesen los depósitos de los dineros de entidades públicas están obligadas a entregar en forma primera los valores destinados al IESS. Esta acreditación se la realizará en un término de 48 horas previas a la fecha de exigibilidad de la entrega de los mismos.

El IESS está en la obligación de notificar en forma oportuna al banco o entidad financiera correspondiente la suma correspondiente a la solicitud.

De igual manera se prevé una sanción para la entidad financiera que incumpla con esta obligación, la cual consiste en exigirle el reintegro de los valores adeudados con la penalidad pecuniaria de incluir un recargo igual a la tasa intercambiaría vigente adicionando cinco puntos porcentuales. Se puede repetir el pago contra el funcionario responsable.

Art. 85.- OBLIGACIÓN DE BANCOS DEPOSITARIOS DE FONDOS DE ENTIDADES PÚBLICAS.- Todos los bancos depositarios de fondos de entidades públicas están obligados a entregar, con antelación a cualquier otro egreso, dentro

del término de cuarenta y ocho (48) horas, los valores que requiera el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por concepto de aportes, descuentos y otras obligaciones periódicas que provengan de convenios suscritos con el Instituto y relativos a estos conceptos. Para tal fin, el Instituto notificará oportunamente al banco depositario y a la entidad correspondiente, el valor de dichas obligaciones.

El incumplimiento de esta obligación dará derecho al IESS para exigir al banco el reintegro del capital adeudado con un recargo equivalente a la tasa de interés interbancaria vigente a la fecha de la operación más cinco (5) puntos porcentuales, independientemente de la sanción a que hubiere lugar en contra del funcionario responsable.

3.11. Contratistas de obras públicas.

El Estado y sus instituciones tienen la posibilidad de retener de los honorarios de los contratistas, siempre y cuando estos adeuden, los valores correspondientes a intereses por mora patronal o por convenios de purga de mora. De igual manera no se cancelará los honorarios sin que primero se adjudique las retenciones de éstos al IESS.

Para el cese de las retenciones a las que hubiese lugar y tuviese derecho el Estado, se deberá presentar el certificado de cumplimiento de obligaciones del IESS.

La garantía o fondo de garantía no podrá ser reintegrado al contratista mientras no presentare el certificado de cumplimiento de obligaciones del IESS.

*Art. 86.- RETENCION DE APORTES A CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS.-
En los contratos que por obras públicas celebraren el Estado y otras entidades de derecho público, se estipulará la obligación de la entidad correspondiente de retener el valor de los descuentos que el Instituto ordenare y que correspondan a obligaciones en mora de la empresa constructora o de convenios de purga de mora patronal por obligaciones con el Seguro Social, provenientes de servicios personales para ejecución de dicho contrato.*

Ni el Fisco ni los demás organismos y entidades que integran el sector público podrán abonar a los contratistas cantidad alguna mientras no se paguen primero estas obligaciones a favor del IESS.

El fondo de garantía que se establezca en los contratos de ejecución de obras, cualquiera sea su forma, no podrá devolverse al contratista mientras no presente el certificado conferido por el IESS de haber pagado las obligaciones al Seguro Social.

3.12. Los certificados de cumplimiento de obligaciones.

Con la finalidad de cumplir con las disposiciones de la Constitución Política, la Ley de Seguridad Social y los controles realizados por el Ministerio de Relaciones Laborales a través de la campaña del “*Trabajo Digno*”³³, el empleador puede solicitar la emisión de un certificado que avale el cumplimiento de sus obligaciones para con el sistema de aseguramiento universal obligatorio, esto con la finalidad de poder recibir los honorarios en forma íntegra (en el caso de las empresas que tienen adjudicación de contratos con el Estado) y de poder realizar trámites de orden laboral en las direcciones regionales del trabajo o en las dependencias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y finalmente del BIESS.

Art. 87.- CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PATRONALES PARA CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS.- Para que el Fisco o cualquier organismo o entidad que integra el sector público pueda realizar pagos de planillas por trabajos ejecutados, la empresa contratista deberá presentar previamente la certificación que acredite estar al día en el pago de aportes, fondos

³³ La campaña del Trabajo Digno fue iniciada durante el segundo mandato del señor presidente Eco. Rafael Correa Delgado. La campaña consiste en dar a conocer a los trabajadores y empleadores las leyes y normas que regulan la relación laboral, las obligaciones y deberes entre ellos así como para con el Estado a través de sus instituciones; De igual manera esta campaña pretende verificar el cumplimiento de las obligaciones del empleador para con el empleado y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, concediendo plazos para la presentación de los documentos que respalden y demuestren que se ha cumplido con la ley.

de reserva y descuentos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por los empleados y trabajadores a su cargo.

Los funcionarios y empleados encargados de tramitar y realizar los pagos de las planillas, serán administrativa, civil y penalmente responsables del cumplimiento de este requisito.

Toda compañía, para la aprobación de reformas estatutarias, incrementos de capital, revalorización de activos, balances y Estados financieros, presentará la certificación que acredite estar al día en el cumplimiento de todas las obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Art. 88.- CERTIFICADO DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES PATRONALES.- Para que el empleador pueda hacer uso de los derechos que el Código del Trabajo le confiere respecto de sus trabajadores, deberá probar mediante certificación del IESS que no se halla en mora en el pago de sus obligaciones patronales.

La certificación a que se refiere este artículo deberá concederla la Dirección Provincial del IESS en el plazo perentorio de quince (15) días contados desde la fecha de presentación de la respectiva solicitud, y tendrá validez por un máximo de treinta (30) días.

4. La Mora Patronal.

En atención a la Constitución de la República del Ecuador y a las disposiciones constantes en la Ley de Seguridad Social acerca de la recaudación y las prestaciones que éstas cubren, se dispone que la tardanza y el incumplimiento por parte del empleador en el envío de los recursos que originasen con ello un perjuicio³⁴ al trabajador sea sancionado bajo el

³⁴ El perjuicio ocasionado por la mora patronal se contempla como la Responsabilidad Patronal.

concepto administrativo de mora patronal, sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que hubiese lugar conforme al Art. 78 de la LSsoc.

Para la configuración de la mora patronal se requiere:

- a) La mora en el envío de aportes;
- b) La mora en el envío fondos de reserva;
- c) La mora en el envío de descuentos por préstamos quirografarios;
- d) La mora en el envío de descuentos por préstamos hipotecarios;
- e) La mora en el envío de otros descuentos dispuestos por el IESS; y
- f) La mora en el envío de los descuentos que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto.

En caso de que el empleador incurra en alguna de estas causales de mora patronal, la sanción que se genera es de tipo pecuniario; es decir, que se castiga el patrimonio de la empresa, forzándole a pagar en forma adicional a los aportes no acreditados al IESS un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central con un incremento de cuatro puntos.

Art. 89.- INTERES Y MULTAS POR MORA PATRONAL³⁵.- La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos.

En el caso de la mora patronal por parte de las instituciones del Estado o administraciones públicas, el IESS puede solicitar al Contralor General del Estado que se disponga el bloqueo de fondos que éstas posean, su consecuente retención y posterior acreditación al

³⁵ Concordancias: Código Civil (Libro IV), Arts. 1567, 2109

IESS de los valores que exigidos mediante una solicitud; sin importar esto, el IESS se reserva la acción coactiva.

Art. 90.- BLOQUEO DE FONDOS DE ENTIDADES PÚBLICAS Y RETENCIÓN.- Si el fisco y los demás organismos y entidades que integran el sector público, incurrieren en mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y más descuentos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Contralor General del Estado, a solicitud del IESS, ordenará el bloqueo de fondos y la inmediata retención y entrega al Instituto de una cantidad igual al monto de la liquidación que, conjuntamente con la solicitud, presentará éste. Esta medida no obstará el derecho del IESS a perseguir el cobro de lo adeudado mediante la acción coactiva.

Las acciones que quedan indicadas solamente se interrumpirán si tales entidades suscribieren convenios de purga de mora patronal, debidamente garantizados.

Se permite que los empleadores que por razones de fuerza mayor, debidamente comprobada, no cumplan con los pagos de aportaciones y de fondos de reserva, puedan realizar convenios de pago con el IESS.

Estos convenios contienen:

1. El capital adeudado en dólares de los Estados Unidos de América a la fecha de la liquidación de las obligaciones;
2. Intereses; y,
3. Recargos legales.

Podrán cancelarse en el plazo que establezca el Consejo Directivo mediante el reglamento correspondiente, este plazo jamás será superior a tres años (3). No pueden incluirse los descuentos de los cuales el empleador funge como agente de retención.

Además se deja claro que:

Art. 91³⁶.- (...)

Estos convenios se considerarán títulos de crédito que contienen obligaciones claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido para que el Instituto persiga su cancelación por la vía coactiva cuando el deudor incumpliere el pago de dos o más dividendos. La mora en el pago de las obligaciones contraídas en estos convenios dará lugar a la multa que establezca el Consejo Directivo mediante el reglamento correspondiente.

La suscripción del convenio de purga de mora conllevará la responsabilidad solidaria

Los únicos órganos autorizados para conocer las solicitudes de convenios y aprobarlos según su cuantía, de conformidad con la reglamentación del IESS son:

- a) El Consejo Directivo;
- b) El Director General; y,
- c) El Director Provincial de la respectiva circunscripción territorial.

La ley permite al IESS la suscripción de convenios de purga de mora patronal siempre y cuando se presenten garantías que aseguren el fiel cumplimiento de lo convenido, es así que el artículo 93 permite dos tipos de garantías exigidas:

- a) Garantías hipotecarias.

Estas garantías serán incondicionales, irrevocables y de pago inmediato a la disposición del IESS; y,

- b) Garantías rendidas por entidades financieras o compañías aseguradoras.

³⁶ *Concordancias:*

- *Código De Procedimiento Civil, Codificación, Arts. 415, 945*
- *Código Civil (Titulo Preliminar), Arts. 30*
- *Código Civil (Libro IV), Art. 1567*

Estas garantías podrán ser de un valor igual al valor neto de la obligación con sus intereses y recargos, las otras garantías deberán constituirse sobre bienes inmuebles cuya relación de valor será establecido por el Consejo Directivo en el reglamento correspondiente.

4.1. La responsabilidad patronal.

La mora patronal es la demora en la acreditación de los recursos a los cuales está obligado el empleador, de allí que el perjuicio que se ocasiona por la carencia de estos recursos en la cuenta unipersonal del trabajador se le imputa al empleador y con ello las siguientes sanciones y consideraciones.

La responsabilidad patronal se manifiesta en la inexistencia o disminución de recursos para conceder el valor del auxilio económico que el IESS debe por la prestación requerida al trabajador o sus deudos.

El IESS hará responsable al empleador por el perjuicio causado al trabajador, a los deudos y a esta entidad; el procedimiento contemplado será el de cobranza a través de la vía coactiva. Misma que podrá ser iniciada por parte del IESS dentro de los treinta días de producido el hecho que la motiva, contra el empleador constituido en mora³⁷.

La conclusión o suspensión del juicio coactivo se producirá cuando:

- a) Se realice el pago en efectivo.
- b) Se firme un convenio de purga de mora patronal; deberá incluirse una de las garantías exigidas en el artículo 93.

³⁷ *Concordancias:*

- *Código De Procedimiento Civil, Codificación, Art. 941*

- *Código Civil (Libro IV), Art. 1567*

Cabe señalar que la conclusión del juicio implica que la administración de la seguridad social ha aceptado el hecho de que el patrono constituido en mora ha cumplido con los valores adeudados y los recargos que a éste se le impusieron. Por esta razón la ley obliga al Director General, al Director Provincial o al funcionario que aceptara dar por terminado el juicio coactivo, responder en forma pecuniaria personal por cualquier incumplimiento o perjuicio que por la inobservancia, acción u omisión de su responsabilidad se produjere.

Una vez se hubiere iniciado el cobro por vía coactiva, el IESS suplirá en todo o en parte el faltante que tuviese la cuenta del trabajador por culpa del empleador; sin embargo, el IESS puede también suplir al empleador, siempre y cuando éste confiera una garantía que cubra las expectativas de la institución.

El IESS está facultado para revisar cada tres (3) meses la situación de la mora patronal.

En los casos que la administración considere a la deuda como totalmente incobrable por la insolvencia declarada judicialmente de deudor y garante, se procederá a realizar el castigo de la deuda³⁸.

El castigo de una obligación llevará implícita la prohibición, para el deudor directo o responsable solidario, de acogerse a las prestaciones y beneficios del Seguro Social, debiendo retenerse pensiones jubilares, fondos de reserva y cesantía, hasta cubrir el monto de las obligaciones en mora; consecuentemente con esta medida, declarado el castigo de una obligación, se pondrá el particular en conocimiento de todas las dependencias del Instituto.

El castigo termina, como es lógico en derecho, cuando se hubiere cancelado la obligación que las causó.

³⁸ *Concordancias:*

- *Código De Procedimiento Civil, Codificación, Art. 507*

- *Código Civil (Libro IV), Art. 1512*

La ley en su artículo 96 obliga a que los trabajadores que habiendo cumplido con la Ley de Seguridad Social y que habiendo sido perjudicados por sus empleadores no dejen de ser asistidos en la cobertura de las siguientes prestaciones³⁹:

- 1) Enfermedad;
- 2) Maternidad;
- 3) Fondo mortuario: y,
- 4) Auxilio de funerales.

De igual manera el IESS está obligado a cumplir con la entrega oportuna de las prestaciones de salud a los jubilados en todas y cada una de sus unidades médicas, para lo cual no podrá argumentar retraso alguno o falta del pago de la contribución obligatoria que cubre el costo del seguro colectivo contra la contingencia de enfermedad de los jubilados por parte del Estado.

La praxis jurídica coactiva de la responsabilidad patronal, muchas veces deviene en que el accionado lo es en virtud de una relación laboral actual, es decir, que puede suceder que la violación a las leyes de la seguridad social sean actos ajenos a su conocimiento y a su voluntad y que, en este caso, estos delitos le fuesen imputables a un patrono anterior. Es así que la ley recoge esta situación y realidad laboral y nos ilustra con su argumento de la *responsabilidad solidaria de los sucesores o del patrono en mora*⁴⁰. La ley nos obliga a demandar al responsable actual de la empresa, al empleador que se encuentre en funciones; sin embargo, condenado al pago por responsabilidad solidaria como fuere, éste puede demandar mediante juicio ejecutivo a su predecesor por el reintegro de lo pagado.

³⁹ Concordancias:

- Constitución de la República del Ecuador 2008, Art. 369

⁴⁰ Concordancias:

- Código Civil (Libro III), Arts. 993, 1125, 1265, 1268, 1284, 1370

- Código Civil (Libro IV), Arts. 2272

- Codificación del Código del Trabajo, Art. 198

En el caso de los herederos, responsables solidarios de la mora patronal del causante, nos remitiremos a las disposiciones contempladas en el código civil ecuatoriano.

La condonación de multas e intereses a los empleadores se encuentra prohibida en forma expresa por la Ley de Seguridad Social en su artículo 100, mismo que se cita a continuación:

Art. 100.- PROHIBICIÓN DE EXONERACIÓN DE INTERESES Y MULTAS.- Prohíbese la exoneración de intereses, multas y más recargos causados por la mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y descuentos que ordenare el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Al formular las liquidaciones para convenios permitidos por la Ley, se cuidará de incluir los intereses, multas y más recargos, bajo pena de destitución de todos los funcionarios y servidores encargados de autorizar y tramitar dichos convenios.

Finalmente, en el caso de la responsabilidad patronal, el IESS puede solicitar a las Cámaras el retiro de las matrículas de sus miembros que se hallaren inmersos en mora. De esta manera se incluye un plazo en el artículo 98 de la Ley de Seguridad Social.

Art. 98.- SUSPENSIÓN DE AFILIACIÓN EN CÁMARAS POR MORA PATRONAL.- La respectiva Cámara, a petición escrita del Instituto, estará obligada a suspender la matrícula de los afiliados que estuvieren en mora en sus obligaciones patronales por más de noventa (90) días.

5. La afiliación obligatoria universal como competencia del IESS.

El Estado ecuatoriano ha pretendido realizar el aseguramiento universal, para garantizar a todos los ecuatorianos, el acceso a las prestaciones de la seguridad social que actualmente son beneficios exclusivos para los empleados con relación de dependencia y afiliados voluntarios.

Mediante resolución N° 464 de fecha 29 de enero de 2014, el IESS crea y expide, a través de su Consejo Directivo, la “*CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE AFILIACIÓN OBLIGATORIA APLICABLE A PERSONAS SIN RELACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL RÉGIMEN DE AFILIACIÓN VOLUNTARIA DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL*”.

Esta resolución pretende crear un seguro que incluya en forma obligatoria a todos los ecuatorianos mayores de edad; es decir, que constan los afiliados por relación de dependencia, los ecuatorianos afiliados residentes en el exterior, y ahora, todos los ecuatorianos sin relación de dependencia.

Esta resolución crea:

1. Afiliación obligatoria para los trabajadores no dependientes; y,
2. Afiliación voluntaria para los ecuatorianos residentes en el exterior.

5.1. La afiliación obligatoria para trabajadores no dependientes.

La resolución crea en forma explícita, tanto semántica como conceptualmente, la afiliación con carácter obligatorio; es decir, que no es optativa ni voluntaria la decisión del trabajador independiente. En forma reiterada se encuentra la palabra “afiliación obligatoria”, así como las siguientes consideraciones:

Los avisos de entrada y de salida son realizados por el afiliado, con la característica de que para realizar el aviso de salida se determina que puede ser realizada cuando no tenga ingresos el afiliado.

Sin embargo, si informara de un aviso de salida por pérdida de ingresos, se advierte que esta información se cotejará con el sistema de información cruzada que se encuentra en vigencia entre el SRI, el IESS, el Ministerio de Relaciones Laborales y la Superintendencia de Compañías; y que en caso de que se compruebe la existencia de ingresos; es decir, que

se retiró por motivos ajenos a la falta de ingresos como por ejemplo se retiró por su voluntad, será sancionado con una multa con recargo por las aportaciones no realizadas desde su aviso de salida.

Todo esto se remite a una base presuntiva de aportación que *“en ningún caso será inferior a la base imponible calculada para fines de declaración del impuesto a la renta; la cual dividida para doce no será inferior al salario básico unificado.”*⁴¹

Así se entiende, en forma definitiva, que la afiliación es obligatoria y su permanencia en ella también, ya que solo por una causal se puede “dar de baja” del Sistema de Seguridad Social, ya que al dejar el sistema, se suceden una investigación y su posterior sanción. Por esta razón es errónea la intención del Presidente del IESS al pretender, en forma absurda, calificar como afiliación “obligatoria pero voluntaria” de los trabajadores particulares...

5.2. La afiliación voluntaria de los ecuatorianos residentes en el exterior y becarios ecuatorianos residentes en el exterior.

La afiliación voluntaria se contempla para los ecuatorianos que se encuentran:

1. Residentes en el exterior; o,
2. Son becarios ecuatorianos en el exterior.

Como se observa en el primer capítulo de esta obra, es la intención del Estado ecuatoriano el obtener ingresos para financiar a la seguridad social, así como para proteger a los ecuatorianos que se encuentren en el exterior, esto sí con ayuda de los convenios internacionales que en materia de cooperación de Seguridad Social, Ecuador ha suscrito.

Dentro de los servicios prestados a los residentes en el exterior ante su afiliación voluntaria a la seguridad social, se hace hincapié en el servicio de repatriación de cadáveres o restos mortuorios de los afiliados.

⁴¹ Codificación del Reglamento del Régimen de Afiliación Obligatoria aplicable a personas sin relación de dependencia y del Régimen de Afiliación Voluntaria del Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social, IESS: 03.

5.3. Disposiciones comunes.

En ambos tipos de afiliación, obligatoria y voluntaria, se determina como mínimo para la aportación a la remuneración básica unificada (USD 340.00).

De igual manera, se establece un 0,10% adicional del monto de las aportaciones como un aporte solidario para financiar las prestaciones para las personas con capacidades especiales.

Se permite realizar un aporte mayor al mínimo fijado para tener la posibilidad de mejorar las pensiones jubilares.

5.4. Consecuencias de la fusión de la afiliación universal al Sistema de Seguridad Social de los trabajadores.

La afiliación obligatoria significa nuevas aportaciones contributivas. El afiliado será quien financie sus propias prestaciones, con lo cual se cubre por sí misma la generación de nuevas plazas de responsabilidad gubernamental.

Sin embargo, el Seguro Social en el 2010 presentaba un déficit de USD 5.141 millones para las pensiones de invalidez, vejez y muerte y de USD 2.613 millones de dólares en los fondos del sistema de salud del IESS. Un déficit que sin importar el número de afiliados, que por la afiliación voluntaria vigente no puede haber sido disminuido en forma significativa, aún persistiría en considerable desfinanciamiento.

Estos datos son importantes ya que cabe notar que la resolución N° 464 no exige ni una edad límite ni una evaluación médica para realizar las afiliaciones obligatorias.

Una persona que se afilia a los 80 años con un aporte del 20,5% sobre la remuneración básica no puede pretender financiar su pensión jubilar ya que los años se lo impiden.

En el tema de la salud no se puede pretender afiliarse sin condiciones y una evaluación médica pertinente a personas que pueden presentar enfermedades terminales; una persona que presenta enfermedad terminal requiere de cuidados intensivos, tratamientos y medicamentos que en un mundo capitalista son costosos, por lo cual se requerirá suplir la falta de recursos de las aportaciones de este afiliado con la de los demás afiliados. Si una persona con cáncer, cuyos tratamientos son costosos, conoce que se afilia obligatoriamente y tiene beneficios desde el momento en que se registra como afiliado obligatorio independiente (ya que no se ha meditado un periodo de carencia) y puede hacerse tratar en forma “gratuita”, se atenderá desde el primer día, con lo que el sistema de salud destinará tratamientos de USD 1000 por una aportación de USD 70 mensuales.

Según los análisis actuariales del IESS, el hecho de que los cónyuges y los hijos menores de 18 años sean beneficiarios de las aportaciones del afiliado, generaron un déficit de salud en 200%, una cifra escandalosa que debió ser tomada en consideración y que generó la necesidad de tomar medidas al respecto. De igual manera, desde el año 2002 la deuda Estatal con las prestaciones de salud ha venido aumentando.

Bien, con el déficit actual del IESS, planteado y reconocido en los informes actuariales del 2010, se puede comprender que el hecho de crear una afiliación conjunta entre el IESS y la Seguridad Universal, de responsabilidad Estatal, sólo generará un déficit más grande a largo plazo, aunque a corto plazo se financiará con estas nuevas aportaciones.

Otro punto desfavorable es el congestionamiento de pacientes. Actualmente los hospitales públicos poseen una sobrepoblación de enfermos y necesitados de atención médica inmediata y paliativa, por lo que la asignación de “turnos” es el problema más grave de los afiliados. Un turno puede ser solicitado hoy y la cita se obtendrá hasta dentro de tres o cuatro meses, este es el caso de un paciente que solicitó un examen de resonancia de su rodilla porque necesitaba saber si operarse debido a los dolores o si tan solo era una lesión superficial que requería rehabilitación; sin embargo, el Hospital Eugenio Espejo le otorgó un turno para la máquina de resonancias para dentro de cuatro meses, aduciendo que estaba dañada y estaban congestionados los turnos. Está por demás decir que el afiliado se atendió

en una clínica privada, pagando de su pecunio la cuenta, pese a contar con el sistema de seguro social de los trabajadores.

El artículo 2 de la Ley de Seguridad Social establece que son sujetos obligados de afiliación todos los que perciban ingresos con relación laboral o sin ella. Este artículo es el que debía aplicarse y no generar una resolución que únicamente genera zozobra y temor en la ciudadanía así como una comprensible oposición.

Hay dos tipos de seguridad reconocidos en nuestra Constitución, el seguro universal garantizado en la Constitución y que debe ser financiado por el Estado y el seguro social de los afiliados que es financiado con los aportes de estos a través de toda una vida de aportaciones. No se puede pretender que el Estado le endose al IESS esta responsabilidad técnica, que debe ser basada en métodos cuantitativos y estadísticos que lastimosamente no ha podido observar el Directorio del IESS.

El problema práctico es que *“a mayor número de afiliados, mayores ingresos; a mayor número de pensionistas, mayor número de afiliados con necesidad de pensiones... que no podrán cubrirse con los ingresos obtenidos”*.

Esta medida de afiliación universal obligatoria funcionará en la práctica para con los ecuatorianos y ecuatorianas que son jóvenes y tienen una capacidad vital para cubrir aportaciones a largo plazo, con lo que el financiamiento estaría cubierto, en este caso, a futuro.

Finalmente debemos proponer que el Estado es quien debe crear otra forma de cumplir con su deber constitucional de asegurar a todos los ecuatorianos, una forma que no incluya un riesgo de colapso para los afiliados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La manera más adecuada sería la de crear una entidad u órgano ministerial encargado de velar por un nuevo Sistema de Seguridad Social, o que en su defecto, se cree divisiones en el IESS entre los dos tipos de seguros; pero en ambos casos deben ser diferenciados los aportes, no se puede caer en el simplismo de utilizar los aportes del seguro universal para pagar y suplir las carencias del seguro de los afiliados en relación de dependencia; con el

tiempo, esta confusión de fondos generaría un déficit en ambos seguros que ocasionaría un colapso social.

5.5. Resolución N°464 derogada.

Debido a la incompatibilidad de conceptos y la forma en que se pretendió realizar la afiliación obligatoria universal de todos los ecuatorianos, el Consejo Directivo del IESS, aprobó, con fecha 20 de marzo de 2014 la resolución N° 467, es decir que la resolución N° 464 no duró más de dos meses en los cuales el rechazo de los sectores sociales y entendidos en la materia demostró el mal trabajo que hubo realizado el Consejo Directivo del IESS.

5.6. La resolución N° 467.

La resolución tiene dos fines:

1. Derogar a la resolución N° 464 y terminar así con la filiación obligatoria; y,
2. Regular las prácticas en materia de aportación del ha venido manteniendo el IESS.

La resolución propone que la afiliación de los trabajadores sin relación de dependencia podrán afiliarse en forma voluntaria.

Así mismo, los trabajadores serán afiliados desde el mismo día en que realicen la correspondiente solicitud.

El afiliado podrá presentar en cualquier momento su aviso de salida.

El afiliado tiene 30 días para pagar la aportación del mes en curso, de no hacerlo, se deja expresa constancia de que el IESS le registra automáticamente su aviso de salida.

Finalmente se establece al *Salario Básico Unificado* como la base para el monto del cálculo para las aportaciones.

6. Análisis comparativo con los sistemas de Seguridad Social de España.

El sistema de Aseguramiento Universal Obligatorio ecuatoriano se basa en el derecho latino, por lo cual puede ser comparado con otros sistemas jurídicos similares. Se lo comparará con el Sistema de Seguridad Social español en primer lugar.

6.1. Sistema de aseguramiento social español.

La seguridad social en España se rige por:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948;
- El convenio N° 102 de la OIT sobre norma mínima de Seguridad Social de 1952;
- La Carta Social Europea de 1961;
- El artículo 41 de la Constitución española de 1978; y,
- Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto 1/1994, 20 de junio).

El artículo 41 de la Constitución Española de 1978 norma que:

“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

El artículo se enmarca dentro los principios rectores de la política social y económica, ocupándose de la seguridad social.

Para don Pedro Peña y doña Sara Sieria, Letrados de las Cortes Generales⁴² el artículo no es rígido y como tal no se puede hablar de un “modelo único de seguridad social” sino que según se ha demostrado a través de la legislación y los “Pactos de Toledo”, ésta responde a

⁴² Don Pedro Peña, Letrado de Las Cortes Generales 2003 y Doña Sara Sieria, Letrada de las Cortes Generales 2011

cuestiones mucho más profundas y consecuentes, de alcances presentes y futuros inciertos, con lo cual ellos otorgan la gran responsabilidad al legislador.

En España se entiende al Sistema de Seguridad Social como un sistema compuesto, dividido entre el carácter contributivo basado en las aportaciones de los afiliados o asegurados y el carácter que como responsable se le otorga al Estado por medio del artículo 41 de la Constitución Española.

Esta realidad es producto de la legislación que en materia de seguridad social se presenta en la historia jurídica del país ibérico, y de forma más concreta en las etapas republicana y democrática. Es así que la Constitución de 1978 recoge el sentimiento político de consenso social democrático que muestra la preocupación por un adecuado sistema de aseguramiento social; por otro lado, el artículo 43 de la Constitución Republicana española señala: *“la república asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna”*⁴³, estas dos teorías suscitadas en dos etapas tan distintas y tan afines en cuanto a la postura anti-monárquica del país ibérico, son la base para que desde el retorno a la democracia se pudiese expedir el actual artículo 41 de la Constitución.

“El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del Sistema de Seguridad Social supone que este se configure como un régimen legal, en tanto que las aportaciones de los afiliados como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca” (STC 65/1987).

El Sistema de Seguridad Social español se conforma de la siguiente manera:

1. Régimen General.
2. Regímenes especiales.

⁴³ Constitución Republicana Española.

- 2.1. Trabajadores del sector agrícola, pesquero, forestal.
- 2.2. Trabajadores del mar.
- 2.3. Trabajadores por cuenta propia o autónoma.
- 2.4. Funcionarios públicos, civiles y militares.
- 2.5. Empleados de hogar.
- 2.6. Estudiantes.
- 2.7. Demás grupos determinados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Las prestaciones de seguridad sirven para conceder y auxiliar en los siguientes casos:

1. Asistencia sanitaria en casos de:

- 1.1. Maternidad;
- 1.2. Enfermedad;
- 1.3. Enfermedad Profesional;
- 1.4. Accidentes Profesionales; y,
- 1.5. Recuperación Profesional;

2. Prestaciones económicas en casos de:

- 2.1. Incapacidad temporal;
- 2.2. Maternidad;
- 2.3. Riesgo durante el embarazo;
- 2.4. Invalidez (modalidad contributiva);
- 2.5. Invalidez (modalidad no contributiva);
- 2.6. Jubilación (modalidad contributiva);
- 2.7. Jubilación (modalidad no contributiva);
- 2.8. Desempleo (modalidad contributiva);
- 2.9. Desempleo (modalidad asistencial);
- 2.10. Muerte; y,
- 2.11. Supervivencia.

3. Las que propuestas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales fuesen promulgadas mediante Real Decreto.

4. Prestaciones familiares por hijo a cargo:

4.1. Modalidad contributiva; y,

4.2. Modalidad no contributiva.

5. Prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de:

5.1. Reeducación de inválidos;

5.2. Rehabilitación de inválidos;

5.3. Asistencia a la tercera edad.

Estas prestaciones de seguridad se realizan a través de las siguientes entidades administrativas:

- Instituto Nacional de Seguridad Social;
- Instituto Nacional de la Salud para la administración y gestión de servicios sanitarios;
- Instituto de Mayores y Servicios Sociales; y,
- Tesorería General de la Seguridad Social.

Las principales diferencias con nuestro sistema de aseguramiento social ecuatoriano:

1. El sistema ecuatoriano de seguridad social no posee un seguro para estudiantes ni un seguro de desempleo; sin embargo, el Sistema de Seguridad Social ecuatoriano posee el seguro voluntario, con el que cualquier persona puede afiliarse, solventando con esto el aseguramiento de los estudiantes. Por otro lado, no poseemos un seguro para quienes se encuentran desempleados; en este caso el

Estado ecuatoriano posee el plan de auxilio económico para la población con escasos recursos denominado *bono de desarrollo humano*⁴⁴.

2. El Sistema de Seguridad Social ecuatoriano tiene un sistema de seguridad diferenciado y especializado denominado Seguro Social Campesino; en España existe solo el Instituto Social de la Marina como organismo administrador de fondos especializados, ya que los trabajadores del mar poseen una regulación especial en España.
3. España diferencia totalmente las contribuciones que como Estado se encuentra obligado a subsidiar y de aquellas que son contributivas por responsabilidad de los asegurados; en Ecuador el Gobierno Nacional se encuentra desarrollando políticas de seguridad social que se van acoplando a lo normado y que encajan dentro del ordenamiento jurídico nacional.
4. España presenta un consensuado plan de Seguridad Social inclusivo con la relación laboral y el sistema tributario español; esto le ha permitido realizar una consolidación de la tipificación penal para los delitos que se producen en forma conjunta en estas dos ramas tan conexas entre sí⁴⁵. Ecuador, por el contrario, solo ha desarrollado aproximaciones de sistemas de control por separado en materia laboral y de control penal de la seguridad social y que son entre ellos las siguientes:

⁴⁴ El *bono de desarrollo humano* no es propiamente un seguro de desempleo, ya que lo administra el Ministerio de Inclusión Económica y Social (entidad distinta al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social aunque afín a esta) y es otorgado a:

1. Madres en situación de pobreza, calificadas por el SELBEN como tal; el bono debe ser ocupado en la educación y salud de sus hijos e hijas, es decir; se persigue una corresponsabilidad entre el Estado y la madre.
2. Los adultos mayores que no perciben ninguna pensión por parte del IESS.
3. Las personas con discapacidad mayor al 70% (acreditada su condición por parte del CONADIS) y que se encuentren en una familia en situación de pobreza y que no sean beneficiarios del IESS.

⁴⁵ España promulgo La Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre, con la cual modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal en materia de lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social.

- Convenio de Coordinación Técnica Interinstitucional entre el Ministerio de Relaciones Laborales, Servicio de Rentas Internas (SRI) y la Superintendencia de Compañías.⁴⁶

La razón del convenio se encuentra en la cláusula segunda:

Cláusula segunda.- Objeto.

(...) el objeto del presente convenio es establecer un nivel de coordinación efectiva y cooperativa en relación a crear mecanismos que permitan evitar el incumplimiento al pago de utilidades a los trabajadores, (...)

- Por otra parte, en el tema de seguridad social y su vínculo con la Ley Penal, solo se encuentra tipificado como delito la no entrega de aportes al IESS:

Art. 78.- SANCIÓN PENAL.- Sin perjuicio del plazo de quince (15) días para la remisión de aportes, descuentos y multas al IESS, el funcionario público o el empresario privado que hubiere retenido los aportes patronales y/o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena de tres a cinco (5) años de prisión y una multa igual al duplo de los valores no depositados.

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie la correspondiente instrucción fiscal.

5. En materia de tipificación penal, España tiene un texto desarrollado y mejor estructurado que el propuesto en nuestro proyecto de Código Orgánico Penal, ya

⁴⁶ 31 de marzo de 2010.

que en el se incluye el delito de no afiliación dentro de una óptica más amplia y detallada, menos experimental.

7. Tratados y Convenios Internacionales en seguridad social ha suscritos, ratificados y vigentes por el Estado Ecuatoriano.

En materia de seguridad social, el Estado ecuatoriano ha suscrito varios convenios de cooperación y reciprocidad para con:

- a) Convenio Iberoamericano de Seguridad Social;
- b) Países de la Comunidad Andina;
- c) Países sudamericanos;
- d) Países con los que tenemos un flujo migratorio de compatriotas considerable;
- e) Con “países amigos”; y,
- f) Con organismos internacionales.

7.1. El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social.

El convenio se suscribió con la finalidad de proteger las prestaciones a las que, a razón del aseguramiento, tienen derecho los trabajadores que por motivos laborales deban desplazarse en forma temporal de un país miembro a otro país miembro de este convenio.

Las prestaciones que protege este convenio son las siguientes:

- a) Las prestaciones económicas de invalidez;
- b) Las prestaciones económicas de vejez;
- c) Las prestaciones económicas de supervivencia; y,
- d) Las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

Las personas protegidas por este convenio son:

- a) Trabajador;
- b) Familiares del trabajador; y,
- c) Derechohabientes del trabajador.

La forma en que se debe realizar la homologación de las prestaciones de seguridad social, para el trabajador que se encuentra temporalmente desplazado por motivos laborales, es a través de la presentación de formularios ante las instituciones locales encargadas de la seguridad social.

El Convenio vincula a los países y a sus sistemas de aseguramiento social; sin embargo, no tiene injerencia en los procedimientos y normativas sanitarias y de prestaciones propias de cada país miembro. Es por esta razón que el trámite de homologación de prestaciones debe ser llevado a cabo por el trabajador o por la empresa en la cual el trabajador desplazado va a realizar sus actividades y la cooperación técnica de las entidades administrativas de los países miembros.

7.2. Tratados que mantiene el IESS con organizaciones supranacionales.

Entre los tratados que mantiene el IESS con organizaciones supranacionales se pueden citar a los siguientes:

7.2.1. Carta de entendimiento para el desarrollo de actividades de asistencia técnica entre la Oficina Subregional de OIT para los países andinos y el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social (IESS).⁴⁷

La carta tiene como objetivos tres puntos:

1. Mejorar la gestión institucional del IESS;
2. Proporcionar incrementos en la cobertura de la seguridad social; y,

⁴⁷ Carta de Entendimiento suscrita el 15 de mayo de 2007 entre José Luís Daza Pérez, Oficina Subregional de OIT y Betty F. Amores F., Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

3. Aportar experiencia y soporte técnico en el proceso de reforma y mejoramiento del sistema ecuatoriano de seguridad social.

La intención es la de cooperar en la realización de un diagnóstico del Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano, elaborar un informe y cooperar con el Estado ecuatoriano en la búsqueda de mejoras y posibles soluciones e inclusiones de normativas acordes con una política de sociabilización del sistema de aseguramiento universal.

La OIT aporta su experiencia técnica y normativa en la implementación de sistemas de control y vigilancia de la seguridad social, programas piloto de salud, diseño e implementación de programas de evaluación actuarial y financiera de los programas de seguridad social administrados por el IESS, así como el fortalecimiento institucional del IESS.

7.2.2. Carta de entendimiento entre la Oficina Subregional de OIT para los países andinos y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Para el desarrollo de actividades de cooperación técnica.⁴⁸

Es un detalle del temario de acuerdos de cooperación similares (por no decir exactos en cuanto a su ideario y ejercicio) a los suscritos en la Carta de entendimiento para el desarrollo de actividades de asistencia técnica entre la oficina subregional de OIT para los países andinos y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

7.2.3. Convenio de cooperación entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS- y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social “OISS” para el desarrollo de la capacitación y el intercambio de experiencias.⁴⁹

⁴⁸ Carta de Entendimiento suscrita el 16 de mayo de 2006 entre Ricardo Hernández Pulido, Oficina Subregional de OIT y Ernesto Díaz Jurado, Director General Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

⁴⁹ Convenio suscrito en forma triplicada en San Francisco de Quito, a los 24 días del mes de noviembre de 2003 por el Ing. Jorge Madera Castillo, Director General del IESS, Dr. Fausto Solórzano Avilés, Presidente del Consejo Directivo del IESS, Dr. Ricardo Ramírez Aguirre, Miembro del Consejo Directivo del IESS en Representación de los Trabajadores, Sr. Bruno Frixone Franco, Miembro Directivo del IESS., Don Francisco Jacob Sánchez, Secretario General de la OISS, y Dña. Gina Magnolia Riaño Barón, Directora Regional para Colombia y el Área Andina.

La OISS realiza un acuerdo de cooperación estratégica en materias de capacitación e, como ellos lo definen, intercambio de experiencias encaminadas a la modernización del IESS y del Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano.

Específicamente, el convenio presentaba actividades de:

- Asistencia técnica;
- Asistencia en la elaboración de los reglamentos operativos internos;
- Asesoría en la elaboración del reglamento de la Ley de Seguridad Social.
- Capacitación al personal del IESS; y,
- Pasantías y servicios de instrucción y seminarios.

De igual manera, el convenio presentaba interés en mantener una evaluación de los programas de seguridad social del IESS, así como en establecer calendarios para la ejecución de los mismos.

Como corresponde en estos casos, se estableció una asistencia económica para poner en marcha el convenio, la cual consistía en un aporte inicial de cien mil dólares de los Estados Unidos de América y la vigencia del mismo fue de cuatro años.

7.2.4. Carta de entendimiento para el desarrollo de actividades de asistencia técnica entre la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).⁵⁰

El convenio, al igual que los anteriores, es en materia de capacitación y cooperación, pero con la diferencia de que es focalizado en materia de prestaciones de salud que se encuentran a cargo del IESS.

⁵⁰ Suscrito en Quito, Ecuador el 10 de mayo de 2007, en tres ejemplares del mismo tenor y valor legal, por Dra. Caroline Chang, Ministra de Salud y Dra. Betty Amores, Directora General Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Dr. Wellington Sandoval, Presidente Consejo Directivo del IESS y, por la OMS/OPS Dra. Mirta Roses Periago, Directora.

La cooperación se encaminaba a realizar un estudio, análisis y diagnóstico de la gestión que en materia de prestaciones de salud, la cual incluía:

- Convenios para la compra de medicamentos e insumos esenciales para la salud pública;
- Fortalecimiento del Seguro General de Salud Individual y Familiar;
- Fortalecimiento y mejoras del sistema - red de unidades médicas ambulatorias; y,
- Asesoría y asistencia en la gerencia hospitalaria en hospitales de segundo y tercer niveles.

7.2.5. Convenio específico entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y la Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud para el proyecto “Gestión integral de medicamentos e insumos en el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social”.⁵¹

La especialización se realizó para cooperar, más eficientemente, con el proyecto “*Gestión integral de medicamentos e insumos en el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social*”. En este convenio se enmarcaba en la extensión del tiempo de duración del mismo en correlación con los resultados; es decir, que se amplió hasta el 31 de diciembre de 1999 o hasta que se cumpliera con los objetivos propios del convenio.

De igual manera se realizaba una dotación de equipamiento informático para el proyecto SAM – IESS. Para lo cual debía determinarse la comisión que se encargaría de la entrega – recepción de la misma.

Finalmente se trataba el tema de la instalación de los equipos por parte de la OPS en las unidades que dispusiera el Director General del IESS.

⁵¹ Convenio suscrito en cuatro ejemplares de igual valor y tenor legal, por el Dr. Luis Enrique Plaza Valdéz, por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, Dr. George A.O. Alleyne, Organización Panamericana de la Salud.

7.3. Convenios que se han suscrito con otros países.

Entre los convenios que se han suscrito con otros países se tienen:

7.3.1. Convenio con la República de Chile.⁵²

El convenio se suscribió entre ambas naciones hermanas, cuyos vínculos ancestrales descansan sobre la fraternidad y la cooperación, para asistir a los trabajadores que por motivos laborales se encontrasen eventualmente residiendo ya bien en Chile, siendo naturales sus actividades en Ecuador o, ya bien en Ecuador, siendo naturales sus actividades en Chile.

Éste establece que si una persona se desplaza entre los países por motivos laborales, las entidades e instituciones encargadas de la seguridad social del país en que se encuentre el trabajador, deben prestarle los beneficios a los que tuviese derecho como si se encontrase en su propia tierra, pero conforme a sus políticas internas de pagos. Con lo que se persigue una prolongación o continuación de los derechos de aseguramiento del trabajador para que los mismos no se interrumpan a razón del espacio.

Las personas beneficiarias de este convenio son:

- a) Los nacionales de los dos países contratantes;
- b) Los extranjeros a estos dos países que se hayan encontrado sujetos a su legislación;
- y,
- c) Las personas que deriven sus derechos de los literales a) y b).

El convenio fija un plazo para la homologación de los derechos de aseguramiento del trabajador, es decir que cumplirá con los derechos adquiridos por el trabajador en su país de

⁵² Suscrito en Santiago de Chile por duplicado, el 25 de enero de 2006. Entre Ernesto Díaz Jurado, Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Marisol Aravena P., Subsecretaria de Previsión Social del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

origen por un periodo no mayor a los tres (3) años; y en caso de ser necesario, a razón de un imprevisto, sí y solo sí la autoridad competente local lo autoriza, se concederá una prórroga de 2 años más.

Las prestaciones que se convalidan y se conceden a los trabajadores de ambos países son las mismas que en sus países de origen, es decir, vejez, invalidez, jubilación, maternidad, salud, etc.

7.3.2. Acuerdo de aplicación del convenio Iberoamericano de Seguridad Social Suscrito entre la República del Ecuador y la República Oriental del Uruguay.⁵³

Uruguay y Ecuador suscribieron un convenio de cooperación y asistencia recíproca entre los trabajadores asegurados de ambas naciones.

El tratado abarca las prestaciones de:

- 1) Asistencia médico-sanitaria; y,
- 2) Prestaciones de vejez y sobrevivientes.

Así también, el acuerdo se aplica para con las disposiciones y normativas encaminadas a modificar o mejorar los regímenes de seguridad social.

De igual manera que los tratados analizados en forma previa, el convenio protege a las aportaciones que se suscitan entre los sistemas de seguridad social local del país de origen y el de destino del trabajador.

Se extienden los beneficios de las aportaciones a los beneficiarios de los afiliados que se encuentren en un tercer país inclusive.

⁵³ Suscrito en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, por duplicado, el 5 de noviembre de 1990.

7.3.3. Convenio de seguridad social entre España y Ecuador.

El convenio aplica para:

- a) Españoles y ecuatorianos que trabajan o hayan trabajado en uno o ambos países; y,
- b) Familiares y derechohabientes de españoles y ecuatorianos que trabajan o hayan trabajado en uno o ambos países.

El asegurado se encuentra sujeto a la seguridad social del país en cuyo territorio labora. Sin embargo, existen disposiciones especiales para trabajos específicos y para trabajos con carácter de temporal (el plazo en este convenio es de doce meses).

Se pueden sumar los períodos de seguro cumplidos en España y Ecuador.

Las prestaciones económicas de carácter contributivo se pueden percibir con independencia de que el interesado resida o se encuentre en España o Ecuador.

Cada país abona directamente las aportaciones al beneficiario.

Las prestaciones, para los asegurados de España y Ecuador, correspondientes a este convenio son las siguientes:

1) En relación a España, las prestaciones son:

- Asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad o accidente;
- Prestaciones por incapacidad temporal y maternidad;
- Prestaciones por incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia; y,
- Prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

2) En relación a Ecuador, se tienen las prestaciones de:

- Seguro de enfermedad y maternidad;
- Subsidio de enfermedad;
- Prestaciones de seguro de vejez;
- Prestaciones de seguro de invalidez;
- Prestaciones de Seguro de muerte; y,
- Prestaciones de seguro de riesgos del trabajo.

Las prestaciones sanitarias se perciben por parte del sistema de salud del país en el que se encuentre el trabajador, conforme a su legislación sanitaria, a los servicios públicos de salud, y a la autorización que conceda la institución a la cual abone el trabajador.

En el caso de las prestaciones por incapacidad temporal y por maternidad se pueden sumar los periodos de aportación en ambos países.

En los casos de invalidez, vejez y supervivencia se estudian las solicitudes en forma distinta:

- 1) Las instituciones de cada país determinan si el interesado alcanza derecho a la pensión teniendo en cuenta únicamente los períodos de seguro propios, sin sumar los del otro país.
- 2) Las instituciones determinan el derecho a pensión sumando a los períodos de seguro propios los acreditados en el otro país.

Aquí el importe no será íntegro sino que será asignado a razón de la proporción existente entre los períodos de seguro cumplidos en el país que la otorga y la suma de los periodos de Ecuador y España.

Capítulo Segundo

EL DELITO LABORAL

8. EL DELITO LABORAL.

Tras haber conocido en forma adecuada lo que es la seguridad social, para que sirve, cual es la finalidad de los Gobiernos y en particular la del Estado Ecuatoriano al crear un Sistema de Aseguramiento Universal Obligatorio, estructurado en base a la Constitución y conforme a la Ley de Seguridad Social y las leyes de la República, con procedimientos propios, organismos administrativos con carácter nacional y descentralizados capaces de generar políticas y programas de captación de afiliados y de compatriotas en el exterior, embestido con la capacidad sancionadora para castigar de forma pecuniaria las conductas que contravengan las disposiciones del sistema, así también, la capacidad coercitiva para castigar la retención ilegal de aportes que debían ser acreditados al mismo sistema, podemos comprender en claridad lo que realmente se debe proteger.

8.1. Antecedentes.

En Ecuador, el conflicto laboral entre el empleador y el trabajador siempre ha ido en forma conjunta con la historia y la clase social, para finalmente enfrascarse en el modelo económico y la ideología política del Gobierno electo.

Esta lucha social, en la parte que nos compete a razón del tema de estudio, se ha manifestado también en la seguridad social, desprendida lógicamente de la relación laboral y aunque los problemas son diversos en esta relación, podemos identificar los motivos por los que se suscitan en la seguridad social, resumiendo estos a los siguientes:

1. Deseo de recibir una mayor remuneración. (beneficio del trabajador).

2. Deseo de tener menos obligaciones/complicaciones legales. (beneficio del empleador).

Aunque puede tratarse de motivos de naturaleza pecuniaria y que se relacionan en mayor forma con un tema laboral, debemos indicar que la variable en la balanza del costo beneficio la constituyen los costos de las aportaciones que para la seguridad social se las debe descontar de manera directa del sueldo del trabajador conforme a los artículos 11 y 12 de la Ley de Seguridad Social y que corresponden al el 9,45 (aporte personal del trabajador); si tomamos en cuenta que el salario básico unificado se ha fijado por un valor igual a trescientos cuarenta Dólares de los Estados Unidos de América con 00/100 (USD 340,00) entendemos que el empleador se encuentra obligado a realizar una reducción por un valor de treinta y dos dólares de los Estados Unidos de América con 13/100 (USD 32,13) en el sueldo del trabajador, con lo cual el sueldo real, el que percibe el trabajador es en realidad de trescientos siete Dólares de Los Estados Unidos de América con 87/100 (USD 307,87).

La reducción en el sueldo a favor del IESS, incomoda muchas veces al trabajador, por lo cual son ellos quienes en forma directa solicitan al empleador que no se les afilie al seguro social, de esta manera reciben los USD 340,00 en forma íntegra.⁵⁴ Muchas veces los empleadores aceptan esta solicitud que al contravenir la Ley de Seguridad Social se convierte en un problema legal.

Por otro lado, si nos enfocamos en el deseo de los empleadores para no realizar el aporte patronal, debemos comprender que en la mayoría de casos se opta por no afiliar al empleado a la seguridad social por la excesiva carga de obligaciones y trámites legales que deben realizarse para poder contar con los servicios de un trabajador.

⁵⁴ Esta solicitud la realizan en forma mayoritaria las personas que trabajan por el sueldo básico. Las personas que perciben una remuneración mayo no se consideran afectadas en gran medida por el descuento de los USD 29,00.

Esta apreciación, ilegal como fuere, la realiza el empleador muchas veces puesto que en verdad puede apreciarse como un gasto innecesario el afiliarse al trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, aduciendo que:

1. El trabajo es de corta duración.
2. Es un negocio informal y no necesita tener “complicaciones” con el IESS, SRI, Ministerio de Relaciones laborales.
3. No hay garantías de que el trabajador se quede en la plaza laboral que ocupa.

Estas razones que he enunciado en forma breve, son las que dan origen a las variables y combinaciones que entre ellas mismas podrían complicar al empleador.

Sin embargo existe una razón que es determinante en la decisión ilegal del empleador para no afiliarse al empleado y radica en que:

“La afiliación a la seguridad social constituye un elemento de convicción irrefutable y determinante al momento de probar la relación laboral.”⁵⁵”

En el rol de pagos se encuentra la remuneración y los descuentos realizados al trabajador, es así que con el rol de pagos se puede encontrar inequívocamente que un trabajador percibió o no los descuentos personales y patronales correspondientes a la seguridad social, al respecto la segunda sala de lo Laboral y Social sentenció que: *“El rol de pagos, es prueba suficiente para demostrar la relación laboral. El juramento deferido no prueba el*

⁵⁵ La segunda sala de lo laboral y social, Sentencia: 15-ene-1999, RO 138: 1-mar-1999. Rep. Jur. T. XLVI, 199, p. 111.

nexo causal". De esto tenemos que es complementario el rol de pagos y la afiliación a la seguridad social, la cual puede ser demostrada mediante el certificado de cumplimiento de obligaciones, en cualquier caso el fin es el mismo.

Estas son las dos razones por las cuales se produce la no afiliación a la seguridad social.

8.2. Hechos.

Ante esta realidad, el Estado ecuatoriano se vio inmerso en un dilema jurídico interno.

La Constitución ecuatoriana conmina al Estado a velar, tutelar y proteger el derecho a la seguridad social que tienen los habitantes de la República (art 34CPol), por lo que ante las continuas y reiteradas prácticas de evasión de las obligaciones para con el IESS en perjuicio al trabajador y en concordancia con la Ley de Seguridad Social, se propone la idea de aplicar una sanción más drástica, más severa y totalmente ejemplarizadora, que termine con esta práctica, considerando entonces a la sanción penal como la vía adecuada para este fin.

El hecho de penalizar una práctica que se ha venido sancionando a través de la vía coactiva y bajo la potestad administrativa del IESS como institución reguladora, no es algo tan simple ni que debe tomarse tan a la ligera, es así que el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de poner la propuesta a la consideración de la ciudadanía, utilizando para ello la facultad constitucional de "*consulta popular*".

El presidente de las cámaras de Quito, Eduardo Peña Hurtado se pronunció a este respecto de la siguiente manera:

“eso limita que se pueda llegar a un acuerdo, si el empleado no quiere que lo afilien, no lo afiliamos pues”.⁵⁶

Al respecto y como iniciativa suya, de su programa de gobierno, el Presidente de la República, durante el Enlace Ciudadano No. 213, se refirió al comentario del presidente de las Cámaras de Quito, en los siguientes términos:

“la pregunta 10 por derecho ineludible, irrenunciable y humanos busca afiliar a todo trabajador en relación de dependencia al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)”⁵⁷.

Continúa el señor Presidente en su intervención con el siguiente pensamiento:

“Un anciano sin seguridad social, no es un problema solo para él ni su familia sino para todo el país”⁵⁸.

9. “La pregunta 10” De La Consulta Popular.

Para la consulta popular, realizada el día 7 de mayo de 2011, el poder ejecutivo propuso entre otras preguntas de alto interés nacional la que a continuación cito:

⁵⁶ Entrevista concedida a un medio de comunicación, citada por <http://vaderetroref.blogspot.com/2013/01/20110319-resumen-de-la-sabatina-no-213.html>

⁵⁷ 2011/03/19 Resumen de la sabatina No. 213 de Rafael Correa desde Quevedo.

⁵⁸ Presidente Constitucional de la República del Ecuador sabatina No. 213 desde Quevedo.

“Con el fin de eliminar la explotación laboral, ¿está usted de acuerdo con que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sea considerada delito”

Sin embargo, la constitucionalidad de la pregunta fue cuestionada por la Corte Constitucional, esto a razón de que el Art. 327 de la Constitución señala que *“El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”*(Constitución; 2008).

La facultad de normar, regular, tipificar y hacer cumplir esta norma constitucional recaía sobre la Asamblea Nacional, que hasta la fecha de la remisión de las preguntas a la consulta, no había cumplido con esta tarea, pero que sin embargo, no podía ser más que de ella.

Al respecto la corte se pronunció de la siguiente manera:

“A partir de dicha disposición se desprende claramente el mandato constitucional al órgano competente que es la Asamblea Nacional para establecer el tipo penal correspondiente para sancionar los incumplimientos laborales. A pesar de ellos, hasta la fecha la Asamblea no ha dado cumplimiento del mismo, circunstancia que debió ser objeto de análisis dentro de una inconstitucionalidad por omisión”

Esta consideración de la Corte, influyó en el sentido de la pregunta, por lo cual el ejecutivo debió realizar una reforma a la pregunta propuesta, en la cual se presione a la Asamblea Nacional para cumplir con su trabajo. Es así que la pregunta que se puso en consideración del electorado es la siguiente:

De la tipificación del delito de incumplimiento de las obligaciones laborales por el empleador. ¿Está usted de acuerdo que la Asamblea Nacional, sin dilaciones, dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?

La intención de esta pregunta era la de que sea el propio pueblo ecuatoriano quien autorice o rechace la puesta en vigencia de este delito; la intención de los ciudadanos ecuatorianos no era otra que la de asegurar, a través del voto afirmativo, el cumplimiento de las obligaciones de orden social por parte del empleador.

Tras el escrutinio realizado por el CNE, los resultados obtenidos para la pregunta planteada fueron los siguientes⁵⁹:

Opción	%	Total	VOTOS Hombres	Mujeres
SI	48,025	4.146.640	2.073.388	2.073.252
NO	39,248	3.388.807	1.645.095	1.743.712
BLANCOS	7,515	648.855	318.681	330.174
NULOS	5,213	450.074	196.310	253.764

Existen varias consideraciones que los ciudadanos y el Gobierno no tomaron al momento de realizar esta pregunta al electorado y son, a resumida cuenta, las siguientes:

1. ¿Cuál sería el mecanismo jurídico-procesal para tratar este nuevo delito?

⁵⁹ Tomado de la página del Consejo Nacional Electoral, desde la dirección web: <https://app2.cne.gob.ec/resultados/resultadosn.aspx?prv=17,05/05/2010,12:21pm>.

2. ¿Es realmente necesaria la penalización de la no afiliación al Seguro Universal Obligatorio?
3. ¿Por qué se exime de culpa y toda responsabilidad al trabajador?
4. ¿Por qué se exime de culpa y toda responsabilidad al contador?
5. Si es un delito ¿quiénes son los autores directos o mediatos, coautores y cómplices?

Para responder a estas preguntas, primero debemos comprender a la ciencia penal, sus postulados, sus principios los valores que en ella recoge la voluntad gubernamental para prevenir, velar y proteger a los seres humanos.

10. La Ley Penal.

Se refiere a toda Ley que contiene un mandato o una prohibición que se sanciona con una pena.

El delito requiere voluntad y conciencia del que lo comete. Es decir que la persona debe entender lo que ha ocasionado o pretendió cometer, aunque la pena varía dependiendo de resultado obtenido, “*el delito es un acto típico antijurídico y culpable*” (Franz Von Liszt y Ernst Beling, cit. por Salas; 2012:49).

Este dogma jurídico que se propuso como la fórmula para sancionar una conducta lesiva o peligrosa para la sociedad, se mantuvo vigente por más de 100 años.

La aplicación de los conceptos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad deben guardar estrecha observancia con el periodo histórico y científico imperante al momento, ya que puede suceder que la misma conducta o el mismo acto o hecho concreto presente una solución distinta y que como lo propone el abogado Nicolás Salas:

“...cada uno corresponde a una realidad histórica y científica determinadas, y lo que es más importante, cada esquema puede arrojar soluciones distintas a cada caso concreto, lo que puede generar, en la práctica, resultados adecuados a nuestra Constitución de la República o resultados arbitrarios y que vulneren derecho, por decir lo menos” (Salas, 2012:49).

La definición de delito, varía de acuerdo a la concepción histórica, como ya lo hemos anotado, por lo que se debe entender que existen varios esquemas del delito que proponen sancionar la intención y el acto indistintamente, como si fuesen lo mismo y que el Clasismo o Casualismo Naturalista supo dividir y consecuentemente poner un límite a lo que es el concepto de acción, despojándole de su nexa y confusión con la intención del pensamiento. De esta manera se propuso como acción punible a la modificación del mundo exterior que realiza el individuo.

Sin embargo y por más coherente que pudiese resultar esta concepción de lo que es el delito, esta presentaba una gran falencia en sus conceptos y radicaba en que no presentaba una adecuada explicación a los delitos culposos y de omisión.

Ante estas falencias, es en la década de los años treinta que surge el pensamiento Neo-Clasista o Causalista Valorativo, en la cual se añade al concepto de delito la capacidad valorativa del intérprete, conservando la definición de acción propuesta por el Clasismo pero añadiendo elementos normativos y valorativos – descriptivos en la tipicidad objetiva. En el caso de la antijuricidad, esta doctrina plantea la concepción de la antijuricidad

material. Aunque tuvo críticas esta doctrina, es esta la que ha servido de sustento para la moderna concepción del derecho penal.

Otro tipo de pensamiento es el que se plantea el Derecho Penal Nacional Socialista, totalitarista y hasta denominado como irracionalismo.

En el caso del Finalismo, esta se basa en el método fenomenológico, que sostiene la libertad natural del individuo y la imposibilidad del legislador para limitarla. Wezel plantea entonces que la Ley solo puede aceptar este orden natural y acomodarse a él. Este criterio penal cambia la concepción del “*dolus malus*” que proponen las demás doctrinas y crea el “*dolus natural*”.

La teleología o escuela funcionalista, originada en el Neokantismo de los años treinta, pretende reformar y re-normativizar los elementos del delito.

Este es el origen de la escuela Causalista, la escuela Finalista y la escuela Funcionalista, las cuales son representadas por exponentes notables, tratadistas ilustres y magníficos abogados y jueces cuyo pensamiento ha incrementado favorablemente la Ciencia Penal, tales como Claude Roxin, Günter Jackobs, Francisco Muñoz Conde, Zaffaroni, Gustav Radbruch, Soler, etc.

Claude Roxin, reinicia el debate de estas escuelas y retoma el punto de partida de las mismas, “*¿Para qué sirve y cuál es la función del Derecho Penal? (...) ¿el porqué y para qué? de la pena*”(Salas, 2012: 51).

La responsabilidad va de la mano de la política criminal en el caso del funcionalismo y propone a la política criminal como una sanción con carácter preventivo, tal y como lo expresa Nicolás Salas:

“La culpabilidad deja de llamarse como tal y toma el nombre de responsabilidad, conformada a su vez por la culpabilidad y necesidad de pena, guiada por los fines de la pena”. (Salas, 2012: 51).

En nuestra legislación penal, nuestro Código Orgánico Integral Penal recoge una nueva definición de lo que es la infracción penal.

Nuestro código se enmarca en aspectos de la constitucionalización del Derecho Penal, como son la protección de los derechos y su restricción:

“desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, (...)”. (COIP, Exposición de motivos: 2014).

Una consideración relevante es la de comprender lo que pretende nuestro Código Orgánico Integral Penal, un sistema de rehabilitación, una política criminal adecuada que atienda a las necesidades de una sociedad cambiante, adecuando el Derecho Penal a las normas y valores de la sociedad, así lo expresa en su exposición de motivos la Asamblea Nacional: *“(...) el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad”. (COIP, Exposición de motivos; 2014).*

Otros conceptos y principios que se recogen para nuestro Código Orgánico Integral Penal son los de proporcionalidad consagrado en el artículo 76 de la Constitución⁶⁰ y la reparación integral consagrado en el artículo 78 de la Constitución⁶¹.

Para el tema que nos compete, la definición de delito, nuestro código se basa en jurisprudencia nacional e internacional de tribunales constitucionales y penales, acerca de conductas, que anteriormente no se hallaban tipificadas o que merecían ser tipificadas. Las consideraciones, para el efecto, se basan en⁶²:

- La imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero;
- El estado de necesidad de sociedad con pobreza;
- Las penas prohibidas, para impedir arbitrariedades;
- La revisión extraordinaria de la condena;
- La suspensión condicional de la pena.
- La supresión de delitos que pueden tratarse en las vías judiciales civil o administrativa;
- La proscripción de un derecho penal de autor.
- La supresión de derecho del conocimiento de la ley entre otras.

⁶⁰ Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

⁶¹ Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

⁶² La exposición de motivos que se realiza para la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, recoge los criterios y principios en los que la Comisión y la Asamblea se basaron para elaborar este Cuerpo Legal.

“(…),en otros países se han dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano, este proceso ha resultado fallido.” (COIP, Exposición de Motivos; 2014).

La definición de delito cambia en nuestro sistema penal, siendo esta remplazada por la denominación de infracción penal; esto con la intención de que con la desaparición de los delitos y contravenciones, un juez pueda investigar y sancionar a todas bajo el nombre de infracciones.

La definición de infracción penal de nuestro Código Orgánico Integral Penal es la siguiente:

LIBRO PRIMERO

LA INFRACCIÓN PENAL

TÍTULO I

LA INFRACCIÓN PENAL EN GENERAL

Artículo 18.- Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

Esta definición cambia la denominación de delito por la de “infracción penal” y a la par remplace la denominación de “acto” por la de “conducta” pero conservando las calidades de típica, antijurídica y culpable.

Separando los elementos constitutivos de la infracción penal, tenemos:

- a) Conducta.- Es uno de los elementos que han sido modificados en la definición. esto se debe a que su predecesor “acto” era un “termino limitado” en cuanto a la factibilidad de aplicar la norma al hecho punible. Un acto es una manifestación de la

persona, una acción ejercitada ante la posibilidad de hacer, o a su vez es el resultado de hacer⁶³

En la Ciencia Jurídica se propone al acto como el hecho voluntario que crea modifica o extingue relaciones de derecho conforme a éste.

También existe el *acto administrativo*, definido, generalmente, como el acto jurídico emanado de una administración pública.

Ante la comprensión de que un acto es una acción voluntaria ¿cómo comprendemos entonces un delito de omisión?

La omisión, por definición, es la carencia de una acción, que aunque tengamos la voluntad para “no hacer” algo, no existe una transformación de la realidad exterior derivada de nuestras acciones tal y como ya se lo postulaba como ampliación del significado de acto en el esquema clásico.

Los alcances del acto en cuanto a la omisión, han sido motivo de estudio de varios tratadistas, pero nos centramos en la dificultad de comprender a la omisión como un delito cuando lo que se tipifica es un acto.

Al proponer en forma directa al delito como una conducta, se cierra el debate doctrinal entre poder sancionar en forma clara la acción y omisión del delincuente, ya que una conducta tiene una amplia gama de acepciones interpretativas entre el hecho y la voluntad del individuo que puede ser una acción o una omisión

- b) Tipicidad.- “*Es la adecuación de un hecho real a un hecho legal*”(Encalada, 93;2012)esto supone que es una conducta nociva para la sociedad y propuesta como tal dentro de los tipos penales. El artículo 25 del COIP añade a la tipicidad la condición de que sean las conductas “penalmente relevantes”.

⁶³ Estos conceptos se encuentran en el diccionario de La Real Academia de la Lengua Española.

Hans Kelsen considera necesario trasladar el dolo y la culpa a la tipicidad en lugar de la culpabilidad, esto en base a su interrogante: “¿cómo pueden acusarle a una persona de ser responsable de un acto típico de matar cuando, por ejemplo, esta persona no tenía el conocimiento de que estaba matando?”⁶⁴ (Kelsen H, Cit. por Encalada, 93; 2012.)

Si debemos dividir a la tipicidad, Claus Roxin señala que esta se compone de elementos subjetivos y objetivos. La tipicidad objetiva se refiere a los elementos objetivos de tipo, aquellos que describen la conducta penal:

- El Sujeto Activo;
- El Sujeto Pasivo;
- El Verbo Rector;
- El Objeto Material;
- El Objeto Jurídico;
- Los Elementos Normativos;
- Los Elementos Valorativos;

La tipicidad tiene entonces por misión delimitar la culpabilidad adecuándola a la realidad, tomando en consideración para ello la voluntad y el resultado de la conducta, es decir valorando la acción en cuanto a su propósito inicial.

Para la tipicidad deben conocerse la verdadera intención o la conducta en la cual se ha incurrido, ya que no es lo mismo castigar un acto conciente y que persigue obtener un fin ilícito que castigar la imprudencia del sujeto que ha degenerado en un resultado no deseado por él.

⁶⁴ El Dr. Pablo Encalada cita el ejemplo de Hans Kelsen de la enfermera que toma el medicamento para inyectarle al paciente y tomando todas las precauciones, sucede que a la enfermera le cambian el medicamento por un veneno y esta enfermera sin saber, sin conocer lo que estaba haciendo, le inyecta y muere la persona.

Al respecto, nuestro Código Orgánico Integral Penal define a estas conductas antijurídicas en relación a la intención del infractor de la siguiente manera:

Artículo 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena.

Artículo 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.

Artículo 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

- c) Antijuricidad.- Históricamente, definimos a la antijuricidad como una conducta contraria a derecho.

La antijuricidad puede ser dividida en formal y material, siendo la primera la conducta sancionada por la Ley directamente, en tanto que la segunda se refiere a la lesividad que tiene el delito como condición de agravio al bien jurídico.

“(…)nuestro derecho termina donde comienza el derecho de otra persona; podemos hacer cualquier cosa mientras no afectemos el derecho de otras personas; entonces por principio de lesividad, por antijuricidad material, entendemos que incluso pudiera haber conductas típicas pero sino lesionan bienes constitucionalmente reconocidos, no podríamos hablar de un delito(…)” (Encalada, 93; 2012).

Nuestro Código Integral Penal define a la antijuricidad de la siguiente manera:

Artículo 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.

La “*justa causa*” a la que el artículo hace referencia es el cambio o excusa legal o atenuante que se produce en la ley, cuando una conducta antijurídica se vuelve jurídica. Esto sucede cuando incurrimos en alguna de las causales de justificación como son:

- La legítima defensa,
- El estado de necesidad,
- Orden legítima de autoridad competente,
- El mandato legal,
- El ejercicio de una profesión.
- Consentimiento de la víctima.

“La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico-penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto.

Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena”.(Roxin, C. 791; 1997)

- d) Culpabilidad.- Es la responsabilidad que tiene el individuo por su conducta, por el proceder de sus actos u omisiones que le convierten en un sujeto punible.

A la persona culpable se la divide en imputable e inimputable. Esto depende del error de tipo y error de prohibición. El error de tipo excluye el dolo y la tipicidad mientras que el error de prohibición en la culpabilidad excluye la antijuricidad.

Una persona debe poseer el conocimiento pleno o apenas necesario para ser imputada por la comisión de una infracción penal; en el Código Penal ecuatoriano anterior se encontraban los requisitos de la voluntad y conciencia como elementos que motiven la imputabilidad del individuo, sin embargo, el actual Código Orgánico Integral Penal, en su artículo treinta y cuatro, propone la actuación penalmente imputable y el conocimiento de la antijuricidad de su conducta como requisitos de la culpabilidad.

“La culpabilidad, entendida como el juicio de reproche que hace la sociedad al individuo que, pudiendo actuar de una manera, actuó de otra (...)”(Encalada, 97; 2012).

Sin embargo, para el profesor Luis García Marín, la definición de “*infracción penal*” como la definición de un delito en nuestro Código Orgánico Integral Penal, es errónea; ya que la culpabilidad “*no puede ser elemento de ninguna “infracción” alguna*”, por lo cual propone la imposibilidad de llamar infracción a la conducta de quienes obran sin culpabilidad.

“infracción significa inobservancia o contravención de una norma-obviamente mediante un hacer u omitir humanos, y por tanto dolosos o imprudentes-

independientemente de si el autor ha obrado culpablemente o sin culpabilidad” la (García Marín, 1; 2014).

Franz Von Litz, en el esquema clásico, define a la culpa como: *“Es la relación subjetiva entre acto y autor” (Von Litz Cit. por Salas; 2012: 52)*, en tanto que Feuerbach, dentro de la teoría psicológica de la culpabilidad, lo proponía en una relación directa entre hecho y causa: *“voluntad contraria a la ley, como causa del delito”*, definiendo a la culpa y al dolo como grados en los cuales se manifiesta la voluntad del autor.

La teoría psicológica de la culpabilidad define al dolo y ala culpa en cuanto al resultado, por lo cual carece de una adecuada definición para los delitos inconscientes, Nicolás Salas al respecto propone el ejemplo del profesor que por estar jugando cartas descuidada a los menores y estos se ahogan.

En el esquema neoclásico, se valora el resultado en cuanto a los factores que motivaron el delito, con lo cual la valoración que realiza el juez será la que defina el grado de culpabilidad. Reinhar Frank es quien desarrolla esta teoría, en la cual el “vinculo psicológico” es el elemento que se considera en relación a los factores que inciden en la conducta del individuo, midiendo el acto en cuanto al reproche que merezcan de la sociedad; es decir que pueden existir dos personas que realicen el mismo delito, pero en atención a su estado de necesidad, varía el criterio de culpabilidad que realizará el juez. tal y como lo define el abogado Nicolás Salas *“en este caso el concepto es, ¿cuál es el más reprochable?”(Salas N, 5; 2012).*

En el esquema normativo puro o finalismo se hace un juicio de valor entre la conducta y el deber de respetar esa conducta, es decir el deber de cumplir la ley y el tener una situación que ponga a prueba su convicción de poder cumplir con la norma y la Ley. Al respecto, el

abogado salas durante su intervención en el primer Seminario Internacional de Derecho Penal, cita casos pertinentes de la siguiente manera:

“Casos típicos para explicar este tema son: el de TABLA de CÁRNEADES de los náufragos, existe nexa psicológico, pero ¿Es reprochable la conducta?; o el caso MIGNONETTE en el que el capitán y timonel de un yate, matan a otro tripulante de 17 años y se lo comen con fines de supervivencia; ellos tenían familia y el otro no, la carne les duró cuatro días, luego un barco los salvó; ¿es reprochable la conducta?, o el caso de LA MEDUSA en el que botan a pasajeros del barco enfermos y sus ropas le dan a las mujeres que mueren del frío.

En resumen, hay un estado de necesidad disculpante; si hay nexa pero no culpabilidad.

Culpa inconsciente; no hay nexa pero si culpabilidad” (Salas N, 55: 2012).

En los casos propuestos, comprendemos que las personas comprenden lo que dice la Ley, es decir que si vemos el supuesto de conocer la ley y que actuaron con conocimiento de la antijuricidad de su conducta, conforme al artículo treinta y cuatro del COIP, ellos son plenamente imputables, eso sí, el propio COIP establece a la legítima defensa, al estado de necesidad y el cumplimiento de orden o deber legal como circunstancias atenuantes para romper el criterio de antijuricidad de la conducta del imputado.

Una vez cometida la barbaridad que deja estupefacta a la sociedad entera, cabe la duda acerca de si en ese momento no habría una mejor opción a la situación imperante al momento en que los imputados decidieron violentar la ley. Esto quiere decir que la Ley debe atender a la situación individual y despojarse de su postulado general.

En el funcionalismo la culpa es determinada como un fundamento social y no psicológico, al respecto Francisco Muñoz Conde señala que la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social. Por su parte Jackobs en su “teoría radical” propone a la culpabilidad y a la punibilidad como socialmente necesarias para una cultura de “fidelidad del derecho”, es criticado por Roxin quien considera a esta postura un error, como lo cita el abogado Salas, ya que el individuo no es tratado según la medida de su propia personalidad sino solo como instrumento de intereses sociales.

“La culpabilidad es realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada” (Roxin Cit. por Salas, 55; 2012).

La culpabilidad leve de una infracción en contra de la responsabilidad mayor conceptualizada para un delito, puede presentar un problema al momento de realizar una correcta comprensión del concepto de absoluto de infracción penal, tal y como lo expone el

El acto mental de perseguir un propósito consciente o distinto para con el resultado de su conducta, es dividido entre dolo y culpa, que a través de la historia de los esquemas del derecho penal han incidido en cuanto a la valoración de la culpabilidad.

Finalmente citemos el concepto doctrinal del profesor Eugenio Zaffaroni, quien explica la necesidad de humanizar el concepto de culpabilidad, ligando a éste en forma intrínseca con el individuo, haciendo énfasis con la capacidad:

“El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”. (Zaffaroni E, 139; 2002).

10.1. Infracciones: Delitos y contravenciones.

En general, la ciencia penal clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones, sin embargo, en nuestro Código Orgánico Integral Penal, como ya lo explicamos se cambió la denominación a “Infracciones Penales”.

El Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano divide a la Infracción Penal en Delito y Contravención, conforme a la siguiente tipificación:

Artículo 19.- Clasificación de las infracciones.- Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.

Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días.

Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días.

Comprendemos entonces que la gravedad del tipo penal propuesto, incide en la definición de la conducta en la cual incurre el culpable imputable, por lo cual el legislador ha realizado desde ya una valoración de la gravedad de los resultados y las intenciones primeras, para proponer una distinción de gravedad que se refleja en el tiempo de la privación de la libertad, basada en las consideraciones que se encuentran en la Exposición de Motivos que originaron al Código Orgánico Integral Penal y que expusimos en el punto tema anterior.

10.2. Mecanismo jurídico-procesal para tratar este nuevo delito.

Actualmente la vía administrativa y el juicio coactivo que se han usado para sancionar a la mora patronal son la medida comparable y que podríamos refutar como adecuada para conocer la no afiliación a la seguridad social.

El hecho de querer conocer a través de la vía judicial penal los casos de no afiliación a la seguridad social, supone que el procedimiento sea calificado como largo y costoso; La vía penal conoce los presuntos delitos en juicio ordinario, por lo cual se basa en la presunción de la existencia de un delito y la consecuente presunción del derecho del actor a exigir el cumplimiento del mismo por medio de la autoridad competente. La duración de este proceso comprende las etapas procesales de el sorteo de la causa, calificación de la denuncia, conocimiento de la misma, audiencias, términos probatorios y demás procedimientos constantes en el código de procedimiento penal ecuatoriano.

Sin embargo, existen los siguientes procedimientos penales:

1. Procedimiento ordinario.

Existen los siguientes procedimientos penales debido a la especialidad de la Ley.

2. Procedimientos Especiales:

- a. Procedimiento abreviado.
- b. Procedimiento directo.
- c. Procedimiento expedito.

- d. Procedimiento expedito de contravenciones penales.
- e. Procedimiento expedito para las contravenciones contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
- f. procedimiento para contravenciones de tránsito.
- g. Procedimiento el ejercicio privado de la acción penal.

No obstante, se prevé que el procedimiento sea idéntico al de la penalización por el delito de retención indebida de los aportes para el IESS⁶⁵.

Con la puesta en vigencia del nuevo Código Orgánico Penal Integral, se debe ajustar este delito a los pensamientos que recogerá este cuerpo normativo (uno de los más completos que existen en la actualidad) y que responde a una realidad procesal coherente con la culpabilidad y la correcta máxima estatal de un sistema de rehabilitación⁶⁶, recogidas en el artículo seiscientos setenta y dos y seiscientos setenta y tres:

Artículo 672.- Sistema Nacional de Rehabilitación Social.- Es el conjunto de principios, normas, políticas de las instituciones, programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral, para la ejecución penal.

Artículo 673.- Finalidad.- El Sistema tiene las siguientes finalidades:

1. *La protección de los derechos de las personas privadas de libertad, con atención a sus necesidades especiales.*

⁶⁵ En la actualidad, no existe ningún proceso judicial penal iniciado por la retención indebida de aportes al IESS.

⁶⁶ En los considerandos de la Asamblea Nacional hemos encontramos el siguiente: “*Que para cumplir lo dispuesto en el artículo 201 de la Constitución, es impostergable sustituir el actual sistema de ejecución de penas por otro que tenga como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar su libertad, rehabilitándose y reinsertándose en la sociedad;*”

2. *El desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad.*
3. *La rehabilitación integral de las personas privadas de libertad, en el cumplimiento de su condena.*
4. *La reinserción social y económica de las personas privadas de libertad.*

Las demás reconocidas en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado.

En primer lugar el nuevo código realiza una nueva clasificación de los delitos, esto es, llamar a todo Infracciones Penales, lo cual ya hemos analizado. De esto tenemos que nuestra infracción, materia de la presente obra, se ubica como una infracción contra el “buen vivir”.

Ahora el Código debe responder a varias necesidades contemporáneas que en materia penal se han desarrollado en el resto de países, y es que el avance de la ciencia penal es parejo al avance de la sociedad y de la ciencia y tecnología. A medida que una sociedad se industrializa y surgen nuevos empleos, nuevas tendencias, nuevos aparatos tecnológicos que influyen en conductas nocivas como delitos electrónicos como lo son el fraude, la extorsión, el acoso virtual, el desarrollo de la pornografía infantil, la utilización de el correo electrónico para fines nocivos e ilegales, entre otros.

Esta necesidad de considerar las infracciones nacientes, también nos fuerza a considerar y analizar quienes son los responsables, los que hacen ese daño y perjuicio a la sociedad y de igual modo conocer quién es el ofendido, el agraviado ¿acaso lo es solo el individuo?, ¿acaso el Estado directamente?

“El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”. (Zaffaroni E, 139; 2002).

Desde 1905 es conocido el precepto jurídico que la administración de justicia utiliza para identificar el delito, este es el entendimiento de Franz Von Liszt y Ernst Beling que propone al delito como un acto típico antijurídico y culpable.

La imputación de un hecho y la determinación de la culpabilidad deben atender a las nuevas doctrinas que en el proceso penal se conocen como el error de tipo y el error de prohibición, los cuales inciden directamente, “*ignorantia vel error iuris non excusat*”.⁶⁷

“El concepto de la culpabilidad añade al de la acción antijurídica -tanto si se trata de una acción dolosa, como de una no dolosa- un nuevo elemento, que es el que la convierte en delito. La antijuridicidad es, como vimos, una relación de discordancia entre la acción y el ordenamiento jurídico: la realización de la voluntad no es como espera objetivamente el derecho que sean las acciones en el ámbito social.

La culpabilidad no se conforma con esta relación de discordancia objetiva entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla. La culpabilidad contiene, pues, una doble relación: la acción del autor no es como exige el derecho, aunque el autor podía haberla realizado de acuerdo con la norma.

67 “La ignorancia o el error de derecho, no excusan”

En esta doble relación, del no deber ser antijurídica por poder ser jurídica, consiste el carácter específico de reproche de la culpabilidad.

Si la antijuridicidad es el simple juicio desvalorativo de que la acción no es como debía haber sido de acuerdo con el derecho, sin tener en cuenta si el autor habría podido satisfacer las exigencias jurídicas, el juicio desvalorativo de la culpabilidad va aún más allá y hace al autor el reproche personal de no haber actuado correctamente a pesar de haber podido obrar conforme a la norma. Y al ser sobre todo la voluntad de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción. (Por ello puede calificarse de “culpable” con la misma razón, tanto a la voluntad como a la totalidad de la acción)”(Welzel, H., 125-126;2004)

La normativa penal que se propone en el nuevo código orgánico, debe procurar satisfacer un ideal de prevención y sanción de una infracción que vaya de la mano con una correcta política de rehabilitación social. Debe apartarse por completo de las ideas políticas regentes al momento de su concepción.

El artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia y que las normas procesales deberán tutelar y cumplir con los principios de:

- Simplificación;
- Uniformidad;
- Eficacia;
- Inmediación;
- Celeridad; y,

- Economía procesal.

El sistema procesal guardará de igual modo una estricta observancia y subordinación a las garantías del debido proceso.

***Artículo 1.- Finalidad.-** Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.*

El nuevo Código Orgánico Integral Penal, se proyecta a fomentar la economía procesal a través de la implementación de la oralidad en los procedimientos de índole penal. Esto a razón de obediencia con el principio de oralidad constante en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 168 numeral 6, que trata acerca de la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias y diligencias, a la cual se llevará a cabo mediante el sistema oral, conforme a los principios de concentración, de contradicción y dispositivo.

La no afiliación a la seguridad social es un delito sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años para el empleador, indistintamente de si este es una persona natural o una persona jurídica. El procedimiento en este caso dependería de la flagrancia y la forma en que se presente la denuncia⁶⁸, esto a razón de que con una denuncia de infracción flagrante, podría ser conocida en un procedimiento especial directo⁶⁹ y que sin

⁶⁸ Como lo hemos citado anteriormente, el IESS no ha presentado una denuncia penal por la retención ilegal de aportaciones, por lo cual no existe un

⁶⁹ El Art. 640 determina que como base de sustentación del procedimiento directo que: “2. Procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes. ç

ella, la parte procesada se encuentra el sujeta al procedimiento ordinario, que conlleva un periodo largo (aunque se pretende la economía y la celeridad procesal) debido a sus etapas, que conforme al Código Orgánico Integral Penal, son las siguientes:

Artículo 589.- Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas:

- 1. Instrucción*
- 2. Evaluación y preparatoria de juicio*
- 3. Juicio*

Cabe resaltar que antes de iniciar el procedimiento ordinario, existe la fase de investigación previa, la cual corresponde a la Fiscalía en cuanto a su realización y después de ella y si el fiscal encuentra los elementos de convicción necesarios para iniciar un proceso, este solicitará al juez se inicie la etapa de Instrucción.

Ahora, existe otro tipo de procedimiento en el cual a petición o como iniciativa del fiscal, este propone al juez que se considere conocer la infracción a través de la vía del procedimiento abreviado⁷⁰.

La motivación del procedimiento abreviado responde a la aceptación de los cargos y los hechos imputados, por lo que la fiscalía a cambio de la sinceridad del imputado acepta reconocer elementos atenuantes que incidan en una rebaja de la condena, pero con sujeción a, lo dispuesto en el artículo 636 en sus párrafos tercero y cuarto:

e excluirán de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”.

⁷⁰ El Art. 635 determina entre las reglas para sustanciar el procedimiento abreviado, se debe considerar que: “1. Las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años, son susceptibles de procedimiento abreviado”.

La pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal.

La o el fiscal solicitará por escrito o de forma oral el sometimiento a procedimiento abreviado a la o al juzgador competente, acreditando todos los requisitos previstos, así como la determinación de la pena reducida acordada.

Adicionalmente, a las personas jurídicas se les realiza una intervención por parte de la entidad de control competente, por lo que se comprende que trataría del IESS a quien se menciona, para normalizar la situación de la seguridad social de los trabajadores.

Por otro lado, la contravención contra el derecho al trabajo⁷¹, tiene otro procedimiento distinto al ordinario destinado para los delitos, basado en el principio expedito.⁷²

Las contravenciones son tratadas en el procedimiento expedito para las contravenciones tratado en el artículo 642, la cual se basa en un llevar a cabo una audiencia de juzgamiento, única en la cual se llegará a una sentencia de condena o ratificatoria de la inocencia⁷³, la cual es susceptible de apelación ante instancia superior correspondiente. ahora que como bien señala el artículo 642, si el juez determina que la contravención puesta en su conocimiento es un delito, queda facultado por este articulado a inhibirse de conocer la causa y de enviar a la o al fiscal para que inicie la investigación previa. De igual manera, se prevé la posibilidad de que ocurra una contravención flagrante, por lo cual se determina que sea llevada ante el juez de contravenciones.

⁷¹ Art. 244 Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

⁷² Art. 641 Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

⁷³ Art. 642, num. 9, Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

11. La necesidad para la penalización de la no afiliación al Seguro Universal Obligatorio.

“Evidentemente, una sociedad que solo confía en el Derecho Penal para que se respeten sus normas fundamentales es una sociedad abocada al fracaso” (Muñoz Conde, 2012:112).

La facultad de velar y usar todos los mecanismos legales para proteger a la seguridad social se encuentra en nuestra Constitución y así nuestro Estado, actuando en derecho, ha ejercido esta potestad mediante la tipificación como delito de la “no afiliación al trabajador”.⁷⁴

La necesidad es considerada como tal por el Gobierno del señor presidente Eco. Rafael Correa Delgado, a razón de las continuas prácticas de explotación laboral que han manejado como prácticas comunes las empresas.

Sin embargo, no es factible comprender que el delito es en contra del trabajador, ya que el Sistema de Seguridad Social es un bien jurídico mucho mayor al individuo, ya que su incidencia es relevante en forma colectiva para toda la sociedad. Por esta razón proponemos un delito distinto y más coherente que aquel planteado por el Gobierno Nacional.

El delito contra el derecho a la seguridad social del trabajador no es suficiente para proteger un bien mayor como un sistema complejo y completo. Por esta razón este trabajo no aprueba la tipificación propuesta por considerarla ineficaz, inadecuada y carente de

⁷⁴ Art. 244 Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

fundamentos de seguridad social; es así que este trabajo desarrollará una nueva propuesta en virtud de proteger, en forma efectiva, el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores.

11.1. El bien jurídico protegido.

La complejidad de definir a lo que es un bien jurídico, va de la mano con la dificultad de tipificar su transgresión.

Para Aguilar López⁷⁵, el problema de los bienes jurídicos reside en el “*concepto de bien jurídico y su naturaleza*” a lo que añade una (supuestamente) escasa atención al estudio de los bienes jurídicos que ha incidido en una multiplicidad de conceptos. Finalmente presenta la interrogante acerca de la verdadera función de los bienes jurídicos en la teoría del delito.

“debe de partirse de la idea de que la potestad punitiva estatal solamente puede justificarse si deriva de la función que le corresponde al Derecho Penal en el marco del ordenamiento jurídico, esto es, la tutela efectiva de los bienes jurídicos fundamentales dentro de una sociedad”.(Aguilar, M. sin año:15).

El bien jurídico protegido es el Sistema de Seguridad Social, no el derecho del trabajador como tal, sino que es el Sistema a razón de su incidencia en la sociedad el que debe entenderse como el bien jurídico protegido al estar comprendido, conforme lo propone Corcoy Bidasolo, Mirentxu, como un bien jurídico-penal supraindividual.⁷⁶

⁷⁵ Ver Su Obra “*Delitos de Peligro e Imputación Objetiva*”

⁷⁶ Ver su obra “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*”

El Sistema de Seguridad Social y el derecho del trabajo son bienes jurídicos protegidos dentro de la tipificación para las infracciones en contra del “*Buen Vivir*”.

El pensamiento jurídico y la doctrina, han postulado dos teorías acerca del bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad social, por un lado la que considera al delito de la seguridad social como delito contra los derechos de los trabajadores y, la otra postura que considera al delito como uno de tipo tributario.

Sin embargo, como es nuestra idea, el delito es contra el Sistema de Seguridad Social, contra el sistema en forma principal y contra el derecho del individuo o trabajador en forma secundaria, con lo que hablamos de un delito pluriofensivo.

El delito de la no afiliación o la remisión de aportes al IESS no genera un daño o un perjuicio al individuo en el momento de su comisión, ya que el individuo recibe el perjuicio cuando este requiere reclamar el derecho a sus prestaciones o beneficios que el sistema de la seguridad social le ofrece, pero que no puede hacer uso de ellos porque injustamente ha sido perjudicado en su afiliación; las aportaciones se traducen en sumas de dinero que, en porcentajes, son pagadas al IESS y que al no ser entregadas se configura un delito cuyo bien jurídico protegido de tipo económico–social.

“La protección de bienes jurídicos concretos debe formar parte del propio contenido de la norma y no quedar en mero motivo de incriminación (...) El derecho penal quiere evitar, en última instancia, resultados indeseables que provienen de conductas que ya en el momento de ser realizadas muestran una clara evidencia de su tendencia objetiva y subjetiva a la producción de tales efectos indeseables” (Mendoza Buergo, cit. por Maldonado, F. 2006;53).

El afectado inmediato, al momento en el cual el empleador no remite las aportaciones o no afilia al trabajador, es el Sistema de Seguridad Social como tal y con ello las personas afiliadas que se ven afectadas al no poder cubrirse sus pensiones en una forma debida, esto a razón de insuficiencia de recursos; el delito afecta a los ingresos del Sistema de Seguridad Social, por ello es un delito de peligro y atentatorio contra la Seguridad del Estado.

El perjuicio ocasionado por la no afiliación al Sistema de Seguridad Social supone que ante la falta de recursos o aportaciones, sea el Estado el que financie ese faltante, lo que es igual a que se financie esta defraudación.

Es este el tema que motiva a definir al delito de la no afiliación y retención ilegal de aportaciones como un delito de peligro en contra del “*Buen vivir*”.

Ahora, en forma general se debe diferenciar entre sujeto pasivo y perjudicado por el delito.

El sujeto pasivo puede ser el empleado, sin embargo, al proponer que el daño o perjuicio inmediato no es a él sino que se agravia al Sistema de Seguridad Social como tal, debemos diferir de esta teoría y proponer como sujeto pasivo de esta infracción al Sistema como tal y que es el empleado el perjudicado por este hecho.

Por estas consideraciones deferimos que sea el delito en contra de la seguridad social, pese a su estrecha relación con los derechos del trabajador, uno equiparable al de los delitos en contra del trabajo.

Nos inclinamos entonces por la segunda teoría, la cual abraza el pensamiento jurídico de que es un delito de tipo patrimonial y con carácter público, por cuanto afecta a fondos públicos, generando un perjuicio supraindividual, dejando de ser un delito relacionado con

el derecho de los trabajadores y convirtiéndose en un delito de peligro socio – económico que daña a la sociedad entera.

Lo que debemos observar es que el bien jurídico protegido debe ser derivado del núcleo del tipo legal que le ofrezca una cobertura jurídica adecuada, tomando en consideración la realidad patrimonialista del tipo del delito, la cual es inequívocamente un indicio de que el bien jurídico que se estudia y lesiona directa e indirectamente es el patrimonio del Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano.

Lo que se pretendía proteger en la consulta popular era al trabajador en cuanto a la garantía del fiel cumplimiento de sus derechos laborales y de la seguridad social, pero en realidad lo que se convierte en delito es la defraudación al Sistema de Seguridad Social que impide al IESS cumplir con las cotizaciones sociales, por esta razón en la tipificación propuesta por el Código Integral Penal, se realiza una condonación de la sanción siempre que sean cancelados los valores adeudados o no remitidos a la Seguridad Social; esto solo nos indica que lo que le interesa al Estado es que se entreguen los aportes, el bien jurídico patrimonial protegido.

Para ilustrar la idea de que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Seguridad Social, nos remitimos a la distinción que Martínez-Buján Pérez realiza entre bien jurídico inmediato o directamente tutelado, patrimonio de la seguridad social y bien jurídico mediato o inmaterial y las funciones que realiza la Seguridad Social. (Martínez-Buján Pérez *Cit. Por Chazarra Quinto; 2001: 221*)

Podría comprenderse, en forma errónea, que lo que se pretende proteger es una potestad administrativa, pero esto sería desvirtuar el legítimo bien jurídico protegido y que es el

patrimonio del Sistema de Seguridad Social lesionado directamente cuando se realiza la recaudación de aportaciones.

11.1.1. Orientación funcional del bien jurídico protegido.

Cuando presentamos al Sistema de Seguridad Social como el bien jurídico protegido en atención a la recaudación de aportaciones que ocasionan un perjuicio al patrimonio del IESS, equiparamos de manera consciente esa defraudación a la ocasionada con la evasión fiscal.

La recaudación de tributos o de aportaciones para con la seguridad social son el objeto directo de protección penal, convirtiendo así al derecho penal en la *ultima ratio* de la política fiscal y la política de seguridad social, que como os presentamos, guardan una estrecha relación de parentesco funcional.

Estos delitos son de tipo y de impacto socio-económico, despojándose de su sentido meramente patrimonial, de allí que su relevancia la tiene en su incidencia atribuida al agravio que causa a la sociedad en general y no en forma individualizada al trabajador.

“(…) ha de ocurrir que en estos bienes jurídicos se ignore si su ataque típico constituye una lesión o solamente una puesta en peligro de los mismos, puesto que el bien jurídico colectivo surge del bien jurídico individual, pero tiene autonomía”
(Aguilar, M. sin año; 16).

El bien jurídico protegido en este delito se fragua alrededor de “*La integración de las funciones patrimonial, de justicia y político-económica del tributo*” (Gracia Martín, Cit. Por Chazarra Quinto; 2001: 223).

En cuanto al delito de peligro propuesto es esta obra, debemos recalcar que este lesiona directamente a la sociedad, por cuanto el sistema de pensiones y demás prestaciones que administra el IESS realiza estas en forma cotidiana e ininterrumpida; si confrontamos al criterio penal del funcionalismo en su Estado más puro, esta me debatiría presentando al delito propuesto como un delito de peligro abstracto, pues consideraría que el incumplimiento de los deberes del empleador o del trabajador no lesionan o dañan al sistema, sino que es el incumplimiento sistemático y continuado el que lo ocasiona, es decir una repetición *ad infinitum* de su conducta dolosa, llegando a confundírsele con un delito de resultado, al respecto podemos citar el pensamiento de Don Vicente Martínez:

“El bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad social no puede agotarse en su definición como patrimonio que resulta insuficiente para justificar su existencia autónoma, por tanto lo que caracteriza a estos delitos es que “van de modo singular las funciones características de la Seguridad Social: la función recaudatoria (...)” (Vicente Martínez Cit. Por Chazarra Quinto; 2001: 223).

Para concluir este tema, no podemos diferenciar entre el daño que recibe el Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano al no percibir los ingresos por aportaciones con el daño generado por el actor en cuanto a la no obtención de recursos para subvencionar las prestaciones de Seguridad Social. Por esta razón y pese a existir actualmente el juicio de coactiva como medida de cobro forzoso y sanción para los empleadores que incumplen con la ley, el Estado se ha visto en la necesidad su romper con su principio de mínima intervención.

La mínima intervención se rompe por cuanto este delito es pluriofensivo, ya que ataca directamente al Estado a través de su sistema de aseguramiento social y a su vez al ciudadano cuando es afectado en forma directa pero con perjuicios indirectos en sus beneficios de orden social; decimos en forma indirecta porque es el IESS quien cubre los gastos, hasta cierto monto, cuando el empleador no ha cancelado las aportaciones del trabajador.

El bien jurídico protegido es el Sistema de Seguridad Social, por ahora, de los afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS.⁷⁷

11.2. El tipo de delito: delito de peligro concreto.

“El que la teoría de la imputación objetiva constituya, hoy en día, un método para comprobar el tipo de injusto, habrá de implicar que junto al criterio de la creación de un riesgo típicamente relevante, la necesidad de constatar que la conducta concreta realizada se presenta como una actuación peligrosa por suponer ex ante un riesgo real para el bien jurídico⁷⁸, como suele suceder con los delitos contra la salud”. (Aguilar, M. sin año; 23).

Los delitos de peligro responden a una necesidad social de proteger conductas a través de una política criminal adecuada, en la cual el legislador recoja el avance de las conductas delictivas en su intrínseca relación con la ciencia y la tecnología en cuanto a la repercusión

⁷⁷ Debido a la discrepancia y cambio de posturas del IESS en cuanto a la puesta en vigencia de la resolución N° 464 de fecha 29 de enero de 2014, en la cual el IESS crea y expide, a través de su Consejo Directivo, la “*CODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DEL RÉGIMEN DE AFILIACIÓN OBLIGATORIA APLICABLE A A PERSONAS SIN RELACION DE DEPENDENCIA Y DEL RÉGIMEN DE AFILIACIÓN VOLUNTARIA DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL*”.

⁷⁸ Véase en este sentido, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho Penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 287 y ss.

que esta llega a tener en la sociedad, la lesividad será la medida en la que se fundamente el legislador para su tarea normativa.

“Para asumir la tarea de describir a los “delitos de peligro” debemos necesariamente centrar la atención en la función protectora de bienes jurídicos atribuida al sistema penal, y particularmente en las modalidades que puede detentar dicha función en las diversas formulaciones delictivas que dispone el legislador y su correlación con la exigencia de lesividad del bien jurídico” (Maldonado, F. 2006; 3).

Continúa Maldonado en su obra y define la postura del legislador para definir un delito de peligro:

“por lo dicho la consideración dada en estas figuras a la “puesta en peligro del bien jurídico” no corresponde a una fórmula, técnica o modalidad a la que puede recurrir el legislador entre otras alternativas de idéntica significación. Por el contrario, su selección refleja una opción de carácter político criminal”.

La elección político criminal es la que nos interesa, ya que la misma responde a una adecuación de las teorías penales y sus esquemas del delito, que se adaptan a la realidad social y a las conductas lesivas que afectan a la misma o que se prevén que lo hagan.

Al respecto de los delitos de peligro, Miguel Aguilar, en su obra *“Delitos de Peligro e Imputación Objetiva”*, nos habla de la distinción entre lo que es materia ajena a los mismos y que se trata en los delitos de lesión. Doctrinariamente se considera la diferencia según la intensidad del ataque al bien jurídico.

Para Marino Barbero Santos *“los delitos de lesión se produce un menoscabo o destrucción del bien jurídico, en tanto que los delitos de peligro se situarían en un momento anterior a dicha lesión” (Aguilar, M. sin año; 13)*

Para Santiago Mir Puig el delito de peligro se refiere a un resultado, que constituye la proximidad a la lesión del bien jurídico. (Aguilar, M. sin año; 13)

Juan Bustos Ramírez se refiere a la “*probabilidad de lesión concreta para un bien jurídico determinado*”. (Bustos Ramírez, J. Cit. por Aguilar, M. sin año; 13)

José Sáinz Cantero habla también de probabilidad de destrucción del bien jurídico.

Estas concepciones son de tipo normativas, que se basan en una probabilidad de ocurrencia, meras probabilidades si se puede sintetizar así a las mismas, en igual forma lo define Miguel Ángel Aguilar: “*concepto eminentemente normativo, que alude a un juicio de probabilidad de que un bien jurídico pudiera ser lesionado, aun cuando dicho daño no llegue a verificarse*”. Aguilar, M. sin año; 13)

Sin embargo, tal y como lo propone el mismo autor, existe otra forma de determinar los límites de inicio de los delitos de peligro y consiste en atender a la misión que tiene el Derecho Penal y que consiste en proteger los bienes jurídicos, así lo define el profesor Günther Jackobs.

Ahora en atención a esta postura, Miguel Ángel López nos presenta el aporte de las mismas y que consiste en realizar una sanción antela conducta y no ante la simple omisión o inobservancia:

- *Por una parte, queda determinado como objeto de ataque por el sujeto lo que constituye el elemento básico de protección; y*
- *Por otra parte se establece un límite que dé garantía en los delitos de peligro, al exigirse que al menos la lesión del bien jurídico sea probable, con lo cual se reduce el riesgo de castigo de conductas meramente formales o de simple desobediencia a la norma. Aguilar, M. sin año; 13)*

El delito del que hablamos atenta contra el Sistema de Seguridad Social, es un delito que atenta contra la integridad de la salud, de las prestaciones de maternidad, de pensiones jubilares, de un sistema de préstamos, de pensiones de viudez, de enfermedad y de discapacidad laboral.

“Los delitos de peligro suponen un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión, en aquellos ámbitos en los que la experiencia ha permitido tipificar, suficientemente, los límites de la norma de cuidado.” (Aguilar, M. sin año; 13).

Esta conducta, es similar a la defraudación fiscal, que merma la posibilidad Estatal de obtener recursos para cubrir las obligaciones nacionales e internacionales pecuniarias y de tan necesarias para el progreso y desarrollo del país.

De igual modo, esta conducta al ser atentatoria contra el Sistema de Seguridad Social, es atentatoria contra el “*Buen Vivir*”; esta idea que tuvo su origen en la Asamblea Nacional Constituyente, reunida en Montecristi en el año 2008, es un concepto nacional acerca de las condiciones mínimas a las que un ser humano debe acceder para un desarrollo integral, lógico, educado, sano y pacífico.

Dentro de los derechos protegidos en el “*Buen Vivir*”, se encuentran los derechos del agua y alimentación, salud, ambiente sano, etc., por lo que pensar en un delito contra el agua de los ecuatorianos y ecuatorianas por ejemplo el envenenamiento de las mismas, o un delito que atente contra la salud de los ecuatorianos como por ejemplo el esparcir gases tóxicos, un virus mortal como el “ántrax” (en un caso extremo), o simplemente impedir el acceso de medicamentos a las comunidades, o el desviar el curso de un río para obtener beneficios de

este, irrumpiendo el curso que tuviere y condenando a pueblos no contactados, son considerados como delitos contra la seguridad de los habitantes del territorio nacional, contra la idea del “Buen vivir”.

Atentar contra el “buen vivir” es atentar contra los ecuatorianos, es atentar contra la seguridad del Estado.

Los delitos de seguridad, son delitos de peligro, que no necesitan de la consumación efectiva de la conducta iniciada por el infractor, pero que el resultado que provoca incide directamente en el propósito del infractor, no como atenuante sino en la formulación de la política delictiva que nos lleva a la tipificación adecuada.

El poner en riesgo a la seguridad del Estado, del Buen Vivir, del Sistema de Seguridad Social es en sí suficiente hecho para poder sancionar el delito, ya que desde su comisión se pretende inequívocamente ocasionar un perjuicio y obtener un rédito personal, que sin la realización del delito, pues no podría ser conseguido.

Se trata de un delito de peligro porque para su realización el sujeto no requiere la lesión del bien jurídico, sino que basta con que la conducta sea la puesta en peligro del mismo, la amenaza a éste.

Ahora el delito de peligro se divide en dos:

1. Delitos de peligro abstracto.
2. Delitos de peligro concreto.

El peligro abstracto postula que la simple acción suponga un peligro suficiente para reclamar la penalización de la conducta y del hecho. Que la acción sea peligrosa porque incidirá en un peligro mayor, que aunque no sea el que persigue, es el que naturalmente se desprende del ilícito en el que se incurre.

“se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto”, en su peligrosidad típica, sin exigir, como en el caso concreto que, efectivamente, se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido”. (Aguilar, M. sin año;16).

El peligro concreto se refiere al hecho ocasionado como el peligro real en el cual se puede verificar, en forma fehaciente, la intención de delinquir, de dañar, de hacer peligrar un bien jurídico protegido.

“De ahí se sigue que la afirmación de la tipicidad de estos delitos pasa por la prueba de que la conducta produjo en el supuesto real un peligro, el que debe coincidir con el establecido en la ley. Es decir, existe una situación o estado de peligro separable de la conducta” (Aguilar, M. sin año;16).

La definición de estos dos delitos, es basada en la teoría momento de la comisión de la infracción y que puede ser *ex ante* (antes) y *ex post* (después).

“Los llamados “delitos de peligro” corresponden a una categoría de tipos penales designados, en general, por oposición a los llamados delitos de lesión, asumiendo como elemento de diferenciación la relación de lesividad o afectación que los vincula con el -aun mayoritariamente exigido- bien jurídico cuya protección justifica la punición” (Terradillos, Cit. por Maldonado, F. 2006; 1).

Ahora de estos dos, nosotros proponemos al delito de la no afiliación a la seguridad social como un delito de peligro concreto, ya que quien defraude al Sistema de Seguridad Social, pretende de forma consiente realizar un perjuicio al sistema, al trabajador con sus acciones y al Estado como tal, esto basados en la calidad de delito pluriofensivo que ya revisamos.

El delito debe, por ende, considerar que el perjuicio es directamente al Sistema de Seguridad Social y el perjudicado por el resultado de la acción es el empleado, ya que como propusimos, el no afiliado o el perjudicado en sus aportaciones sufrirá las consecuencias del delito cuando pretenda obtener uno de los beneficios que son propios a los afiliados al IESS.

“La doctrina moderna considera que el objeto del peligro común es la colectividad, aunque esto no signifique poner en peligro, necesariamente, a una pluralidad de personas, sino que esa colectividad puede estar representada por una sola persona, indeterminada ex ante, como parte de esa colectividad”. (Aguilar, M. sin año;16).

El delito que esta obra propone es “*ex post*”, ya que aunque se propone que en la mayoría de los delitos de peligro la intención⁷⁹ es componente importante del delito, no queremos castigar una simple inobservancia o una delito culposo del procesado, lo que queremos es sancionar un delito consumado y doloso, consiente entre su intención y el resultado que no

⁷⁹ *Ex ant, anterior al acto de peligro en concreto, “Otros problemas se plantean con los llamados “bienes jurídicos colectivos”, cuestión de la mayor importancia, puesto que gran número de delitos de los considerados de peligro se dirigen a la protección de esta clase de bienes (por ejemplo, los delitos contra la salud pública o contra la seguridad del tráfico, medio ambiente, economía pública, entre otros), con la finalidad de “adelantar” la punibilidad a momentos anteriores a la lesión del bien jurídico individual”*(Aguilar, M. sin año;2006).

es otro que ocasionar un daño al Sistema de Seguridad Social y al trabajador, contra un bien jurídico colectivo supraindividual, que merece y debe necesariamente ser punible.

11.3. La tipificación penal.

La tipificación es conceptualización de una conducta real en una conducta antijurídica, que es utilizada en la práctica para conseguir dos propósitos claros:

- a) Prevenir.
- b) Castigar.

Hablamos de una prevención cuando el propósito de la ley es anticiparse a un hecho, cuando lo que se quiere es intimidar a la sociedad acerca de una conducta considerada lesiva para sí.

“(…), el Estado recurre a la amenaza de imposición de una sanción de carácter penal, buscando con ello la obtención de funciones expresivas, a través de las cuales se busca transmitir un mensaje de valorización, confirmación normativa o de motivación, según se prefiera.”(Maldonado, F. 2006; 6)

El poder disuasivo de una ley, es considerado suficiente para prevenir al individuo. Es así que la tipificación de la no afiliación de un trabajador genera en la conciencia de la sociedad dos ideas:

- No afiliarse al trabajador es un delito.

- Si no afilio al trabajador seré privado de la libertad y pagaré con mi propio dinero.

Entonces el patrono o empleador se encuentra en una constante prevención legal, acerca de cuál debe ser su accionar y que debe hacer para no infringir la Ley, resultando así comprobada la característica funcional de prevención legal.

Ahora, si la prevención no es suficiente, entonces la Ley Penal castiga al individuo.

El castigo es la forma que tiene la Ley penal de reprender a las personas que habiendo sido prevenidas acerca de una conducta ilegal, incurren en ella haciendo caso omiso a la prevención.

En este punto, podríamos dividir a la tipificación penal en dos partes, la preventiva o dogmática y la castigadora o punitiva, siendo esta segunda, la que estamos tomando a consideración, la que debe ser llamada como la verdadera potestad Estatal de autoridad ejercida frente a sus administrados.

El castigo que se propone al empleador en este caso es pecuniario, para un tipo de personas y privativo de la libertad para otras, conforme a la siguiente propuesta de artículo⁸⁰:

En el caso de personas jurídicas, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro ente que no cumpla con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

⁸⁰ Art. 216, proyecto del Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.

En caso de que sea la persona jurídica, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, se aplicará una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Esta medida era, a mi criterio, desproporcional y así lo veremos en su momento oportuno.

Siguiendo con el tema de la necesidad de la tipificación, podemos concluir que la evasión de las obligaciones de la seguridad social es la causa principal de esta medida. El temor, la fuerza coercitiva Estatal y la posibilidad legal de hacer uso de esta, han motivado al Gobierno Nacional a optar por la vía penal como la regulación extrema ante una práctica ilegal que por desgracia aún continúa.

La decisión del pueblo ecuatoriano en las urnas no fue otra que la de asegurar que la tipificación de este delito sea un aviso claro acerca de que no se va a soportar ya ningún tipo de abuso por parte de quienes poseen los medios y recursos económico y con ello el poder dentro de una relación laboral.

No obstante, la medida ampara al trabajador pero desequilibra a la relación laboral, convirtiendo a la misma en una suerte de balanza “sin ecua-non”, donde existe un hiper-garantismo a favor del trabajador.

Sin embargo, una vez enviado el proyecto al legislativo para segundo debate y considerar el veto del Ejecutivo, se consideró la siguiente propuesta de artículo:

“Artículo 248.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La persona que hubiere retenido los aportes patronales o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa igual al duplo del total de los valores no depositados.

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie las acciones legales correspondientes.

En caso de que sea la persona jurídica, la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, y se le impondrá una multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.”⁸¹

“Artículo 249.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas, que no cumplan con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención judicial por el tiempo necesario para precautelar los derechos de los trabajadores y se les impondrá una multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general y cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general por cada empleado no

⁸¹ BORRADOR SEGUNDO DE B AT E DE CÓDIGO ORGÁNICO INT EGRAL PENAL, COMISIÓN DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO | 09 de diciembre de 2012 | Pág. 101 de 440

afiliado, siempre que no abonare el valor respectivo, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberle hecho saber”⁸²

“SECCIÓN SÉPTIMA

Contravención contra el derecho al trabajo

Artículo 250.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La persona que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio, dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador empezó sus labores, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

Cuando se trata de trabajo doméstico y artesanal será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general”⁸³

En estas propuesta se decidió razonar la privación de libertad para con el empleador así como el mecanismo adecuado para conocer el delito y realizar el cobro en tiempo breve.

El delito que esta obra propone tipificar es “*ex post*”, puesto q lo que queremos es sancionar un delito consumado y doloso, consiente con la intención y el resultado, que es el ocasionar un daño al Sistema de Seguridad Social y al trabajador, contra un bien jurídico colectivo supraindividual, que merece y debe necesariamente ser punible.

⁸² BORRADOR SEGUNDO DE B AT E DE CÓDIGO ORGÁNICO INT EGRAL PENAL, COMISIÓN DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO | 09 de diciembre de 2012. | **Pág. 102** de 440

⁸³ BORRADOR SEGUNDO DE B AT E DE CÓDIGO ORGÁNICO INT EGRAL PENAL, COMISIÓN DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO | 09 de diciembre de 2012| **Pág. 102** de 440

En concordancia con esta idea, recogemos el pensamiento de la tipificación de los delitos de peligro y la potestad de acción que tiene el Estado ante este tipo de delitos y en la cual fundamentamos la categoría de delito de peligro concreto ex post para los delitos en contra de la Seguridad Social:

“El legislador toma la opción de proteger penalmente un bien jurídico, y transformarlo en un bien jurídico-penal, en base a una doble consideración de merecimiento y necesidad. La primera de ellas (merecimiento) viene dada por la trascendencia o importancia de dicho interés para posibilitar la convivencia entre los miembros de una comunidad (corresponde a un presupuesto para la libertad), mientras que la segunda (necesidad) deriva de la constatación de insuficiencia de los medios de control social, formales o informales, para obtener el debido respeto y protección de dicho interés, considerado previamente como fundamental. De ahí deriva la base que justifica al Estado el intervenir de manera coactiva sobre las conductas que en mayor medida reflejen dicha necesidad de protección: Sólo aquellas conductas que afecten un valor esencial para la convivencia y que no puedan ser evitadas por otros medios menos lesivos que el recurso penal, podrán ser objeto de represión, por esta vía” (Maldonado, F. 2006; 5).

11.4. La no afiliación al Sistema de Seguridad Social no es un delito económico.

Como la Asamblea Nacional lo ha propuesto en el Código Orgánico Integral Penal, las infracciones relativas al derecho al trabajo y a la seguridad social se encuentran tipificados en dos secciones, de la siguiente forma:

SECCIÓN SEXTA

Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad

Arts.- 241, 242, 243.

SECCIÓN SÉPTIMA

Contravención contra el derecho al trabajo

Art.- 244.

A lo largo de este trabajo, se ha manifestado nuestra inconformidad con la tipificación propuesta, por considerarla equivocada, simplista y carente de razón lógica mas no jurídica, pero en este punto debemos concordar con la ubicación de los delitos y contravención propuestos, ya que es la misma que se propondrá para los delitos en contra del Sistema de Seguridad Social que propone esta obra.

Los delitos económicos son conductas o actos que lesionan la confianza económica de la sociedad en el orden o sistema económico imperante, al respecto Gerscovich define a los delitos económicos como:

“Los comportamientos descriptivos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y por tanto ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico”(Gerscovich, C. 290; 2006).

Entendamos lo que se propone, son delitos pero con incidencia económica y resultados económicos que provocan desconfianza económica, es decir solo tiene que ver con economía o simple y llanamente con dinero o cuantificable en una agravio pecuniario, nada más.

Consideremos otros criterios al respecto:

“El derecho penal económico está determinado por la serie de normas destinadas a tutelar la actividad interventora del Estado en la economía” (Molinas, F. Cit. por Gerscovich; 2006).

“El Derecho Penal Económico se trata de una especialidad del Derecho Penal que en gran medida encuentra solución en la dogmática general de éste, pero que además requiere soluciones no previstas por dicha dogmática, en función de características especiales de los delitos de ésta clase” (Righi, E. 41;2000.)

“Conducta que capaz de poner en peligro la vida económica como orden general” (Tiedemann, K. Cit. por Gerscovich; 2006).

Soler es mucho más duro en cuanto a su crítica a los delitos económicos y concluye que: *“...la noción de delito económico es falsa porque no está construida sobre la noción del bien jurídico” (Soler, S. Cit. por Righi, E.; 1964).*

Sin embargo esta postura es muy dura si consideramos lo que es la Ciencia Penal, sus escuelas y esquemas del delito, tal y como lo hemos visto, mencionan los requisitos y las formas en las cuales se configura una conducta o acto típico, antijurídico y culpable y que en la mayoría de las legislaciones penales se encuentran tipificados los delitos económicos. Al respecto Esteban Righi defiende la existencia de la ciencia penal económica en los siguientes términos:

“...podemos afirmar que el derecho penal económico existe, (...) que es una especialidad, porque tiene características propias que no le son comunes en los

restantes delitos. Que ello se verifica porque las soluciones tradicionales de la dogmática penal, si bien son aplicables en gran medida, no dan respuestas adecuadas a algunos problemas que son propios de esta rama del Derecho Penal (...)" (Righi, E. 1964)

Es por demás notorio que la razón de ser del derecho penal económico y de los delitos económicos es el pecunio, lo cuantificable en dinero, aquello que incida en la marcha económica del Estado en forma nociva, el Sistema Económico como tal es el que es puesto en entredicho con la sociedad y la conciencia colectiva e individual de los habitantes.

Incluso las diferencias entre los delincuentes de los delitos económicos y de los delitos ajenos a esta conceptualización presentan variantes tanto psicológicas como de conducta, al respecto podemos citar la distinción de Gerscovich:

“Mientras que al delincuente contra la propiedad suele considerársele un marginado y como un problema individual frente al orden social, el delincuente económico por el contrario ni es marginado ni se enfrenta individualmente contra el sistema, al que por otra parte, pertenece.

En efecto los delincuentes pertenecientes a grupos socioeconómicos superiores no son marginados, sino aceptados y tolerados” (Gerscovich, C. 290; 2006).

Nuestro Código Orgánico Integral Penal recoge este precepto de que los delitos económicos tienen que ver con situaciones, conductas o actos que lesionan el Sistema Económico y la confianza que la sociedad tiene en este, precautelando así su fortaleza tanto abstracta como material.

Los delitos económicos son catalogados como *Delitos Contra La Responsabilidad Ciudadana* y los podemos hallar en el Libro I, Capítulo V, Sección 8ª, de la siguiente forma:

SECCIÓN OCTAVA

Delitos económicos

Artículo 307.- Pánico económico.

Artículo 308.- Agiotaje.

Artículo 309.- Usura.

Artículo 310.- Divulgación de información financiera reservada.

Artículo 311.- Ocultamiento de información.

Artículo 312.- Falsedad de información.

Artículo 313.- Defraudaciones bursátiles.

Artículo 314.- Falsedad documental en el mercado de valores.

Artículo 315.- Autorización indebida de contrato de seguro.

Artículo 316.- Operaciones indebidas de seguros.

Artículo 317.- Lavado de activos.

Artículo 318.- Incriminación falsa por lavado de activos.

Artículo 319.- Omisión de control de lavado de activos.

Artículo 320.- Simulación de exportaciones o importaciones.

PARÁGRAFO PRIMERO

Contravención de actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial.

Artículo 321.- Actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial.-

PARÁGRAFO SEGUNDO

Delitos contra el sistema financiero

Artículo 322.- Pánico financiero.

Artículo 323.- Captación ilegal de dinero.

Artículo 324.- Falsedad de información financiera.

Artículo 325.- Sanción a la persona jurídica.

Artículo 326.- Descuento indebido de valores.

De todos los delitos y contravenciones enumeradas, se constata que la intención del COIP, es la de prevenir y sancionar prácticas que tengan como finalidad recibir un beneficio económico a cambio de una conducta dolosa o culposa que incida lesivamente en el Sistema Financiero nacional.

Bajo ningún concepto podemos configurar una similitud de lesiones o de peligro entre los delitos en contra del Sistema Económico y los delitos en contra del Sistema de Seguridad Social.

- El Sistema Económico es un sistema público, privado y mixto que regula y controla todas las actividades comerciales, financieras, de inversión, de capitales, de banca, de seguros y reaseguros, de confianza económica, de avalúos y demás actividades susceptibles de ponderación económica o valoración en dinero.
- El Sistema de Seguridad Social es un sistema público y universal, que atiende las necesidades de la población basado en los principios de inclusión y equidad social y los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad que comprende a las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, cuyo funcionamiento se basa en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia con la misión constitucional de cubrir las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos del trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la Ley.

Al pretender que los delitos en contra del Sistema de Seguridad Social sean un delito económico, nos estaríamos limitando a la conducta del empleador por recibir un beneficio económico al perjudicar el pecunio del trabajador traducido en la apropiación de sus aportaciones. En el caso del trabajador o el contador que de mutuo acuerdo o con el desconocimiento del empleador no cumplan con la afiliación a la seguridad social, ¿hablamos de un delito de cuello blanco? ¿Un delito económico porque lesiona la confianza en que? a la seguridad social no le interesa la confianza, le interesa su mandato constitucional de prestar las contingencias, que sí se pueden valorar en dinero, al igual que cuando se roban el dinero a una persona y es asesinada, pero es el tipo es muerte con agravante o asesinato y no delito económico aunque el fin haya sido sustraer el dinero y el medio para conseguirlo el asesinato.

En el caso de la no afiliación a la Seguridad Social, a quien yo no le estoy robando o hurtando el dinero al trabajador, por lo cual no le causo un perjuicio económico, el perjuicio como ya lo vimos es al Sistema de Seguridad Social, por lo cual como ya explicamos es solo perjudicado el trabajador hasta que requiera sus prestaciones. No puedo concebir un delito económico cuando causo un perjuicio al Sistema de Seguridad Social al impedirle poder cumplir con sus contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos del trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la Ley.

Esta obra pretende realizar una adecuada tipificación de las transgresiones al Sistema de la Seguridad Social, comenzando por la relación laboral, por ello no podemos hablar de un delito al Sistema Económico sino al que nos hemos referido desde el comienzo.

12. Desigualdad en la Relación Laboral.

La relación laboral es una de las “más clásicas” formas de convivencia social que podemos encontrar; como vimos en el capítulo primero de este trabajo, la relación laboral da origen a la seguridad social; la sociedad se basa en relaciones y una de las más importantes es la que permite a los individuos optar por una actividad que les ayude a sobrevivir en un mundo basado en bienes y servicios privatizados que poseen un precio.

Para definir lo que es la relación laboral, debemos comprender que esta se basa en un contrato voluntario e individual. El contrato es un convenio, escrito o verbal, mediante el cual una parte llamada empleador contrata los servicios lícitos y personales de otra u otras denominada trabajador o trabajadores, para que realicen una obra o servicio conforme a las especificaciones e instrucciones del empleador a cambio de una remuneración justa conforme a la Ley.

El Código del trabajo define así al contrato individual:

Art. 8.- Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

La Cuarta Sala de lo Laboral en sentencia de fecha 18 de enero de 1990, Repertorio Jurídico T.XXXIV, 1990, p. 269, sentenció:

“Para que sea un contrato de tipo laboral, debe desprenderse sin dificultad la existencia de los requisitos del artículo 8, si se dan estas condiciones, es indudablemente un contrato laboral, aunque en el mismo se le denomine de otra manera”

Fallos similares:

1. *Sentencia 3 de febrero de 1989, Repertorio Jurídico T.XXXIII, p.365.*
2. *Sentencia 11 de mayo de 1989, Repertorio Jurídico T.XXXIII, p.367.*

Analizando los elementos de la configuración de la relación laboral tenemos que:

a) Servicios lícitos y personales.

Son tareas, trabajos o servicios prestados en forma personal y enmarcados dentro de las actividades permitidas por el Estado Ecuatoriano.

Por esta razón, los servicios se encuentran reconocidos dentro de los elementos constitutivos que configuran la relación laboral y que constan en el art. 8.

b) Relación de dependencia y subordinación económica.

Por el horario de funciones para las cuales se contrata a un trabajador o grupo de trabajadores, no pueden concurrir a ningún otro lugar de trabajo y se le cancela una remuneración de tipo mensual, conforme, con lo cual se configura la relación de dependencia y subordinación económica.

Esta remuneración es fijada por el convenio, y nunca será inferior a la remuneración básica fijada por la ley.

Con lo expuesto se configura la condición para una relación laboral constante en el Art. 8 del Código del Trabajo.

c) Relación de dependencia y subordinación intelectual.

Para las funciones al trabajador encomendadas, éste no puede manejarse de manera independiente, ya que esto le alejaría de la definición de trabajador y lo convertiría en un profesional que factura por sus servicios conforme a un contrato civil de prestación de servicios profesionales, sino que el trabajar labora bajo las instrucciones y directrices que propone su empleador.

Al tener que trabajar bajo órdenes de, un superior y bajo sus instrucciones, la legislación laboral en su artículo 8, establece que la subordinación es un elemento constitutivo y que configura a la relación laboral.

La doctrina establece que la dependencia se divide en intelectual y económica, el Dr. Juan Carlos Troya Avilés en su obra introducción al derecho laboral, define a la dependencia intelectual como la subordinación que tiene el individuo frente a un empleador o un superior para realizar sus labores.

En este sentido, la Segunda Sala de lo Laboral y Social –proceso 236-2000, mediante sentencia de 30 de agosto de 2000, RO 212: 27 nov. 2000, Repertorio Jurídico TXLIX, 2000, p.106, sentenció:

“La dependencia laboral es una dependencia jurídica, es decir la emanada de la contratación en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra, con la contraprestación de recibir una remuneración bajo la subordinación del empleador que adquiere además el derecho de darle órdenes y de dirigirle el trabajo con la contraprestación de recibir una remuneración.”

Fallos similares:

1. *Sentencia 28 de enero de 1998, RO 151: 18 de marzo de 1999, Repertorio Jurídico T.LVI, p.113.*

2. *Sentencia 479-94: 23 de marzo de 1995, Repertorio Jurídico T.XL, p.505.*
3. *Sentencia 439-94: 9 de febrero de 1995, Repertorio Jurídico T.XL, p.512.*
4. *Sentencia 75-94: 30 de marzo de 1995, Repertorio Jurídico T.XL, p.514.*

d) Simulación de contrato.

Una de las prácticas más comunes que existen como configuración de la explotación laboral y que es motivo de la no afiliación a la seguridad social, es el refutar, por parte del empleador, que no existe una relación laboral ya que el contratado facturaba por sus servicios, aduciendo así que se trataba de un contrato civil de servicios.

Entendemos que el hecho de hacer facturar a un trabajador que tiene como fuente de ingresos exclusiva, por la forma en que se ha pactado su relación laboral, negándole la posibilidad de laborar en otro lugar o empresa, no puede ser considerada de ninguna forma prestación de servicios, ya que adicionalmente se le ha condicionado a laborar bajo una subordinación y orden jerárquico dentro de la empresa. Incurriendo en todas las condiciones que configuran una relación laboral.

La legislación ha establecido que no se puede pretender tercerizar o subcontratar personal para actividades propias para la empresa, esto se recoge en el Mandato N° 8.

La tercera sala de lo laboral y social en el proceso 117-2003 y con sentencia a fecha 22 de julio de 2003, RO 212: 17-nov-2003, Rep. Jur. T. LV, p. 117, establece que:

“Pese a la denominación de “Contrato Civil de Co-producciones” se establece entre las partes la condición de subordinación o dependencia laboral que caracteriza entre otros elementos al contrato de trabajo”.

La misma sala a continuación establece la forma en la cual las salas de lo laboral y social empezaron a dirimir la existencia o no de una relación laboral en una empresa que hace facturar a sus empleados cuando tiene un horario, una remuneración fija y mensual:

“Se trata de un contrato simulado que pretende esconder la verdadera naturaleza del contrato de trabajo”.

La relación que se genera entre el empleador y su trabajador está compuesta por factores directos, agentes de incidencia administrativa y agentes externos a la actividad pactada por las partes.

1.- Factores Directos (F.D.) son:

1. Contrato.
2. Sueldo.
3. Horario.
4. Relación de dependencia.

Estos factores son los que vinculan directamente a empleador y el trabajador, aquellos que no tienen a un agente externo entre ellos o un tercero que medie estos llamados factores.

2.- Agentes de Incidencia Administrativa (A.I.A):

Se refiere a las personas que colaboran con el empleador dentro de la relación laboral, que conocen de la existencia de la misma y que inciden en el cumplimiento de las normas legales vigentes.

Son A.I.A los siguientes:

1. Contador.
2. Administrador.
3. Junta administrativa.
4. Consejo de vigilancia.

Bien tenemos entonces que entender de manera fehaciente que todos los A.I.A. son conocedores de la Ley y de las normas pertinentes a la relación laboral y a las disposiciones de seguridad social, con lo cual colaboran con el empleador e intervienen con conocimiento de la norma y prevenidos como fueren, deciden no actuar conforme a derecho.

3.- Los agentes externos (A.E.) son los siguientes:

1. Ley.- Incide en la relación laboral, la condiciona, la regula, la norma, consiguiendo con ello armonizar las prácticas laborales con las disposiciones constantes en:
 - Constitución.

- Código del trabajo.
 - Ley de Seguridad Social.
 - Código Penal.
2. Instituciones reguladoras.- son aquellas instituciones gubernamentales encargadas de hacer cumplir la ley y de verificar el correcto proceder de empleadores y trabajadores en concordancia con las disposiciones de los cuerpos legales citados que anteceden.

2.1 Ministerio de Relaciones Laborales.

2.1.2 Direcciones Regionales del Trabajo.

2.1.3 Inspectorías del Trabajo.

2.2 Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

2.2.1 Direcciones Regionales del IESS.

2.2.2 Seguro Social Campesino.

Ante lo expuesto pretendemos demostrar que la relación laboral es más que una forma de contratación para realizar una tarea continua y remunerada, es la síntesis del sistema económico imperante por lo cual el Estado a través de sus instituciones debe proteger, estimular y desarrollar ya bien por las vías económicas y tecnológicas, ya bien por la vía legal.

Es así que resumir toda esta compleja relación al nexo empleador – empleado, resulta escueto y más aun cuando se pretende correr toda la responsabilidad y obligaciones de esta relación al empleador, deviene en una polarización no solo de la relación laboral sino en un malentendido clasismo, producto de una política socialista en un Estado tradicionalmente capitalista.

En la actualidad se encuentra el empleador sujeto a los controles de pagos de décimo tercero y décimo cuarto sueldos, de pago de utilidades, de control de impuestos tanto fiscales como municipales, etc., de esto tenemos que el empleador debe responder por su actividad ante:

1. Ministerio de Relaciones Laborales.
2. Dirección regional del Trabajo.
3. Servicio de Rentas Internas.
4. Superintendencia de Bancos.
5. Superintendencia de Compañías.
6. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Estas obligaciones son derivadas de su actividad pero no concretamente con el vínculo jurídico con el trabajador, pero que sin embargo inciden en esta; por ejemplo en el caso del “*Convenio de Coordinación Técnica Interinstitucional Entre El Ministerio de Relaciones Laborales, Servicio de Rentas Internas (SRI) y la Superintendencia De Compañías*”, suscrito con el fin de evitar el incumplimiento en el pago de utilidades a los trabajadores.

De igual manera podemos citar a los actos administrativos de la Dirección Regional del Trabajo en cuanto a las declaraciones de los décimo tercer y décimo cuarto sueldos y a los iguales actos del IESS en cuanto al cobro coactivo de las aportaciones no entregadas.

Sin embargo la responsabilidad penal ya existe para el empleador en la Seguridad Social por la retención ilegal de aportes no entregados al IESS, añadirle la

responsabilidad penal por la no afiliación a la seguridad social es un esfuerzo gubernamental por proteger al trabajador en cuanto a sus derechos... pero en el caso de los trabajadores que voluntariamente aceptan o solicitan directamente al empleador el no ser afiliados ¿qué responsabilidad tienen?, ¿por qué el Estado no se pronuncia ante este perjuicio a un sistema universal de seguridad social?

“Tanto trabajador como empleador tienen derechos, pero el empleador es el único con obligaciones y sanciones administrativas y penales derivadas de la relación laboral”

12.1. Disparidad de la tipificación propuesta por el Estado.

En el proyecto de código orgánico penal original, en su sección quinta que hace referencia a las infracciones contra el trabajador en su artículo 216 se establecía que:

Artículo 216.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- El empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio, conforme ordena la Ley, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años y multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

Cuando se trata de trabajo doméstico será sancionado con la igual pena privativa de libertad.

Aquellos empleadores que retuvieren ilegalmente los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, destinándolos a otros fines y no al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, serán sancionados con la misma pena del inciso primero de este artículo.

En el caso de personas jurídicas, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro ente que no cumpla con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

En caso de que sea la persona jurídica, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, se aplicará una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

La segunda y al parecer definitivo tenor literal del Proyecto de Código orgánico Integral Penal sanciona al delito de la no afiliación a la seguridad social conforme a lo contemplado en los artículos 249 y 250 de la Sección Sexta Delitos contra el Derecho al Trabajo y la Seguridad Social, del Capítulo Tercero Delitos Contra El Derecho Al Buen Vivir, Título III Infracciones en Particular.

El articulado que ya ha sido revisado en forma anterior en esta obra, es el siguiente:

“Artículo 248.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La persona que hubiere retenido los aportes patronales o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos

hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa igual al duplo del total de los valores no depositados.

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie las acciones legales correspondientes.

En caso de que sea la persona jurídica, la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, y se le impondrá una multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.”

Artículo 249.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas, que no cumplan con la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención judicial por el tiempo necesario para precautar los derechos de los trabajadores y se les impondrá una multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general y cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general por cada empleado no afiliado, siempre que no abonare el valor respectivo, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberle hecho saber”⁸⁴

“SECCIÓN SÉPTIMA

⁸⁴ Borrador Segundo De B At E De Código Orgánico Integral Penal, Comisión De Justicia Y Estructura Del Estado | 09 De Diciembre De 2012. | **Pág. 102** De 440

Contravención contra el derecho al trabajo

Artículo 250.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La persona que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio, dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador empezó sus labores, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

Cuando se trata de trabajo doméstico y artesanal será sancionada con multa de treinta a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general”⁸⁵

⁸⁵ BORRADOR SEGUNDO DE B AT E DE CÓDIGO ORGÁNICO INT EGRAL PENAL, COMISIÓN DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO | 09 de diciembre de 2012| Pág. 102 de 440

13. El nuevo delito penal de no afiliación a la Seguridad Social.

En ambas propuestas claramente hacen referencia al delito que comete el empleador y únicamente a él se le hace responsable por la no afiliación a la seguridad social de su empleado o empleados.

En el primer intento de tipificación, el artículo, trata al delito de la no afiliación a los empleados privados en general. Se propone la pena privativa de la libertad como la respuesta Estatal a este nuevo delito y se hace referencia a que la sentencia sería proporcional (se considera un máximo y mínimo en el tiempo de privación de la libertad) pero no es clara en cuanto a en que se basará esta medición, será acaso una consideración a sus atenuantes y agravantes o acaso la medida será el monto económico adeudado al seguro social. En todo caso, el artículo hace énfasis en que a esta privación de la libertad le será acompañada una sanción de tipo pecuniario o multa, con el fin de recuperar esos fondos no depositados en sus arcas más la suma adicional de doscientos salarios mínimos vitales.

Para finalizar, el párrafo dispone que a este delito, le sean aplicables todas las sanciones a las que estuviere sometido el empleador en la vía administrativa, coactiva; entendemos con esto que la medida no es sustitutiva de las que tenemos previstas en la actualidad, por el contrario se trata de una medida punitiva adicional y severa para el empleador por el perjuicio grave que le causa al trabajador al vulnerar sus derechos consagrados en la Constitución, en nuestro código del trabajo y en la Ley de Seguridad Social así como en su reglamento.

En segundo debate, la Comisión de Justicia y Estructura del Estado propuso una reforma totalmente coherente con nuestra legislación vigente, pero que a su vez, es en forma

absoluta inequitativa entre las personas llamadas a cumplir con las obligaciones de la seguridad social.

En forma primera, se plantea la necesidad de diferenciar a las personas jurídicas de las personas naturales; esta distinción se la realizó con la intención de cumplir con la ley y su principio de que las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal, ya que según la teoría, las personas jurídicas no tienen la voluntad y conciencia, por lo cual son sus responsables por delegación, mandato o representación jurídica las que actúan en nombre de estas. Sin embargo, dentro de este mismo proyecto se incluye una explicación y normativa referente a identificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que sí la tienen y que es independiente de la de las personas naturales de ellas responsables.

“CAPÍTULO QUINTO

*LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA*⁸⁶

Artículo 52.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado serán penalmente responsables por los delitos cometidos para su beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión dolosa de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderados o mandatarios o representantes legales o convencionales, agentes, operadores, factores, delegados o por terceros que contractualmente o de hecho se inmiscuyan en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión, y en general por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

⁸⁶ Borrador Segundo De B At E De Código Orgánico Integral Penal, Comisión De Justicia Y Estructura Del Estado | 09 de diciembre de 2012 | Pág. 45 de 440, en forma posterior y definitiva se cambiaron a los artículos 49 y 50 respectivamente, bajo el mismo Capítulo Quinto.

La responsabilidad penal de la persona jurídica será independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervinieren con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

Artículo 53.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extinguirá, ni modificará si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad, o porque dichas personas hubieren fallecido o eludido la acción de la justicia; ni porque se hubiere extinguido la responsabilidad penal de las personas naturales, ni porque se hubiere dictado sobreseimiento provisional o definitivo de las personas naturales o del proceso.

Tampoco se extinguirá la responsabilidad de las personas jurídicas cuando éstas se hubieran fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley.

Artículo 54.- Circunstancias atenuantes de la persona jurídica.- Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber realizado, con posterioridad a la comisión de la infracción y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- 1. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer la responsabilidad penal originada de los hechos; o,*

2. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la audiencia oral de juzgamiento a reparar integralmente o disminuir el daño causado por la infracción.”

Si aplicamos esta tipificación a la del delito de la no afiliación del artículo 249, observamos que son acordes entre ellas en esencia:

1. Dispone una intervención judicial que tutele y haga cumplir los derechos de los trabajadores.
2. Multa de cien a doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.
3. Cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general por cada trabajador no afiliado.

Todo esto siempre que no abonaré el valor respectivo de la deuda.

La idea del legislador es la que el impase suscitado por el incumplimiento de la ley, al tratarse de una persona jurídica de la cual dependen económicamente otros trabajadores, no derive en la privación de la libertad del empleador; si el empleador estuviese privado de la libertad, no podría asegurarse la continuidad de la plaza laboral de los demás empleados. Esta medida sería en extremo desmesurada y nociva para la relación laboral con lo cual en lugar de corregir un hecho típico antijurídico, generaríamos una crisis social creciente. La aplicación de la ley debe proyectarse a la incidencia social que su ejecución generaría y la inestabilidad implícita en la cual nos veríamos inmersos.

Pues bien por esta razón el castigo pecuniario ha sido la solución penal optada para las personas jurídicas. Para las personas naturales en cambio es la privación de la libertad la medida propuesta.

Si analizamos el artículo 250, podremos observar que dice:

“La persona que no afilie a sus trabajadores (...)”

Invita a un debate el inicio del artículo, ya que la persona es un sustantivo genérico, no es determinante al momento de aplicar una sanción por parte del Juez competente.

Al decir persona nos remitimos al significado de la misma propuesta por la Real academia de la Lengua Española, la cual presenta la siguiente definición:

(Del lat. persōna, máscara de actor, personaje teatral, este del etrusco phersu, y este del gr. πρόσωπον).

1. f. Individuo de la especie humana.

2. f. Hombre o mujer cuyo nombre se ignora o se omite.

3. f. Hombre o mujer distinguidos en la vida pública.

4. f. Hombre o mujer de prendas, capacidad, disposición y prudencia.

5. f. Personaje que toma parte en la acción de una obra literaria.

6. f. Der. Sujeto de derecho.

7. f. Fil. Supuesto inteligente.

8. f. Gram. Accidente gramatical propio del verbo y de algunos elementos pronominales, que se refiere a los distintos participantes implicados en el acto comunicativo.

9. f. Gram. Nombre sustantivo relacionado mediata o inmediatamente con la acción del verbo.

10. f. Rel. En la doctrina cristiana, el Padre, el Hijo o el Espíritu Santo, consideradas tres personas distintas con una misma esencia.

Si nos limitamos a la definición exacta de nuestra materia tenemos que:

~ jurídica.

1. f. Der. Organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones.

El problema es que este artículo aplica a las personas, es para todas, no es preciso al excluir a las personas jurídicas o a las naturales, simplemente nos da la posibilidad de aplicar la sanción constante en este artículo en forma indistinta y a nuestra conveniencia.

En forma seguida se establece la temporalidad en la cual un empleador debe inscribir al trabajador en el IESS, esto es treinta días contados a partir de su incorporación a la empresa para la cual fue contratado. Se toma como base los plazos establecidos en materia laboral y

de la propia seguridad social para los trámites propios de una relación laboral como pago de aportaciones, inscripción de contratos de trabajo, etc.

La privación de libertad contemplada en este artículo nos podría ser presentada como la forma de distinguir a la persona sancionada en este, y que habiendo ya tipificado en forma inmediata y previa a la penalidad para con las personas jurídicas no quedaría en duda que esta es sin error la pena para la persona natural.

Sin embargo, el que el artículo establezca intencionalmente esta duda, podría ser considerado como un elemento importante a futuro.

1. Finalmente se establece que es una contravención con una pena de uno a quince días de pena privativa de la libertad.
2. Multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.

En el inciso final también hace una diferencia para con el trabajo de las personas dedicadas a las tareas domésticas así como para con las personas que se dedican a labores artesanales.

13.1. El delito de retención indebida de los aportes.

En el párrafo tercero de este artículo, se incluye el delito de no remisión de los aportes del trabajador al IESS, en el cual se presentan variantes en cuanto a la tipificación existente en la actual Ley del IESS:

Ley de Seguridad Social:

Art. 78.- SANCION PENAL.- Sin perjuicio del plazo de quince (15) días para la remisión de aportes, descuentos y multas al IESS, el funcionario público o el empresario privado que hubiere retenido los aportes patronales y/o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa (90) días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena de tres a cinco (5) años de prisión y una multa igual al duplo de los valores no depositados.

Art. 216 Proyecto Código Orgánico Penal original

Aquellos empleadores que retuvieren ilegalmente los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, destinándolos a otros fines y no al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, serán sancionados con la misma pena del inciso primero de este artículo.

(...)

En caso de que sea la persona jurídica, sociedades, fundaciones, compañías o cualquier otro la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, se aplicará una multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Proyecto de código orgánico 2º debate:

“Artículo 248.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La persona que hubiere retenido los aportes patronales o personales y haya efectuado los

descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con la pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa igual al duplo del total de los valores no depositados.

Para el efecto el Director General o el Director Provincial del IESS en su caso, se dirigirá al Ministro Fiscal de la respectiva provincia para que inicie las acciones legales correspondientes.

En caso de que sea la persona jurídica, la que retuviere los valores correspondientes a los aportes personales de los trabajadores, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, y se le impondrá una multa de cien a trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general.”

Entre estas tres tipificaciones podemos hallar las siguientes diferencias:

1. Privación De La Libertad actualmente se consideran de tres a cinco años de prisión para el delincuente; no existe una reforma a este articulo en el Proyecto de Reforma de la Ley de Seguridad Social.
2. En el proyecto de Código Orgánico Penal se reduce el tiempo propuesto para la privación de la libertad hasta los tres años como máximo con un mínimo de uno.

3. En cuanto al imputado, se excluye en esta al funcionario público, ya que en el proyecto de Código Orgánico Penal Ecuatoriano solo se acusa al empleador privado ya bien persona natural o ya bien jurídica.
4. En la propuesta original del COIP, la multa pasaría a ser del duplo de lo adeudado a un valor de doscientos salarios mínimos vitales de multa a los adeudados.
5. En el último borrador del COIP presentado ante la asamblea, se acoge en forma exacta la sanción penal que consta en la Ley de Seguridad Social presentada en forma primera.
6. En este segundo borrador, se proponen penas más drásticas que incluyen el cierre de los locales del negocio así como una multa pecuniaria.

La forma en la cual se castiga la defraudación al Sistema de Seguridad Social, evidencia en forma clara que es un sistema que se protege a sí mismo y de allí a los trabajadores. Por tal razón.

13.1.1. Imputados y Penas.

El artículo sanciona a dos tipos de delincuentes del tipo doloso:

1. Persona Natural.
Empleador que contrata a título persona y se obliga como tal en un contrato de trabajo.
2. Persona jurídica.

Empleador que contrata a través de interpuesta persona, debido principalmente a su incapacidad de comparecer en forma física.

La pena para ambas personas es una multa de doscientos remuneraciones básicas unificadas, que se cancelarán en forma conjunta con lo adeudado.

En cuanto a la pena de privación de la libertad, únicamente la persona natural es susceptible de esta medida, salvo la retención ilegal de aportaciones que es castigada con pena privativa de la libertad para ambas personas.

En nuestra legislación se considera que las personas jurídicas no tienen la posibilidad de ser encarceladas por delito alguno y que la responsabilidad de sus administradores y representantes legales, penalmente, no es imputable ya que hay un vacío legal entre la persona que es titular de los derechos y obligaciones (la empresa, el nombre, la persona fantasma o ficticia) con la persona que realiza en forma consciente y voluntaria con dolo o culpa el acto típico antijurídico.

Las personas jurídicas tienen responsabilidad civil por sus actos, pero en el plano de la responsabilidad penal aun no se ha podido llegar a un consenso adecuado para un delito en el cual una persona o grupo de personas valiéndose de la ficción de existencia de la persona jurídica, acuerdan realizar una conducta dolosa, violentando a la Ley y los principios que rigen los cánones sociales. La junta directiva de una empresa, su presidente o sus administradores pueden acordar no afiliarse a cien trabajadores o hasta a mil trabajadores, con lo que una vez iniciado el proceso penal, se llegaría a dictaminar la multa de las doscientas R.B.U. (Remuneración Básica Unificada) y nada más... sin embargo si una persona natural no afilia a una empleada doméstica, a parte de las doscientas R.B.U. tendría de uno a tres años de prisión.

Hagamos un ejercicio práctico:

Si constituyo a la compañía LEDCORP y para ella trabajan 3000 personas a nivel nacional, entonces podría hacer que 10 personas que trabajan para mí no sean afiliadas al IESS y les entrego su sueldo de trescientos cuarenta Dólares de los Estados Unidos de América (USD 340,00) en forma íntegra sin ningún descuento para el IESS, pero sin un acuerdo previo con estos trabajadores. De este modo no perjudico monetariamente al trabajador sino que perjudico a su seguridad social, incumpliendo así con la Ley de Seguridad Social. Tras cinco años, el IESS me solicita que en el término de 72 horas presente ante esta Institución los comprobantes de pagos de los aportes de Seguridad Social. No puedo probar los aportes y la existencia del aseguramiento para con mis trabajadores por lo cual el IESS me glosa y debo:

- Aportes patronales y personales del trabajador x 5 años x 10 trabajadores.
- Multa⁸⁷: $340 \times 200 =$
 - USD 68.000,00 si se aplica una multa por todos.
 - USD 680.000,00 si la multa es por cada trabajador.

Una empresa de las dimensiones que he propuesto a nivel nacional podría sobrellevar la sanción, amortizando esta deuda en sus ingresos así como utilizando medidas económicas oportunas que no castiguen el patrimonio de empresa en demasía.

Ahora bien el otro ejemplo:

⁸⁷ Al tratarse de un proyecto de código orgánico, no es suficientemente clara la forma en que se debe interpretar este párrafo así como el alcance de esta multa.

El señor Omar Palacios Ledesma, contrata a 2 personas incluyendo una trabajadora doméstica; su sueldo es de 340, y de mutuo acuerdo deciden no ser afiliados al IESS. Pasados cinco años se enojan y es denunciado al IESS el empleador. Ante esta situación el IESS me solicita que en el término de 72 horas presente ante los comprobantes de pago de los aportes de Seguridad Social. No puedo probar los aportes y la existencia del aseguramiento para con mis trabajadores por lo cual el IESS me glosa y debo:

- Aportes patronales y personales del trabajador x 5 años x 2 trabajadores.
- Multa⁸⁸: $340 \times 200 =$
 - USD 68.000,00 si se aplica una multa por ambos.
 - USD 136.000,00 si la multa es por cada trabajador.

- Prisión de uno a tres años.

Razonemos ahora:

1. La empresa podrá salir adelante con esfuerzo y políticas austeras y de refinanciamiento, solicitando créditos y demás; el señor Palacios no podrá hacerlo desde prisión.

2. La empresa cometió un delito en forma consiente por acuerdo de sus miembros y el señor Palacios actuó ilegalmente pero de buena fe, sin embargo ambos son merecedores de la misma pena pecuniaria.

⁸⁸ Al tratarse de un proyecto de código orgánico, no es suficientemente clara la forma en que se debe interpretar este párrafo así como el alcance de esta multa.

3. La empresa perjudicó a la seguridad social de 10 trabajadores y pagará una multa pecuniaria; el señor palacios perjudicó a la seguridad social de 2 trabajadores y pagará la misma multa que el empleador pero aparte el irá preso hasta tres años.
4. Seamos más lógicos, si comparamos ambos ejemplos, podemos notar que en el primero el empleador-empresa perjudicó a sus trabajadores en forma voluntaria y consciente sin el consentimiento de ellos; en el segundo caso fueron los propios trabajadores aquellos que en forma voluntaria y consciente invitaron al empleador a no afiliarlos, percibiendo así la totalidad de su remuneración y pudiendo acceder a beneficios gubernamentales como el **bono de desarrollo humano**. Ahora bien, ¿es o no culpable de un delito el trabajador?

Con los ejemplos queda demostrada la desigualdad tanto en la tipificación como en la ejecución de la pena que presenta este artículo, identificando en forma objetiva la diferencia existente para un mismo delito en atención a la personalidad del delincuente, demostrada la benevolencia para con las personas jurídicas o el ensañamiento para con las personas naturales.

13.1.2.1. Sujetos que cometen el delito:

Un delito de tipo penal reconoce únicamente personas físicas, por lo cual, existen dos tipos de imputados como delincuentes por conducta dolosa:

1. Empresario individual y,
2. Persona Jurídica.

En el segundo caso, podríamos entender que la persona jurídica se refiere al responsable de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

13.1.2.2. Sujeto Pasivo.

Entendemos que el sujeto pasivo es Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al ser esta una Institución con personería jurídica propia ante la cual se unifican todos los servicios de Seguridad Social; el Seguro Social Campesino y el Banco del IESS también podrían ser sujetos pasivos cuando la defraudación afecte a estas instituciones.

13.1.3. Consumación del delito:

Al ser un delito tipificado que habla de un perjuicio al empleado y al Sistema de Seguridad Social, este se perfecciona por el resultado, es decir que se produce una vez se haya incurrido en el hecho prohibido:

- En el caso del delito por la no afiliación, este se consuma al momento del vencimiento de los 30 días plazo que se tiene según la Ley de Seguridad Social para afiliarse al trabajador al IESS.
- En el caso de la retención indebida de las aportaciones, este se consuma al momento del vencimiento para la entrega de los aportes de estos ante el IESS.

En ambos casos se resume en que el resultado es el daño patrimonial a la Seguridad Social.

14. La responsabilidad no contemplada.

Dentro de la tipificación propuesta, identificamos solo a un responsable y es a él y solo a él a quien la justicia exige el cumplimiento de la ley.

El Estado Ecuatoriano y la gran mayoría de Estados, han propuesto leyes y reformas tomando en consideración un simple concepto de relación laboral en el cual solo aparecen dos partes y más aun considerando para este concepto la postura arcaica de finales del siglo XVIII y de principios del XIX, donde tras la explotación laboral y el desdén que concedía la mirada del señor burgués a sus no iguales, se consideró que los trabajadores son la parte débil a quienes el Estado tiene la obligación de proteger.⁸⁹

Partiendo del concepto recogido por nuestra Constitución acerca de que es el trabajador la parte débil de la relación laboral, quien posee derechos civiles, laborales y de seguridad social (siendo estos los que para nuestro tema nos resultan de importancia) entre otros, debemos entender que los esfuerzos gubernamentales y políticos se encaminan a esta máxima.

Sin embargo, la realidad y las buenas intenciones son una dualidad jurídica imposible de acoplar bajo un sistema político basado en la reivindicación de los derechos de los débiles, y lo cual está perfectamente argumentado, pero no si en la práctica lesiona a unos más que a otros y exculpa a unos y castiga a otro.

⁸⁹ Siglos en los cuales el desarrollo industrial generó gran demanda de fuerza laboral en las industrias del carbón, el acero, el hierro, textiles, entre otras en las que los trabajadores debían trabajar sin una ley, sin un horario, incluso se evidenciaba el trabajo infantil y la enfermedad no era motivo de permiso medico sino de despido cuando ya era terminal o un foco infeccioso o que podía ser contagioso para los demás trabajadores.

Hemos hecho notar la situación desproporcional que se suscita entre los empleadores en el tema de las sanciones, explicamos que no era igual aplicar la sanción de pena privativa de la libertad a un empleador que responde por sus propios derechos y que no tuvo intención de perjudicar a sus trabajadores sino que por el contrario lo que persiguió fue ayudarles pecuniariamente y azuzado por ellos, que aplicar la idéntica fórmula de sanción pecuniaria a una empresa que perjudica a 10 trabajadores pero que sus responsables no serán privados de la libertad como si lo serán el humilde panadero de la tienda informal de la cuadra, el carpintero, el maestro fontanero y sus ayudantes, en fin todo pequeño negocio en el cual exista personal que trabaje.

Sin embargo, la relación laboral es un proceso mucho más amplio y complejo que una relación entre el trabajador y el empleador. Pertinente es remitirnos a la explicación de la relación laboral propuesta en este trabajo dentro del tema de la *Desigualdad en La Relación Laboral*:

Partes vinculadas (P.V.) son:

- Empleador
- Trabajador

Factores Directos (F.D.) son:

- Contrato.
- Sueldo.
- Horario.
- Relación de dependencia.

Agentes de Incidencia Administrativa (A.I.A.):

- Contador.
- Administrador.
- Junta administrativa.

- Consejo de vigilancia.

3.- Los agentes externos (A.E.) son los siguientes:

- Ley:
 - Constitución.
 - Código del trabajo.
 - Ley de Seguridad Social.
 - Código Penal.
- Instituciones reguladoras:
 - Ministerio de Relaciones Laborales.
 - *Direcciones Regionales del Trabajo.*
 - *Inspectorías del Trabajo.*
 - Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
 - *Direcciones Regionales del IESS.*
 - *Seguro Social Campesino.*
 - Servicio de Rentas Internas.
 - Superintendencia de Bancos.
 - Superintendencia de Compañías.

Como propongo, la relación laboral es mucho más amplia y extensa que la mínima expresión que toma como base el Estado para proponer una sanción únicamente al empleador.

Aunque el empleador contrata a un trabajador, no es exclusiva de él la culpa por el incumplimiento de los deberes y obligaciones, sino que puede ser asistido en el cometimiento del delito.

Entonces tenemos que para sancionar una infracción penal, debemos considerar lo que expresa el profesor alemán Claus Roxin: *“Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como “responsable” de una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena”*(Roxin, C. 139;2002)

14.1. La asistencia en la infracción.

En forma directa debemos responsabilizar al empleador por el delito de no afiliación a la seguridad social y no entrega de los aportes al IESS; sin embargo, debemos considerar que en las personas jurídicas sobre todo, la compleja relación laboral implica necesariamente la participación administrativa y financiera de los Agentes de Incidencia Administrativa (A.I.A).

Durante la relación laboral, el empleador debe delegar funciones, esto a razón de que sus ocupaciones le impiden realizar funciones o que sus conocimientos le limitan el ejercerlas.

Es así que un empleador puede ser un gran y talentoso negociador pero sus conocimientos contables y el conocimiento de la ley le son limitados, en este momento él decide contratar los servicios de un profesional de la contabilidad y los de un profesional del derecho.

Las personas jurídicas son por excelencia las llamadas a delegar funciones ya bien departamentales en casos de grandes empresas o ya bien de personal calificado en el caso de compañías medianas y pequeñas.

Esta delegación de funciones así como la existencia de departamentos especializados, dilatan el nexo laboral que tienen el empleador y el trabajador.

A medida que el empleador delega sus funciones, de igual manera pierde el control efectivo sobre su empresa, ignora la realidad objetiva y mediata de su compañía. El empleador deja de ejercer su potestad en forma directa con el personal laboral que ha contratado.

El empleador se encarga de lo macro, de los negocios de los proveedores, de abrir mercado y conseguir clientes potenciales y reales, pero sí puede aprobar y dirigir, direccionar las políticas internas relativas a la plana laboral, tales como los sueldos, multas y aportaciones al IESS.

Entonces el empleador para el pago de sus obligaciones para con la seguridad social debe cumplir con las normas contables que le exige su actividad, el SRI y sobre todo el Estado.

14.2. El contador, cómplice y encubridor de los delitos en contra de la seguridad social.

En este punto debemos recordar que existen dos tipos de empresas en cuanto a la necesidad de llevar contabilidad:

1. Se encuentran obligadas a llevar contabilidad todas las personas nacionales y extranjeras que realizan actividades económicas y que cumplen con las siguientes condiciones:
 - Tener ingresos mayores a \$ 100.000, o
 - Que inician con un capital propio mayor a \$60.000, o
 - Sus costos y gastos han sido mayores a \$80.000.

2. Los profesionales, comisionistas, artesanos, y demás trabajadores autónomos (sin título profesional y no empresarios) no están obligadas a llevar, pero deben llevar un registro de sus actividades económicas.

Entonces el profesional de las ciencias contables debe avalar con su firma los balances de situación y en ellos deben justificarse los gastos, siendo entre ellos los de:

- IESS; y,
- Sueldos y salarios.

Ellos son los encargados de cuadrar estas cuentas luego de hacer las deducciones y provisiones de gastos de las ganancias. El pago de sueldos y salarios debe ser realizado con las deducciones legales del IESS y las propias de la empresa, así como los pagos de los decimo tercer y cuarto sueldos y finalmente las utilidades.

Existe una condición irrefutable a la cual debemos prestar atención y es que el contador es un profesional que durante su preparación ha recibido materias de carrera relacionadas con

la ley⁹⁰. Por este motivo el profesional de las ciencias contables es una persona que no solo se sujeta como el resto de los ciudadanos al principio del conocimiento de la ley sino que su profesión y la naturaleza delicada de sus funciones le convierten en un agente con incidencia directa en la comisión de delitos económicos tales como defraudaciones al fisco.

El contador tiene el completo conocimiento de la marcha financiera de la compañía, conoce en forma prima la situación laboral del personal de la compañía y, adecuado con la ley, realiza las aportaciones patronales y personales para todos y cada uno de los empleados. En tal sentido, no puede refutarse que este profesional encargado de realizar los pagos de impuestos y aportaciones de toda la compañía y conocedor de las leyes de la República, no tiene responsabilidad directa en el delito de no afiliación y de no entrega de aportaciones.

Si condenamos al empleador por no afiliarse a sus trabajadores, aceptamos que este conoce la Ley y su deber para con el Sistema de Seguridad Social, por esto le condena el Estado y por ello la intención de este artículo propuesto. ¿Cómo podemos exculpar entonces a la persona que realiza directamente la tarea minuciosa y delicada de responsabilizarse con la buena marcha financiera de la empresa?, la cual incluye el cumplimiento de todas las obligaciones pecuniarias a las cuales la Ley subordina al empleador.

Ahora bien, el delito de no afiliación a la seguridad social se tipificado como infracción en contra del “buen vivir”⁹¹, por esta razón el contador y el empleador se confabularían, se asociarían en forma ilícita para perjudicar un derecho constitucional del trabajador, consagrado en la Constitución.⁹²

⁹⁰ Durante diez semestres de estudio, los estudiantes de las Ciencias Contables reciben dentro de la cátedra materias como principios jurídicos, leyes, legislación ecuatoriana, derecho económico, etc., materias jurídicas que tienen que enseñan al estudiante el marco legal con el cual el futuro profesional va a realizar sus actividades profesionales.

⁹¹ Código Orgánico Integral Penal.

⁹² Art.-33 Constitución 2008

Un derecho constitucional debe ser protegido en debida forma y su vulneración debe ser restituida en forma inmediata y castigados las y los culpables mediante la aplicación efectiva de la Ley.

El derecho a la seguridad social está consagrado a su vez, como un derecho humano en forma conjunta con el derecho al trabajo.

Si se violenta un derecho humano debemos perseguir a todos los implicados en la infracción, por tal razón no merece ser exculpado el profesional de las ciencias contables que, como ya hemos dicho, posee una incidencia directa en la afiliación de los trabajadores.

Para entender en mejor forma la incidencia de las labores del profesional de las ciencias contables, nos remitiremos a la explicación que realiza Enrique Núñez en un blog:

“La misión y labores de un contador”⁹³

Siendo un PEQUEÑO NEGOCIO, quizás es suficiente que un “Contador Externo” visite la pequeña o mediana empresa para revisión la documentación en el sitio y luego retirarla y procesarla en su propio despacho de contabilidad. Una semana después se presenta con una carpeta pulcramente organizada donde está la documentación debidamente organizada, las declaraciones de impuestos que debe entregar y pagar la compañía, así como: un pequeño folleto donde están los Estados Financieros del negocio y otra información valiosa.

► *Luego el negocio crece y como MEDIANA EMPRESA, con más empleados, más facturación, más obligaciones tributarias y más complejidad se convierte en una*

⁹³ Enrique Núñez Montenegro, www.fundapymes.com/blog/la-mision-y-labores-de-un-contador/

necesidad contratar a un Contador de Planta. Una sola persona que se encargará de todos estos temas contables. Desde la organización de la documentación, el procesamiento, el registro y la confección de los Estados Financieros, así como de las declaraciones de impuestos. Inicialmente, este Contador puede que maneje también la tesorería de la empresa (cosa que no recomiendo); pero no firma en las cuentas corrientes.

► En un tercer nivel de evolución, la empresa siendo ya de mediano tamaño, quizás agregues otras sociedades que requieren igualmente su propia contabilidad. La documentación aumenta, la cantidad de empleados también y la complejidad es mayor. Lo que hace esta mediana empresa es contratar Asistentes Contables y un Contador General maneja ese equipo de trabajo. En este punto la empresa ya debería contar en su planilla con un Tesorero (de este hablaremos en un artículo posterior). Es usual que al Contador General se le encargue el Área de Recursos Humanos. Si la empresa tiene poco personal, quizás cuarenta personas o menos no represente mayor problema; pero igual esa área también llegará a ser independiente cuando la cantidad de empleados sea mayor. Por supuesto que con un Contador de Planta, la empresa ya debe haber adquirido un “programa contable” en donde registrar sus transacciones financieras. Hay cientos de opciones en el mercado ahora desde \$1,000 dólares hasta \$1 millón de dólares.

► Cuando la empresa crece y se acerca a los límites superiores de una empresa mediana debe fortalecer su Área Financiera. Quizás ya sus ventas superen los doscientos cincuenta mil dólares mensuales, quizás su planilla sea de más de 100 trabajadores o quizás la complejidad de las transacciones amerite evolucionar nuevamente. En estos casos surge la presencia del Director Financiero a cargo de un profesional, usualmente de formación contable en sus inicios; pero que decidió especializarse en banca y finanzas. Esto es lo que recomiendo a mis clientes, una persona que pasó por todo el proceso de convertirse de Asistente de Contador a

Contador General y que luego se formó para ser un Gerente Financiero. De este puesto también hablaremos en otro artículo.

Todo lo anterior está muy bien y debe ser el proceso natural en toda pequeña y mediana empresa. Pero... ¿Para qué? ¿Qué sentido tiene esa inversión en el Área Financiera que deben realizar los negocios? La respuesta se resume en la misión que ofrecemos para el Contador General de todo negocio, pequeño o mediano, es la misión y la razón de ser de la Contabilidad. Lo resumo en la siguiente frase:

“La misión del Contador General es suministrar a la Gerencia información financiera confiable, útil y oportuna para la toma de decisiones y el control gerencial”.”

Bien de esto tenemos que es clara la relación entre el contador, los impuestos, y la cantidad de trabajadores incide en las necesidades de la empresa y la toma de decisiones que se deben realizar.

El autor nos explica que las funciones del contador son las de ordenar la documentación de la empresa y con ella realizar el pago de todos los impuestos a los que esta se encuentra sujeta por Ley, incluyese en esta a los impuestos de la seguridad social.

El autor hace referencia a que el contador tiene igual responsabilidad en el área de derechos humanos, esto de acuerdo al número de trabajadores siempre y cuando estos no excedan de los cuarenta, siendo así un número manejable.

Finalmente nos presenta su criterio de la necesidad de que se debe crear una gerencia financiera para las compañías con una plana laboral considerable y con ingresos por los doscientos mil dólares americanos. Hace énfasis en que la persona elegida para el cargo de Gerente Financiero debe poseer conocimientos contables y haber cursado por los departamentos contables, con lo cual demuestra la relación conexas entre el contador y la responsabilidad tributaria en todas sus aristas.

Para proponer la responsabilidad de un contador, debemos aceptar que este conoce la Ley, como lo hemos propuesto y demostrado, por lo cual conforme al artículo treinta y cuatro del Código Orgánico Integral Penal, se le considera responsable penalmente, porque este conocimiento adquirido en su preparación profesional, le ha merecido la cualificación moral y profesional necesarias para que llegado el momento de decidir ocasionar un perjuicio al Sistema de Seguridad Social y al trabajador, este decida elegir con voluntad y consciencia su conducta, incurriendo en ese momento en una conducta contraria a Derecho, generando una antijuricidad material y formal, ambas a su vez, ya que ha procedido en contra de la Ley y ha lesionado un bien jurídico protegido sin justa causa, requisitos penales del artículo veintinueve del Código Orgánico Integral Penal y, que sin haber incurrido en causal de inculpabilidad conforme a la Ley, es imputable, con lo cual conforme al artículo treinta y cuatro se demuestra su culpabilidad en la comisión de la Infracción Penal; a este respecto, la doctrina penal se pronuncia de la siguiente manera: *“La culpabilidad es realización del injusto a pesar de la capacidad de reacción normativa y de la facultad de conducirse de allí derivada”* (Roxin Cit. por Salas, 55; 2012). Así mismo el Dr. Pablo Encalada entiende a la culpabilidad como *“(…) el juicio de reproche que hace la sociedad al individuo que, pudiendo actuar de una manera, actuó de otra (...)”* Si hablamos de que el contador omite realizar su trabajo tal y como lo exige la Ley de Seguridad Social e Incurrir en la no afiliación o en retención ilegal de aportación a la Seguridad Social, pues consideremos su imputabilidad y culpabilidad desde el punto de vista del profesor Welzel, quien propone dentro de la culpabilidad de un individuo un enfoque en su omisión *“la culpabilidad (...) hace un reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica a pesar de haber podido omitirla”*(Welzel, H. 15 y 126;2004.) en ambos casos, sea el delito

de acción u omisión en el deber del contador de procurar la Ley y su profesión por encima del beneficio personal y de la lesión descriptible y demostrable que propone el artículo veinte tres del Código Orgánico Integral Penal, se demuestra la voluntad como elemento de convicción para el Juez al momento de sentenciar conforme a Derecho, es así que continua Welzel: *“Y al ser sobre todo la voluntad de la acción, aquello por lo que el autor hubiera podido dirigir su conducta de acuerdo con la norma, el objeto primario de la reprochabilidad será la voluntad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción. (Por ello puede calificarse de “culpable” con la misma razón, tanto a la voluntad como a la totalidad de la acción)”*; ante lo expuesto, el Contador debe ser imputado por haber incurrido en una infracción penal entendida como una conducta típica, antijurídica y culpable, constante en el artículo dieciocho del Código Orgánico Integral Penal.

Su participación en la comisión de esta infracción la analizaremos en el Capítulo Cuarto de esta obra.

14.3. El Trabajador o Trabajadora.

La trabajadora o el trabajador es la persona que recibe el beneficio directo de la seguridad social, es a quien se destinan las contraprestaciones ofertadas y administradas por el Sistema Ecuatoriano de Seguridad Social a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS.

Tras haber detallado a saciedad, en el primer capítulo de este trabajo, los preceptos y dogmas de la seguridad social y sus normativas en Ecuador, podemos evidenciar que la diferencia sustancial para proponer al trabajador o trabajadora como cómplice, autor o encubridor del delito de la no afiliación a la seguridad social, recae sobre la definición, disipada también este primer capítulo, de que la seguridad social es un sistema

estructurado, definido, normado, regulado, cuya función es la de recaudar y administrar los fondos de las trabajadoras y trabajadores y de los afiliados voluntarios y de sancionar a quienes no cumplan con la capitalización del sistema.

Ante este concepto, debemos entender que la trabajadora o el trabajador, por más beneficiarios que puedan ser del sistema, son totalmente responsable de sus actos dolosos en contra del dinero del Sistema de Seguridad Social.

El trabajador que instiga a un empleador, al gerente financiero, o al contador para que violente la ley y la Constitución, no puede ser considerado como una víctima de un acto ajeno a su voluntad y en el cual tampoco tuvo conciencia, premeditación, mala fe.

El trabajador es totalmente conocedor de sus derechos y obligaciones, conforme al “principio de publicidad de la Ley”, mas aun de sus derechos laborales, ya que con la campaña del “Trabajo Digno” el Gobierno de la “Revolución Ciudadana” en coordinación con el Ministerio de Relaciones Laborales decidió impulsar un proyecto de difusión masiva de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y de capacitación de los Inspectores del Trabajo.

Este programa del Trabajo Digno, comprendía de cuatro etapas:

- 1) Dar a conocer a los trabajadores los derechos y obligaciones del empleador para con ellos como:
 - a) Horarios laborables.
 - b) Horas extraordinarias.
 - c) Horas Suplementarias.

- d) Contratación laboral.
 - e) Remuneración básica.
 - f) Remuneraciones adicionales.
 - g) Bonificaciones de orden social 13° y 14° sueldos.
 - h) Pago de utilidades.
 - i) Pago de vacaciones.
 - j) Derecho al descanso
 - k) Instituciones relacionadas para conocer a la Relación laboral.
- 2) Dar a conocer a los trabajadores los derechos y obligaciones de ellos para con el IESS.
 - 3) Verificar el cumplimiento de los derechos del trabajador dentro de la empresa.
 - 4) Sancionar el incumplimiento de los derechos de los trabajadores y realizar el cobro inmediato de lo adeudado al trabajador.

El programa ha tenido un éxito medible en la cantidad de regularización de situaciones laborales de los trabajadores, convirtiendo al Ministerio de Relaciones laborales en uno de los más demandados por los administrados que buscan regularizar su situación contractual.

Bien, ante lo expuesto comprendemos que el trabajador entonces conoce sus derechos tanto laborales como de la seguridad social y a los que no se consideren informados les aplicamos conforme a la ley el principio de publicidad anteriormente citado.

Ahora veamos la culpabilidad del trabajador en la comisión del delito:

La trabajadora o trabajador es responsable por su no afiliación a la seguridad social cuando libre y voluntariamente instiga a su empleador a omitir con la obligación de su afiliación al IESS.

El empleador conoce de su obligación constitucional y legal de afiliar al trabajador así como de la consecuente sanción penal propuesta en caso de que el viole esta disposición. Sin embargo en muchas ocasiones, sobre todo en el campo de las empleadas domésticas al que va dirigido en especial inciso la normativa penal propuesta en el borrador del COIP, el empleador o la empleadora accede a ayudar a la trabajadora o trabajador con la no afiliación y en su lugar le otorga directamente el descuento por el pago de la afiliación al IESS.

La mayoría de casos de las empleadas domesticas nacen de este convenio privado e ilegal entre el empleador y trabajador, es decir su naturaleza se forja en la “*bona fedis*”, lo cual no es un atenuante que exima de responsabilidad solo al empleado.

Otro de los motivos para no afiliarse a la seguridad social, es el deseo de acceder a beneficios sociales extraordinario o de auxilio por necesidad, me refiero al caso del *Bono de Desarrollo Humano*.

Lo más vergonzoso en este tipo de actos ilícitos, es que no es la trabajadora quien interpone en forma voluntaria una denuncia contra el IESS, es la familia, un abogado, un tercero que ve en este acto ilegal, aunque basado en la buena fe, una oportunidad de obtener una compensación monetaria a expensas de un desconocimiento imputable únicamente al empleador, tal y como nuestra legislación lo propone.

Generalmente son los abogados o asesores del trabajador o trabajadora los que invitan al empleador a un acuerdo reparatorio por la no afiliación, con lo cual una vez el trabajador o trabajadora obtiene una cantidad económica alta, desiste de realizar la denuncia al IESS. Sin embargo, a la seguridad social no le presenta ningún carácter vinculante este acuerdo

privado, ya que son los recursos lo que le interesa, por ello persigue de oficio el cobro de los recursos no entregados.

Es tan independiente la función del departamento de cobranzas del IESS que ni siquiera un acuerdo alcanzado en la Inspectoría del Trabajo (que tiene carácter de cosa juzgada, aunque su cumplimiento no es obligatorio) le exime al empleador o empleadora de responder por la no afiliación al IESS.

Una vez configurado el delito de la no afiliación y la no aportación, la denuncia al IESS puede ser utilizada como un elemento de presión para que el empleador erróneamente negocie con el trabajador o trabajadora con la esperanza de no verse inmerso en un juicio coactivo con el IESS, en el cual debería pagar su deuda mas el interés legal por mora.

El trabajador que fraguó el delito recibiría su paga y sus aportaciones, con lo cual se rompe el principio jurídico: *“Nadie puede beneficiarse de su propio dolo”*.

Entonces, ¿quién es el autor cuando se sucede esta instigación para delinquir, para realizar un perjuicio ya no propio, sino contra un sistema estatal organizado y al cual todos nos encontramos obligados a contribuir? El hecho de que una persona no realice su afiliación y con ello contribuya con aportaciones al sistema nacional de pensiones, contraprestaciones, préstamos, etc., conlleva un grave perjuicio al IESS en cuanto a la captación de recursos, lo cual va en desmedro de los intereses de todos los afiliados.

Los recursos que capta el IESS no se conservan en una bóveda personal con una prohibición de inversión o acreditación hasta la exigibilidad del titular afiliado, por el contrario, los recursos captados por las aportaciones sirven para tener liquidez en el sistema

de pensiones de los actuales jubilados, sirven para realizar pagos de los hospitales del IESS, para realizar inversiones que representen réditos financieros traducibles en ingresos que sirvan a su vez para ejecutar las prestaciones naturales del Sistema.

Ante esta consideración claramente se evidencia que es un delito que afecta no solamente al propio trabajador sino que, afecta en demasía a todo el aparato estatal destinado a precautelar la seguridad social.

La temeridad con la que un trabajador puede beneficiarse de la buena fe de un empleador es motivo suficiente para que sea la ley penal la que recoja esta práctica de tan común uso en nuestro país.

Al respecto compartiría el pensamiento de Bering en cuanto a la culpa fundamentada en la teoría estricta del Dolo:

“La teoría del dolo se funda en la dogmática de Binding, para quien el dolo se integra con el conocimiento de la antijuridicidad del hecho” (Herrera, E, Cit por Valepucha. M, 2012;143.)

Ante lo expuesto tenemos los tipos de responsabilidades en cuanto a la autoría⁹⁴:

- a) La de autor material: Ha perpetrado la infracción de manera directa e inmediata.
- b) La de autor por instigación: ya que como dispone la ley este a instigado o aconsejado al empleador para realizar un delito.

⁹⁴ Código Penal, artículo 42.

- c) La de autor mediato: Los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo.

- d) La de colaborador principal: porque ha coadyuvado a la ejecución de un modo a la ejecución del delito, practicando su silencio ante el IESS, sin el cual no podría haberse realizado la contravención.

Sin embargo, el trabajador también puede ser cómplice cuando asista al contador o al jefe financiero o al gerente en el perjuicio de los intereses del trabajador, caso que como todo en el mundo del derecho es posible.

De igual manera, podría refutársele al trabajador como encubridor del delito; tras haber hablado acerca de la presunción de la Ley, resulta innecesario aclarar que un trabajador reclame su afiliación por trabajos que viene realizando ya por más de un determinado tiempo. Defender una postura de víctima por el desconocimiento de la obligatoriedad de afiliarse al Sistema de Seguridad Social Ecuatoriano, resulta una labor ardua y de difícil aceptación por parte de la lógica más que de la Ley. Un trabajador que ha laborado en una empresa por 6 años no puede solicitar beneficios de ley en la Inspectoría del Trabajo, firmar un acta de acuerdo de finiquito y en forma paralela o posterior iniciar una denuncia en el IESS... y pretender que la administración y la Ley le acepten su teoría de que es una víctima ignorante de la situación que durante seis años se ha venido manteniendo. Mucho más si nos fijamos que este tipo de actuaciones son comunes entre las amas de casa adultas mayores y sus empleadas o las enfermeras que pese a prestar servicios profesionales son muchas veces reconocidas por la justicia como trabajadoras con relación de dependencia pese a facturar por sus servicios profesionales.

El caso de los ex trabajadores de haciendas y fincas es otro tipo de situación y de carácter especial debido a la dificultad de refutar que una persona que ha venido laborando desde los años '70 conocía sus derechos y las condiciones en las que debía laborar; esta situación debería ser manejada en forma especial por el Seguro Social Campesino.

Ante esta situación podríamos citar la teoría limitada del dolo o de *enemistad o ceguera ante el Derecho* de Mezger, la cual como lo cita el joven abogado lojano Manuel Velpucha Ríos, en su ensayo "*El Error de Prohibición en el Principio de Culpabilidad*", la teoría de Mezger "*consiste en que el error que vaya en contra del Derecho es irrelevante*".

“El error es irrelevante si se basa en una actitud que es incompatible con una concepción sana de Derecho e injusto...”(Herrera, E, Cit por Valepucha. M, 2012; 143)

Esto quiere decir que así el infractor no conozca la Ley y los alcances de sus actos y conducta, es culpable e imputable ya que su desconocimiento de la norma ha generado una incompatibilidad o como se lo denomina una enemistad con el Derecho, de tal suerte que atendiendo al hecho y el resultado, la intención vendría a ser irrelevante.

Postura demasiado extrema que nos permitiría sancionar al trabajador agrícola que ha generado un perjuicio al Sistema de Seguridad Social. Sin embargo nos interesa la actuación.

En correspondencia con esta idea tenemos al profesor Francisco Muñoz Conde, quien comenta a Mezger y citó:

“Para Mezger, fundador y prácticamente único seguidor de esta teoría, hay casos en los que el autor de un delito muestra una actitud tal de desprecio o de indiferencia hacia los valores fundamentales del Ordenamiento jurídico que merece

ser castigado con la pena correspondiente al delito doloso, aunque no se pueda demostrar, porque entre otras cosas no la tuvo, una conciencia actual de la antijuridicidad de su hacer” (Muñoz Conde. F, 2003; 32).

Para el caso de los trabajadores del agro o de haciendas quienes no tienen mayor comprensión de las normas de seguridad social, si es del caso, proponemos el error de prohibición culturalmente aceptado por la doctrina.

“...el error de comprensión se da cuando el sujeto no comprende carácter delictuoso de su hecho por haber internalizado otros patrones valorativos de su cultura y no poder internalizar una norma prohibitiva” (Martinez y Minaya, Cits. por Valepucha, M. 2012; 153).

El tratadista Eugenio Zaffaroni postula entres sus estudios, la concepción de que una persona debido a sus cultura y creencias puede estar sujeto a ellas y por ende impedidos de adecuar sus actos con la Ley, incluso en forma consciente.

“Eugenio Zaffaroni debido a la gran cantidad pueblos indígenas, aborígenes, que debido a su carga cultural están propensos a tener conflictos con la justicia común u ordinaria, radica básicamente en no poder comprender o internalizar pautas de conducta ajenas a él, como es el caso del indígena en Bolivia que entierra a sus muertos en su mismo hogar, lo que conlleva a tener problemas con la justicia ordinaria que tiene prohibido dicho actuar, el indio puede incluso conocer que lo que realiza se encuentra prohibido por la norma legal, su carga cultural no le permite comprender aquello, es decir internalizar esa conducta.”(Zaffaroni Cit. por Martinez y Minaya, Cits. por Valepucha, M. 2012; 153).

Un trabajador agrícola, difícilmente podrá conocer o dirimir la conducta ilícita de la no afiliación o remisión de aportes al Sistema de Seguridad Social, si no ha tenido la instrucción elemental o apenas necesaria para comprender lo que es un delito o un derecho de los trabajadores, independientemente de su nacionalidad indígena o de miembro de pueblos ancestrales o comunidades⁹⁵, mas aun si nos enfocamos en que la relación laboral en estos casos se maneja por la costumbre y la herencia cultural a la que se deben las partes.

La ley entonces debe hacer una atención especial a este caso y considerar el error de prohibición en la conducta del trabajador agrícola.

Pero siempre tenemos que tener presente el concepto de culpabilidad tan necesario en para la imputabilidad del procesado:

“Definimos a la culpabilidad como: el juicio de reproche personal que se le formula al sujeto por el delito, cuando teniendo la capacidad general de comprender la ilicitud del comportamiento y de determinarse conforme a esa comprensión, en el caso concreto podía obrar de manera diferente cumpliendo con la conducta que le era exigible y que le impone el ordenamiento jurídico” (Jiménez de Asúa, L. 1958;252).

⁹⁵ Art.-56 Constitución 2008 de la República del Ecuador.

CAPÍTULO TERCERO.

LA TIPIFICACIÓN DEFINITIVA; UNA MERA CONTRAVENCIÓN.

15. La tipificación definitiva; una mera contravención.

La Asamblea Nacional decidió, tras un debate simple, reformar el texto propuesto para la tipificación de los delitos contra el trabajo y la seguridad social, de lo cual tenemos como resultado una tipificación insuficiente para un delito doloso mixto, de resultado y de daño, pero principalmente de peligro, ya que pone en peligro a la colectividad, a la sociedad como tal, afectando a todos, tal es la calificación de los delitos contra la seguridad.

Es un delito contra la seguridad por que pretende el infractor, como ya lo hemos descrito, obtener un beneficio personal acosta de la integridad de la sociedad, poniendo en peligro un Sistema de Seguridad Social, un Sistema de Salud Pública, un sistema de Aseguramiento Universal (de darse trámite a la propuesta de la resolución N° 464 del IESS).

El delito que comete el individuo perjudica directamente al afiliado o al trabajador y en forma paralela y, consiente del autor, a la Seguridad Social.

Es así que el legislador y la comisión legislativa encargada de la redacción del articulado recoge, en forma prudente las observaciones que vertiesen los consabidos en la materia y aplica las teorías y pensamientos que se propusieron en esta obra; la diferencia entre la tipificación original propuesta para el COIP que postulaba una tipificación punible con privación de libertad para el empleador como persona natural cuando solo proponía una multa pecuniaria para las personas jurídicas.

De esta forma el legislador recoge en su criterio jurídico la necesidad de crear una tipificación adecuada y coherente con los derechos de las personas, así como con el principio de igualdad ante la ley, con lo que ve la necesidad de una simetría de criterios

necesarias para sancionar a la persona natural, equiparando a su condición económica y socialmente lógica la pena propuesta para las personas jurídicas.

Bien, ahora tenemos otro escenario, en el cual la persona natural se encuentra en ventaja frente a la persona jurídica; un escenario en el cual la persona jurídica debe responder por la comisión de dos delitos, en tanto que la persona natural solo es responsable por un delito, ya que para ella la no afiliación es tan solo una contravención.

Una contravención es una medida penal propuesta generalmente para delitos frecuentes, comunes o que requieren de una sanción punible menos drástica, es una conducta antijurídica que pone en peligro un bien jurídico protegido, pero que es considerado de menor importancia con lo cual no puede ser tipificado como un delito.

Una contravención no es más que una falta, que aunque cumple con los elementos constitutivos del delito, la propia ley lo tipifica de este modo, atendiendo a su menor gravedad.

El Código Integral Penal asocia a la contravención con una pena privativa de la libertad o no privativa de la libertad cuya duración no excede de los treinta días.

Existen entre las contravenciones, como las más comunes, las infracciones de tránsito; las cuales requieren una sanción inmediata y de carácter personalísimo, castigando al individuo por su infracción rápidamente y sin necesidad de un largo proceso judicial.

La contravención pretende no una rehabilitación social, muy por el contrario, pretende el castigo inmediato del individuo por su acción u omisión. Es así que el empleador que no afilie a la trabajadora doméstica, a sus artesanos u operarios, o trabajadores con los cuales mantiene una relación dependencia, no será privado de su libertad en forma severa, extenuada, prolongada en el tiempo; el legislador no ha considerado favorecer directamente al empleador que no se encuentra constituido como persona jurídica, sino que ha visto necesario el preservar la fuente de ingresos de los trabajadores, es a ellos a quienes considera y recoge como beneficiarios esta medida.

Por otra parte, la persona jurídica evade la privación de la libertad, a través del pago inmediato de la deuda que por el trabajador mantenga para con el IESS. De esta manera la persona jurídica, al igual que la persona natural, es salvaguardada como fuente de empleo para los ecuatorianos.

La persona jurídica, como evidenciamos en forma anterior, no supone a una gran transnacional con fuentes de ingresos ilimitadas y con el ánimo de perjudicar a los trabajadores, idea que sirve de propaganda para las causas socialistas, populistas o revolucionarias, por el contrario, las personas jurídicas actualmente y en nuestro país generan puestos de empleo y a cambio reciben un sistema legal proteccionista y garantista que incide en el balance negativo en cuanto a inversión extranjera se refiere.

La retención ilegal de aportaciones, por el contrario, se tipifica como delito y con ello se evidencia la intención gubernamental de proteger el capital en desmedro de la persona; si la intención fuese proteger a la persona, se tipificaría como delito a la no afiliación en cualquier caso, en lugar de proponerla como una contravención o falta en el caso del empleador que es persona natural.

La no afiliación y la retención ilegal de aportaciones son iguales en cuanto al bien jurídico que protegen y al delito de peligro que sancionan, por eso ambas debieron ser tipificadas como delito, precautelando el bien común, al Sistema de Seguridad Social por encima del interés personal del agraviado. Como ya se presentó, el interés del Estado es principalmente velar por los recursos inmediatos del IESS por sobre el daño al Sistema, por tal razón se incurre en una contradicción, siendo esta la siguiente:

a) Si son los recursos del IESS lo que se interesa proteger,

*¿Por qué existe una
contravención?*

*b) Si es el interés social de salvaguardar las plazas de
trabajo,*

La contravención propuesta a favor de una de las dos personas halladas culpables, rompe el principio de igualdad y equidad en la ley.

No es lo mismo que se aplique la ley más favorable al infractor, o se estudien los hechos a favor de una de las dos partes implicadas en la infracción contra el derecho a la seguridad social, que el realizar una discriminación “de oficio” entre los culpables, es decir solo entre una de las partes que intervienen en la infracción. Esta propuesta de ley es discriminatoria para las personas jurídicas.

La persona jurídica es sancionada con una severidad que, al proponerse una contravención para la persona natural, el legislador y la ley crean una duda razonable acerca de cuan grave en realidad es el delito que se ha creado. Por esta razón es no se entiende el verdadero sentido de la ley, o es un delito grave, como lo son todos los delitos de peligro, o no lo es y, con ello la clara inconformidad jurídica que se podrá generar para con los empleadores dueños de las empresas legalmente constituidas.

Ahora, realizar una consulta popular, invirtiendo en campaña publicitaria y de información, asumiendo el Estado los costos de su realización, para obtener la voluntad del pueblo sobre una pregunta:

“Con el fin de eliminar la explotación laboral, ¿está usted de acuerdo con que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sea tipificada como delito susceptible de pena privativa de libertad?”

Comparemos la pregunta con la tipificación propuesta:

1. Claramente la pregunta dice tipificar como delito; no como una mera falta o contravención.
2. Textualmente dice pena privativa de la libertad; no se propone una contravención.
3. El delito que se propone es la falta de afiliación a la seguridad social; el delito es perjudicial para el individuo así como para el Sistema de Seguridad Social.

Y lo más importante, la pregunta es para afirmar una propuesta concreta, así que el legislador debió plasmar lo que el pueblo consultado ordenó y que textualmente es: *tipificar*

como delito susceptible de pena privativa de libertad a la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Distinto fuera el caso de que se le hubiese preguntado al pueblo si está de acuerdo en sancionar penalmente la no afiliación a la seguridad social, ahí sí habría lugar a una interpretación y el legislador tendría una libertad de acción, criterio y pensamiento que basado en la doctrina, jurisprudencia y el derecho comparado, le hubiesen asistido para proponer un delito y una contravención para un mismo delito e infractor.

Para finalizar considero que la ley es:

1. Incongruente con lo que se propuso en la consulta popular.
2. Es discriminatoria.
3. Una contravención no es adecuada para sancionar un delito de peligro.
4. La tipificación no cumple con las verdaderas funciones del derecho penal: prevenir con el temor y sancionar con severidad; derecho de “*última ratio*”.
5. La tipificación propuesta es insuficiente para ser el resultado de un análisis jurídico en la ciencia del Derecho Penal, el juicio coactivo es mucho más provechoso que estar privado de la libertad por 7 días.
6. El bien jurídico protegido es la seguridad social del individuo, no el Sistema de Seguridad Social como tal.

El texto de la ley definitiva es el siguiente:

SECCIÓN SEXTA⁹⁶

Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social

(...)

Artículo 242.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.

Artículo 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

⁹⁶ Código Orgánico Integral Penal, que entró en vigencia el día 10 de febrero del 2014, publicado en el Registro Oficial N° 180.

SECCIÓN SÉPTIMA

Contravención contra el derecho al trabajo

Artículo 244.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.

CAPÍTULO CUARTO.

PROPUESTA PENAL ADECUADA.

16. Propuesta penal adecuada.

En los primeros dos capítulos revisamos los orígenes, la evolución y la llegada de la seguridad Social a la República del Ecuador y se evidenció la idea de que el Sistema de Seguridad Social se protege “per se” y que protege al afiliado por que este le financia y es su razón de ser en forma plural y no individualizada.

De igual manera, comprendimos la idea del Gobierno al penalizar la no afiliación a la seguridad social; pero observamos las incoherencias y desproporciones entre las medidas que consideraba la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, proponiendo una pena desmesurada para la persona natural y una menos rigurosa para la persona jurídica dentro de la misma infracción.

También se demostró que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado decidió realizar un cambio en su propuesta, proponiendo la tipificación de la no afiliación a la seguridad social como una contravención, reduciendo en forma drástica la penalidad propuesta por la privación de la libertad.

16.1. Propuesta de un articulado penal adecuado para un Sistema de Seguridad Social de naturaleza estatal.

En consideración con los principios constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna y en la cuales se promulga los ideales del Sistema de Seguridad Social, los derechos del Trabajador, la igualdad entre los ciudadanos y la no discriminación por ninguna razón y basándonos en:

Que la Seguridad Social es un sistema estructurado, complejo, amplio y basto, con autoridades competentes, capaces y hábiles para contratar y obligarse a la vez con entidades gubernamentales, organismos supranacionales, con otros gobiernos amigos;

Que el Sistema de Seguridad Social es público y universal;

Que el Sistema de Seguridad Social no podrá privatizarse;

Que el sistema se rige por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social.

Que el sistema se rige por los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad;

Que la calidad de universal que se incluye en el texto legal, persigue la eliminación de cualquier tipo de segregación y exclusión que pudiera realizarse por motivos de sexo, género, ideología política, profesión, ocupación;

Que las aportaciones que realizarán los afiliados son universales y obligatorias;

Que la seguridad social es un esfuerzo conjunto de la sociedad por preocuparse de sí misma y es por ello que deben estar involucrados todos los administrados;

Que el Sistema de Seguridad Social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social;

Que el Sistema de Seguridad Social funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia;

Que el seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos del trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley de todos los afiliados;

Que el seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral y que se pretende fusionarlo con el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores;

Que las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado;

Que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es una entidad autónoma regulada por la ley;

Que el IESS es responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados;

Que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores;

Que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con los aportes de las personas independientes aseguradas;

Que las prestaciones de la seguridad social se financiarán con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior;

Que las prestaciones de la seguridad social se financiarán y con los aportes y contribuciones del Estado;

Que el IESS obtiene recursos del trabajador y de su empleador;

Que los fondos y reservas del seguro universal obligatorio son propios y distintos de los del fisco, y servirán para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones;

Que la ley penal se rige por el principio de publicidad;

Que la ley penal se rige por el principio de mínima intervención;

Que el perjuicio ocasionado por el delito de no afiliación del trabajador realizada en forma autoritaria, ilegal, abusiva, arbitraria y unilateral del empleador perjudica a un Sistema de Seguridad Social;

Que el perjuicio ocasionado por el delito de no afiliación del trabajador en complicidad del contador perjudica a un Sistema de Seguridad Social;

Que el perjuicio ocasionado por el delito de no afiliación del trabajador en complicidad con el propio trabajador perjudica a un Sistema de Seguridad Social;

Que la pena para idéntico delito debe ser proporcional y no discriminatoria, desproporcional e irracional entre las personas responsables;

Que la relación laboral implica un vínculo jurídico complejo, basto y sistematizado protegido por las leyes y reglamentos vigentes en la Constitución y demás cuerpos normativos existentes y tratados suscritos y ratificados por la República del Ecuador;

Que el empleado es responsable de la aportación personal del 9.45% para el Sistema de Seguridad Social;

Que el empleado, el contador, el jefe financiero, el empleador y los demás implicados en las obligaciones pecuniarias, tributarias y de aportaciones a la seguridad social son plenamente conocedores de las obligaciones y derechos derivados de su relación contractual y de las propias reguladas, normadas y sancionadas por el Estado y sus Instituciones;

Que la ley debe ser justa, prevenir hechos y actos, sancionar con dureza y firmeza los resultados de un hecho típico antijurídico consiente y voluntario, diferenciando entre los actores, sus intenciones y el resultado obtenido;

Que la ley penal tiene por finalidad recluir o privar de su libertad a un ciudadano o extranjero que hubiese cometido y que le hubiese sido comprobado en juicio y condenado

mediante sentencia emitida por Juez competente un delito tipificado como tal por nuestras leyes;

Que la privación de libertad y la reclusión tienen por finalidad la máxima constitucional a la rehabilitación social, la cual permita al delincuente acceder a un programa de rehabilitación en pos de su reinserción a la sociedad como un sujeto proactivo y rehabilitado capaz de coincidir con los ideales Constitucionales que guían a la Republica del Ecuador así como a la Carta de los Derechos Humanos que guían a las Naciones que conviven en un mundo globalizado e interconectado por vínculos jurídicos, comerciales y pacíficos; y,

Que el pueblo ecuatoriano en conformidad con la pregunta número diez de la pasada Consulta Popular celebrada en mayo del año dos mil ocho mayoritariamente aprobó de manera mayoritaria la iniciativa del ejecutivo en cuanto a tipificar como delito a la no afiliación a la seguridad social,

Se propone el siguiente articulado:

De las infracciones en contra de la seguridad social de los trabajadores.

(Artículo indefinido).- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.-

La persona que no afilie a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores, será sancionado con pena privativa de la libertad de treinta a noventa días y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de las demás

responsabilidades y sanciones, siempre que no abonare el valor correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la notificación.

(Artículo indefinido).- Reincidencia en la no afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad social.- La persona que reincida en la no afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores, será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años y multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones, siempre que no abonare el valor correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la notificación

La persona que por una tercera ocasión reincida en la no afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores, será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años y multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad del contador.- El contador profesional o la persona o personas que estuviesen a cargo de las actividades de registro contable del empleador, serán responsables por la no afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio y serán sancionados con pena privativa de la libertad de uno a tres años, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad del profesional coautor- El profesional o la persona o personas que estuviesen a cargo de las actividades contables, financieras o legales del empleador, serán responsables por la no afiliación de los trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio y serán sancionados con pena privativa de la libertad de uno a tres años, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad del trabajador.- El trabajador que en forma voluntaria, temeraria y fraudulenta no presentase queja alguna ante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de su no afiliación por parte de su empleador, será sancionado con pena privativa de la libertad de siete a quince días y multa de multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general distintas a sus aportaciones, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

Para la configuración de esta infracción del trabajador se observará las siguientes condiciones:

- a) Cuando en forma temeraria y premeditada presente una denuncia transcurridos 24 meses desde el inicio de su relación laboral.
- b) Que el trabajador haya percibido una compensación económica por parte del empleador a cambio de su no presentar una denuncia por su no afiliación ante el IESS.
- c) Que se compruebe la disposición del trabajador en negociar con su empleador un monto económico a cambio de no presentar una denuncia ante el IESS por concepto de su no afiliación.
- d) Que el trabajador haya sido beneficiario del bono de desarrollo humano durante todo el tiempo que existió la relación laboral o que se ha venido manteniendo esta relación laboral.
- e) Cuando se compruebe que el trabajador o trabajadora conocía de este ilícito y que consintió en participar y perpetuar este perjuicio al Sistema de Seguridad Social universal.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad de las personas jurídicas⁹⁷.- La persona jurídica la que no afilie a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores, será intervenida por una comisión administrativa conformada por el IESS, la Dirección Regional del Trabajo, el SRI y la Superintendencia de Compañías y será sancionada con multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, por cada trabajador no afiliado, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones, siempre que no abonare el valor correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la notificación

En caso de reincida en la no afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos y se le impondrá una multa de trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada trabajador no afiliado.

⁹⁷ Suplemento Registro Oficial N° 180, Lunes 10 de febrero de 2014.

CAPÍTULO QUINTO

RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Artículo 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

Artículo 50.- Concurrencia de la responsabilidad penal.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento.

Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

(Artículo indefinido).- Retención indebida de aportaciones para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona natural.- La persona que hubiese retenido los aportes personales o patronales y haya efectuado los descuentos por concepto de servicios, prestaciones, intereses o préstamos concedidos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y no los deposite dentro del plazo máximo de noventa días, contados desde la fecha de su recepción, será sancionado con la pena privativa de la libertad de treinta a noventa días y multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

(Artículo indefinido).- Reincidencia en la retención indebida de aportaciones para el instituto ecuatoriano de seguridad social.- La persona que reincida en la retención ilegal de los aportes personales o patronales y haya efectuado los descuentos por concepto de servicios, prestaciones, intereses o préstamos concedidos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años y multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad de la persona jurídica por la retención ilegal de aportaciones.- En caso de que sea la persona jurídica la que no afilie a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, será intervenida por una comisión administrativa conformada por el IESS, la Dirección Regional del Trabajo, el SRI y la Superintendencia de Compañías y será sancionada con multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, por cada trabajador no afiliado, sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones, siempre que no abonare el valor correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la notificación

En caso de reincida en la no afiliación de sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social obligatorio dentro de los primeros treinta días desde que el trabajador inició sus labores,

será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos y se le impondrá una multa de trescientos salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada trabajador no afiliado.

16.2. Explicación del articulado penal propuesto.

La propuesta recogida en estos nueve artículos atiende a los requerimientos necesarios para una tipificación penal y es coherente con los deseos del ejecutivo y la decisión mayoritaria de los ecuatorianos en la “pregunta diez de la consulta popular”.

Los ecuatorianos se pronunciaron favorablemente por la tipificación como delito de la no afiliación, no por una contravención o una multa pecuniaria e intereses al empleador.

Sin embargo es la labor de los juristas, assembleístas, congresistas, senadores, jueces y abogados es la de interpretar la ley y de prevenir, sancionar y regular las conductas sociales, los hechos nocivos, repartir la culpa y promover sistemas de rehabilitación adecuados, creando así armonía entre la Ley y la sociedad.

En atención a este párrafo hemos propuesto crear la sección de Delitos contra la Seguridad Social.

16.2.1. Creación de los Delitos contra la Seguridad Social de los trabajadores.

La intención de crear una sección entera para un delito, es la de permitirnos tipificar una conducta ilícita independiente de otras y el sancionarla en forma también independiente, sin realizar o valer nos de otros artículos para la puesta en vigencia de la sanción, más que la de aquellos necesarísimos por la concurrencia de varios delitos.

La creación de esta sección es un avance notable en cuanto a la importancia de la seguridad social para el Estado, más aun cuando en Ecuador no existe la opción de la seguridad privada como alternativa para los afiliados.

La creación de una sección completa dedicada a la tipificación de los delitos contra la seguridad social es necesaria por cuanto no existe en la actualidad.

Se pretende realizar un delito autónomo, completo y con características propias, con distintas aristas, implicados, hechos y sanciones, un delito al que concurren varias situaciones.

La idea de crear una sección independiente y propia que regule las infracciones contra la seguridad social es el resultado de diferenciar una conducta delictiva de otras ya existentes. Al igual que sucediera con los delitos tributarios, los delitos aduaneros, los delitos económicos en su debido momento; de igual manera, en ninguna de estos delitos podría sancionar a la no afiliación o retención indebida de aportes del Sistema de Seguridad Social universal.

16.2.2. Sanción para la persona responsable por la no afiliación.

Se propone que sean las personas y no la persona natural o jurídica la que sean responsables por la no afiliación. Esto en aplicación el principio de igualdad ante la ley.

Se propone que sean responsables por la no afiliación del trabajador. No queremos diferenciar a los trabajadores, por ello no citamos dentro de la ley penal el caso de las empleadas domesticas o los artesanos. Al decir trabajador nos remitimos al concepto de trabajador constante la doctrina laboral y el código del trabajo:

“Art. 9.- la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.”

En concordancia podríamos incluir la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador así como el derecho a la seguridad social de los trabajadores en general y la definición de relación laboral constante en el código del trabajo en su artículo octavo.

Esta razón es suficiente para no hacer una diferencia ni conceder un lugar privilegiado alguno a las tareas de servicios domésticos o artesanos tal como lo propone el Segundo Borrador de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

16.2.3. Privación de la libertad y multa.

Todas las privaciones de libertad son concordantes con la propuesta la sanción para las infracciones penales leves.⁹⁸

⁹⁸ Conforme al segundo borrador presentado para Comisión de Justicia y Estructura del Estado en su clasificación de la privación de libertad, nuestro delito se enmarcaría en el numeral 4 del artículo siguiente: Artículo 6.- **Clasificación de las infracciones.**- A efectos de la determinación de los procedimientos y las

Para la persona que por primera vez incurre en este delito la pena es leve y puede ser cancelada siempre y cuando se consigne el valor adeudado en 48 horas contadas desde la notificación.

(Artículo indefinido).- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.-

1. Será sancionado con pena privativa de la libertad de treinta a noventa días; y,
2. Multa de cincuenta a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.”

En el caso de la reincidencia la infracción aumentará en cuanto al valor y al tiempo de privación de la libertad, conforme a la propuesta planteada:

(Artículo indefinido).- Reincidencia en la no afiliación al instituto ecuatoriano de seguridad social.- La persona que reincide (...):

1. Será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años; y
2. Multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.

penas, las infracciones se clasifican en función de la gravedad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, de conformidad con las siguientes reglas:

1. Son infracciones penales muy graves las sancionadas con privación de libertad de diecinueve a veintiocho años;
2. Son infracciones penales graves las sancionadas con privación de libertad de once a diecinueve años;
3. Son infracciones penales medias las sancionadas con privación de libertad de cinco a once años;
4. Son infracciones penales leves las sancionadas con de privación de libertad de seis meses a cinco años; y,
5. Son levísimas, de primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima clases, las infracciones penales sancionadas con privación de libertad de hasta seis meses, penas no privativas de libertad o penas pecuniarias.

Siempre que no abonare el valor correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas contadas desde la notificación

En este mismo artículo la pena aumenta para quien por tercera ocasión incurra en éste delito. Sin embargo en esta tercera ocasión no se prevé una condonación de la pena aun cuando el culpable cancele lo adeudado.

Esta idea se debe a que el empleador se ha convertido en una persona que considera común su conducta y la ha perpetuado en forma común y habitual, perjudicando en forma reiterada al Sistema de Seguridad Social universal.

1. Será sancionado con pena privativa de la libertad de uno a tres años; y,
2. Multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.
3. Sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

Al contador se le hace responsable por la comisión de este ilícito como autor mas no como asociado, sus responsabilidades y preparación profesional son las de una persona que conoce las leyes y reglamentos de la seguridad social, de los reglamentos y el código del trabajo así como de la forma en que debe realizar los descuentos para el pago de aportaciones y está obligado a denunciar este ilícito ante el IESS, en caso de que el empleador incurra en este e hiciera caso omiso a los buenos oficios de su asesor contable.

Por esta razón el silencio ejercido por el contador es consciente y deliberado y merece una pena privativa de libertad.

Sine embargo, el contador no realiza solo sus funciones y en muchas ocasiones es un departamento entero o sus asistentes los que conocen de este ilícito, por ello a ellos también se les aplicaría la misma pena.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad del contador.-

1. Serán sancionados con pena privativa de la libertad de uno a tres años.

Sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

De igual manera que el caso del contador, se hace responsable por conspiración y proposición a la persona o personas que por sus funciones o conocimientos tuviesen la posibilidad de incurrir en la comisión de este delito ya bien por acción ya bien por la omisión.

La responsabilidad puede en este campo llegar hasta el abogado que preste la asesoría en forma que permita al empleador realizar actos ilegales.

De igual manera se propone la pena en atención a las actividades que desempeña dentro de la compañía por lo cual se asegura que no solo se condene en razón de su título profesional y conocimientos, sino que también se atienda a las funciones que desempeña, asegurándose el cabal reparto de la culpa y la condena de los culpables por el delito.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad por conspiración y proposición-

1. Serán sancionados con pena privativa de la libertad de uno a tres años.

Sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

16.2.4. Responsabilidad del trabajador.

El hecho de que sea un Sistema de Seguridad Social único y universal, que guarda los dineros de todos los ecuatorianos afiliados, incide en el daño que se produce, ya que aunque el fin último de la seguridad social sea el trabajador, el perjudicado es el sistema en su totalidad, los pensionistas y beneficiarios por igual. Como ya lo explicamos a su tiempo, el sistema no guarda los aportes en una caja fuerte y prohíbe su uso hasta que el pensionista o beneficiario lo solicite, sino que por el contrario el sistema necesita de estos aportes para su liquidez, por ello el no remitir los aportes o afiliarse a un trabajador merma la capacidad de respuestas económica actual del Sistema.

Por este perjuicio al sistema, aunque sea un beneficiario del derecho, proponemos que sea el trabajador abusivo, indolente, irresponsable, que incite o se asocie para la defraudación del Sistema de Seguridad Social buscando un beneficio personal, realizamos esta propuesta de articulado.

(Artículo indefinido).- Responsabilidad del trabajador por conspiración y proposición.-

1. Será sancionado con pena privativa de la libertad de siete a quince días; y,
2. Multa de multa de doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general distintas a sus aportaciones.
3. Sin perjuicio de las demás responsabilidades y sanciones.

Se propone una pena privativa de libertad coherente, es decir, aunque el trabajador sea un infractor, su intención era la de obtener beneficios económicos para poder subsistir.

El Estado y sus leyes propenden a defender a la familia como el núcleo de la sociedad y es por ello que el trabajador debe ser castigado pero no impedido de poder obtener un trabajo que le permita subsistir y cumplir con la multa impuesta.

Como castigo por su ilícito, el trabajador o trabajadora deberá cancelar una multa que será acreditada a los fondos del IESS pero no a la cuenta de aportaciones del trabajador. Con esto se castiga al trabajador pero se acrecienta el fondo de pensiones.

16.2.4.1. Causales para la imputabilidad de la responsabilidad del trabajador.

La imputabilidad al trabajador puede ser utilizada como medio de presión y coerción por parte del empleador inmoral, quien puede convencer al trabajador de que encaso de una denuncia ambos serían calificados como culpables.

El trabajador debe ser prevenido de su conducta y de las sanciones que esta acarrea, pero la Ley debe también proteger a las personas víctimas de extorciones que pudieran resultar de la aplicación de la misma, por este motivo se han incluido las causales que deben existir para la configuración del delito por parte del trabajador.

En primer lugar se establece que la infracción presente tres características conjuntas e indivisibles para la configuración del delito: voluntaria, temeraria y fraudulenta.

Para el profesor Francisco Muñoz Conde: “*La culpabilidad no es un fenómeno individual sino social*” (Francisco Muñoz Conde Cit. Por Salas; 2012: 54), esta definición respondería la inquietud acerca del porque de la aplicación de la pena en atención al sistema.

Para que estas tres características se evidencien, debe presentarse cualquiera de los siguientes hechos dolosos:

- 1) Tiempo prudencial para establecerse desconocimiento. (*Principio de conocimiento*).
 - a) Cuando en forma temeraria y premeditada presente una denuncia transcurridos 24 meses desde el inicio de su relación laboral.
- 2) Negociación por la no denuncia del delito.
 - b) Que el trabajador haya percibido una compensación económica por parte del empleador a cambio de su no presentar una denuncia por su no afiliación ante el IESS.
 - c) Que se compruebe la disposición del trabajador en negociar con su empleador un monto económico a cambio de no presentar una denuncia ante el IESS por concepto de una no afiliación.
- 3) Obtención de beneficios Estatales otorgados a grupos económicos definidos.
 - d) Que el trabajador haya sido beneficiario del bono de desarrollo humano durante todo el tiempo que existió la relación laboral o que se ha venido manteniendo esta relación laboral.

4) Permisibilidad y cooperación tácita. *(Nadie puede beneficiarse de su propio dolo).*

- e) Cuando se compruebe que el trabajador o trabajadora conocía de este ilícito y que consintió en participar y perpetuar este perjuicio al Sistema de Seguridad Social universal.

Resumamos la intención hasta la simple definición de dolo, tal y como lo propone el tratadista Muñoz Conde:

“El dolo que abarca el conocimiento de los elementos de la tipicidad es un dolo natural que nada tiene que ver con el conocimiento de la antijuridicidad que se sitúa en un plano sistemático distinto y con distinta función político-criminal” (Muñoz Conde, F. 26;2003).

16.2.5. Responsabilidad de la persona jurídica.

Las personas jurídicas tienen en la actualidad una participación activa y creciente en la comisión de delitos.

Debido a la idea de que la persona jurídica no puede ser sujeta de privación de la libertad, es usada frecuentemente para a través de ella realizar defraudaciones al Estado y lavado de activos, siendo estos los delitos más conocidos con la participación de las personas jurídicas.

No se propone la privación de la libertad de las personas jurídicas, conforme a la nueva propuesta del código orgánico Integral Penal, se propende a la responsabilidad de esta y de sus administradores y representantes, cuando la compañía ha beneficiado a sus socios o

administradores en base de un acto ilícito. De igual modo es propone como medida la clausura de sus locales y establecimientos.

Como lo explicó el abogado Fernando Yabar en su exposición durante el Seminario Internacional De Derecho Penal *“Hacia un Nuevo Derecho Penal en el Ecuador”*:

“Así mismo se ha hablado de una incapacidad de cumplimiento de la pena, pero quien dice que vamos botar el estatuto de la compañía a la cárcel para que se pudra y ojala que le caiga agua de lluvia para que se consuma más rápido, pues esta es otra de las visiones totalmente infantiles sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, claramente se refiere a penas aplicables a su naturaleza jurídica, como las multas, como las clausuras, suspensión de actividades, disoluciones, etc.;"(Yabar, 2012:34)

El Código Integral Penal define a la responsabilidad de las personas jurídicas nacionales e internacionales como el delito cometido por sus administradores o responsables que se valen de ella para obtener un beneficio propio o de sus asociados mediante un delito.

16.4.5. Retención indebida de aportaciones.

Se aplican los mismos conceptos que los propios de la falta de afiliación a la seguridad social, peros se conserva la pena privativa de la libertad constante en la Ley de Seguridad Social.

Sin embargo, se propone al necesidad de la intervención de la persona jurídica. Esta necesidad tiene por finalidad sanear las obligaciones incumplidas del empleador para con el IESS.

En caso de reincidir en estos ilícitos, la persona jurídica se convierte en un riesgo para la sociedad al ofertar plazas de trabajo que son violentadas en forma concurrente y, finalmente, presentan un consecuente riesgo para el Sistema de Seguridad Social, por lo que la ley penal debe impedir que un defraudador concurrente perjudique los intereses de la sociedad y del “*buen vivir*” al convertir a la defraudación en su “*modus operandi*”.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIÓN.

17. CONCLUSIÓN.

Proponer al pueblo la idea de que penalice a su empleador, no es una pregunta, ya que apelar al resentimiento clasista que se tiene en nuestra sociedad y en la mayoría de sociedades, convierte la propuesta en una confirmación de la idea del ejecutivo.

La seguridad social es hoy en día un sistema complejo y completo, con características propias, que maneja fórmulas de captación de recursos, financiamiento e inversión; el sistema se compone por derechos de los afiliados y obligaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Para complementar sus servicios, el IESS ha suscrito convenios internacionales de cooperación y beneficios para los afiliados, estructurándose una gran red iberoamericana de asistencia para los nacionales y extranjeros que sean afiliados a un Sistema de Seguridad Social reconocido por un Estado miembro de un acuerdo.

Ante lo dicho, el derecho a la seguridad social no es solo un derecho constitucional con goce personal, sino que se ha convertido en una obligación Estatal y que en relación a su financiamiento le corresponde, entre otros, al propio afiliado. La omisión del cumplimiento de esta obligación de realizar aportaciones que la ley determina, causan grave defraudación al sistema que depende de ellos.

Esta obligación le corresponde y es imputable al empleador y al trabajador, pero les es imputable por complicidad, asociación ilícita, autoría y complicidad a los profesionales que están obligados y forzados a hacer cumplir al trabajador y al empleador con la Ley.

Este fraude al sistema le es imputable a todos por igual, ya sea al empleador que decide deliberadamente realizar un perjuicio al sistema, ahorrándose el aporte patronal; el empleado que incita a su empleador a no cumplir con esta obligación, tratando de conseguir un beneficio de orden social como el bono de desarrollo humano o simplemente recibir su sueldo en forma íntegra, sin el descuento correspondiente; el contador que pese a poseer los conocimientos académicos básicos entre los que constan los de legislación tributaria, principios jurídicos, derecho económico, legislación contable, etc., decide cooperar, incitar, asociarse en forma ilícita con el empleador y el trabajador (si es el caso) para incumplir con la Ley de Seguridad Social, ocasionando un perjuicio consciente y voluntario al Sistema de Seguridad Social; el profesional, abogado, administrador, jefe financiero, jefe de recursos humanos, gerente de división, etc., que contribuye a esta defraudación al Sistema de Seguridad Social, al igual que el contador tienen que ser sancionados. Conforme a estas consideraciones, la ley penal tiene que articularse no sólo con la propuesta constante en la “pregunta número diez” sino con una verdadera redacción jurídica que recoja todas y cada una de las variantes y conductas que pueden suceder en la comisión de un hecho ilícito atentatorio contra los intereses supraindividuales de los ecuatorianos.

La ley penal tiene que ser utilizada en forma efectiva, utilizando su poder preventivo y sancionador, proscribiéndolas en miras a desmotivar su ejecución.

“De ahí que el legislador, dentro de este esquema recurra en primer lugar a la penalización de conductas que lesionan un bien jurídico determinado (...)

Constituyen, en este último caso, conductas que generan un peligro socialmente no tolerado respecto de intereses considerados básicos para la convivencia, inevitables mediante el uso de otras formas o modalidades de control social, formales e informales, y que en razón de ello, son proscritas penalmente.”
(Maldonado, F. 2006;28).

La ciudadanía se pronunció a favor de una penalización como delito con privación de la libertad para la no afiliación a la seguridad social del empleado; proponerlo como una contravención de la forma en la cual se ha incluido en el texto del COIP no tiene el mismo poder disuasivo, esto influirá en la continuación de esta práctica ilegal. Se había propuesto una reclusión de tres a cinco años y multa de doscientas remuneraciones básicas del trabajador en general, medida disuasiva suficiente para frenar las intenciones ilícitas de cualquier empleador (ya que sólo al empleador se le hacía responsable por este ilícito); proponer una contravención con pena privativa de la libertad de tres a siete días y con multa de tres a cinco remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, no cumple para nada con el propósito de la consulta popular.

Al respecto, el profesor Francisco Muñoz Conde cita a Radbruch y propone a la Ley penal como lo que es, una poderosa arma jurídica disuasiva:

El mandato evangélico de poner la otra mejilla es loable en el plano religioso, quizá pueda hacerlo también en el plano jurídico pero en absoluto no lo es en el plano del Derecho Penal, y no puede serlo porque las normas jurídicas y concretamente las del Derecho Penal no son meras recomendaciones o buenos consejos, son normas de obligado cumplimiento y que es lo que sucede cuando esas normas de obligado cumplimiento no se cumplen el no matar, el no robar simplemente para el caso de que se incumpla aparece entonces la sanción, la sanción punitiva es un sufrimiento y que por lo tanto en la medida en que se aplique al que ha infringido la norma restablece la vigencia de la norma y produce un efecto no solo retributivo sino preventivo en el propio infractor y en las demás personas que integran la sociedad.” (Muñoz Conde, 2012:111)

La pena para el empleador es insuficiente, de tres a cinco salarios básicos unificados por cada trabajador no afiliado y la prisión siempre que en cuarenta y ocho horas no cancele el valor adeudado.

Se dividió entre los delitos y se propuso contravención a la no afiliación, por lo cual se sobreentiende que es un delito menos grave, y sí, estamos de acuerdo en que el trabajador es perjudicado porque quizá se le olvidó al empleador afiliarle al IESS, con lo cual una pena de privación de la libertad por un delito no es susceptible ni adecuada al hecho; no obstante, esta contravención abre la posibilidad para que el empleador que se olvidó de afiliar a todos sus empleados por más de 365 días no reciba la sanción de una agravio o delito menos grave valiéndose de la figura de una simple contravención.

No es lo mismo la sanción para un delito que para una contravención, con lo que psicológica y punitivamente no consiguen el mismo fin en la mente del delincuente. El poder preventivo de la ley se lo emplea en forma disuasiva tratando de conseguir que el individuo asocie una conducta ilícita con una situación personal no deseada, que en su mente la reacción producida al intento de incurrir en el ilícito sea por lo menos el temor de recibir toda la fuerza de la ley, por esta razón se propuso la idea de penalizar la no afiliación, trasladando este temor a la mente del empleador.

La propuesta de una contravención se aplica para infracciones que por su naturaleza y en concordancia con los fines de la rehabilitación social no requiere de una privación de la libertad extensa; la contravención en sí es una pena aplicada para delitos subsanables y que el criterio jurídico para ellos es que se debe sancionar como delitos menores, como infracciones enmendables, previsibles y hasta culposas. Por esta razón el delito de defraudación al Sistema de Seguridad Social no puede ser sujeto al concepto de contravención, ya que ni de forma preventiva ni de forma punitiva esta es suficiente.

La ley propende hacia algo mejor, tiene que ser consciente tanto de la realidad, las circunstancias históricas y sociales en las cuales se redacta, no sólo la ley penal sino para la ley de la seguridad social y leyes laborales de las cuales trata este trabajo, sino que esto aplica para la ley en general ya bien sea de materia civil, de materia laboral, de seguridad social, de materia tributaria, etc. En última instancia la ley será utilizada para castigar no sólo para normar, si meditamos en esto, tenemos que la ley penal es a donde concurren los demás cuerpos legales para proteger y sancionar lo que en ellos se ha propuesto, por esta razón el uso de la ley penal no debe ser otro que el de usar el poder coercitivo del Estado para castigar, esto en forma de una solución final *"Solución final no será un Derecho Penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal"* (Radbruch Cit. por Muñoz Conde, 2012: 115)

Si tratamos las intenciones del gobierno ecuatoriano como las de un sistema preocupado en resolver los delitos que merman la capacidad funcional, operativa, prestamista, benefactora y de asistencia de su Sistema de Seguridad Social, no podemos escoger culpables, no podemos sancionar a medias, no podemos exculpar conductas nocivas, conscientes y voluntarias de todas las partes implicadas en este delito de peligro en contra del buen vivir de la sociedad ecuatoriana.

La ley no responde a un ideario político, a un prejuicio ideológico, a una animadversión clasista, a doctrinas económicas o a las prácticas que todas estas pudieron haber ejecutado en el pasado. Hoy en día, el Estado ecuatoriano es uno de los países sudamericanos que más ha invertido en campañas de difusión de los derechos de los trabajadores, de implementación de proyectos de cooperación y asistencia en zonas rurales y de difícil acceso a las cuales antes las autoridades no podían llegar, de desarrollar programas con tendencia a revestir de seguridad y protección a la clase trabajadora; actualmente las Inspectorías del Trabajo asisten en forma gratuita a todos los trabajadores, empleadores y al público en general, disipando las dudas, recibiendo las quejas, realizando un trabajo de

auxilio dentro de la relación laboral, con lo cual se ha mermado la ignorancia acerca de los derechos y obligaciones generados entre las partes.

No podemos pretender que en un sistema de carácter socialista, comunista, bolivariano, en un gobierno de la “revolución ciudadana”, un trabajador pueda tener la calidad de desprotegido, desvalido, víctima, de forma que se responsabilice únicamente al empleador como infractor de una obligación conocida y compartida por ambos y a la cual concurren varios agentes directos e indirectos, como observamos en el trabajo.

La propuesta del ejecutivo fue recogida en forma acertada en el borrador del COIP.

La propuesta del legislativo es insuficiente y decepcionante para los resultados obtenidos en la “pregunta número diez”.

Ambas propuestas son coherentes con la intención de responsabilizar únicamente al empleador.

Ninguna de las propuestas es coherente con la protección eficiente, adecuada y correcta para un sistema universal de aseguramiento social obligatorio.

La propuesta de los nueve artículos que contiene este trabajo es coherente con la relación laboral, con la situación actual del trabajador y trabajadora de la República del Ecuador; con la “pregunta número diez”; con la intención del Ejecutivo, en parte; con un Sistema de Seguridad Social de los afiliados y que pretende ser universal y obligatorio así como voluntario; con la intención de que el IESS sea el custodio de las aportaciones y de las

contraprestaciones de sus afiliados y de los ecuatorianos en general; es una propuesta que incluye en forma equitativa y responsable a todos los implicados, explicando su participación en el ilícito, las circunstancias en las que debe incurrir para ser imputado y concediéndoles oportunidades que agilicen el cobro inmediato de lo adeudado, tratando de no perjudicar al trabajador y a los trabajadores que no estén implicados y que requieren conservar una fuente de empleo que les permita llevar el sustento a sus hogares, pero que también es dura con los empleadores y las empresas que reincidan en la comisión de este ilícito y aún en la reincidencia se admite la posibilidad de eludir la pena privativa de la libertad, tan sólo por una segunda ocasión, ya que la práctica repetida sea o no continuada por parte del mismo empleador perjudica no sólo a sus empleados actuales sino a los futuros empleados que pudieran tener una relación laboral con este defraudador; y como lo hemos descrito y explicado, implica que un perjuicio al sistema es un delito de peligro que atenta y daña a la idea Constitucional del Buen Vivir, es un delito supra personal y pluriofensivo y cuya víctima somos todos los ecuatorianos que nos acogemos al Sistema de Seguridad Social que es competencia del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA PERTINENTE.

1.1 Constituciones:

- 1.1.1 Constitución de la República del Ecuador.
- 1.1.2 Constitución Política de la República de Colombia.
- 1.1.3 Constitución Española.
- 1.1.4 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

1.2 Seguridad social:

- 1.2.1 Ley Orgánica de Seguridad Social Ecuador.
- 1.2.2 Reglamento General de Responsabilidad Patronal, Ecuador.
- 1.2.3 Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica de Seguridad Social del Ecuador, Comisión Interinstitucional para la reforma de la ley Orgánica de seguridad social.
- 1.2.4 LEY 100 DE 1993, Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social integral y se dictan otras disposiciones, Colombia.
- 1.2.5 Ley de Seguridad Social España.
- 1.2.6 Ley de Orgánica Sistema de Seguridad Social, Venezuela.
- 1.2.7 BEVERIDGE, W. (1942). Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services. London: British Parliament.
- 1.2.8 BEVERIDGE, W (1944). Full Employment in a free society. London.
- 1.2.9 BEVERIDGE, W. (1944). The Economics of Full Employment, London.

1.3 Leyes y normas que regulan la relación laboral.

- 1.3.1 Código del Trabajo Ecuador.
- 1.3.2 Estatuto de los trabajadores de España.
- 1.3.3 Ley Orgánica del Trabajo, Venezuela.

1.4 Derecho Penal.

- 1.4.1 PESANTES BENITES, J. (et alt.) (2012) *Seminario Internacional De Derecho Penal “Hacia Un Nuevo Derecho Penal En El Ecuador”*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Derechos Normativos.
- 1.4.2 GARBERI LLOBREGAT, J, (2005) *Director Procedimiento sancionador, infracciones y sanciones tributaria*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- 1.4.3 SILVA SANCHES, J. *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, segunda edición, revisada y ampliada. Madrid: Civitas.
- 1.4.4 CHEZARRA, M. (2001) “*Los delitos contra la seguridad social*”, *Tesi doctoral de la Universitat d’Alacant*.
- 1.4.5 GARCÍA MARÍN, S. (2014) “*Concepto y clasificación de la infracción penal en el COIP*”. (ensayo).

- 1.4.6 ZAFFARONI, E. (2002) *“Derecho Penal, Parte General”*, Segunda edición, Buenos Aires - Argentina: Sociedad Anónima Editora EDIAR.
- 1.4.7 WELZEL, H. (2004) *“El nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción Finalista”*, Reimpresión (1964 primera edición en castellano, Ariel: Barcelona) Editorial B de F: Montevideo-Buenos Aires.
- 1.4.8 ROXIN, C. (1997) *“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”*, segunda edición, tomo I, Madrid-España:Civitas.
- 1.4.9 JACKOBS, G. (1997) *“Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación”*, segunda edición, Madrid – España: Marcial Pons.
- 1.4.10 MIR PUIG, S. (1998) *“Derecho Penal, Parte General”*, quinta edición, Barcelona – España.
- 1.4.11 JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1958) *“Principios de Derecho Penal, la ley y el delito”*, tercera edición, Buenos Aires-Argentina: Abeledo Perrot.
- 1.4.12 ZAMBRANO PASQUEL, A. (2006) *“Derecho Penal Parte General”* tercera edición, Lima –Perú: ARA.
- 1.4.13 HERRERA, L. (sin año) *“El Error en Materia Penal”*, sin edición, Buenos Aires-Argentina: Abeledo Perrot.
- 1.4.14 MUÑOZ CÓNDE, F. (2003) *“El error en Derecho Penal”*, Buenos Aires-Argentina: Rubilzan-Culzoni.
- 1.4.15 DONNA, E. (2001) *“Teoría del delito y de la Pena Imputación”*, primera edición, Buenos Aires-Argentina: ASTREA.
- 1.4.16 ARMAZA GALDOS, J. (1993) *“El Error de Prohibición”*, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.50, Lima-Perú.
- 1.4.17 GÓMEZ LÓPEZ, J. (2003) *“Teoría del Delito”* Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- 1.4.18 RIGHI E. (1964) *“Derecho Penal Económico”* publicación diario “La Razón”.
- 1.4.19 GERSCOVICH , C. (2006) *“Derecho Penal Económico, Cambiario y Penal”* Buenos Aires – Argentina: Lexis Nexis.
- 1.4.20 MALDONADO, F. (2006) *“Reflexiones Sobre Las Tecnicas De Tipificacion De Los Llamados “Delitos De Peligro” En El Moderno Derecho Penal”* REJ Revista de Estudios Jurídicos N° 7.
- 1.4.21 AGUILAR LÓPEZ, M. *“Delitos De Peligro E Imputación Objetiva”*.
- 1.4.22 Código Penal, Ecuador.
 - 1.1.1 Código Orgánico Integral Penal, Ecuador.
 - 1.1.2 Código Penal, Colombia.
 - 1.1.3 Código Penal Español.
 - 1.1.4 Código Penal de Venezuela.

1.2 Tratados internacionales de Seguridad social.

- 1.2.1 Conferencia Interamericana de Seguridad Social.
- 1.2.2 Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS).
- 1.2.3 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

- 1.2.4 Instrumento de Ratificación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007. BOE. 30/04/2011; 103:43814.
 - 1.2.5 Previsión social, selección de artículos del Cato Institute.
- 1.3 Tratados internacionales de Trabajo.
- 1.3.1 Organización Internacional del trabajo (OIT).
- 1.4 Tratados internacionales sobre derechos humanos.