

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

El derecho a la seguridad social y el principio de solidaridad

Un análisis crítico del sistema ecuatoriano desde la situación de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar

María Claudia Sánchez Vera

Tutora: Eddy María De La Guerra Zúñiga

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, María Claudia Sánchez Vera, autora de la tesis intitulada “El derecho a la seguridad social y el principio de solidaridad: Un análisis crítico del sistema ecuatoriano desde la situación de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito D.M, 31 de octubre de 2018

Firma:

Resumen

El reconocimiento del derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar y las limitaciones que por asuntos económicos y de manejo de recursos trae consigo, es una situación que se viene dando desde hace pocos años atrás. Además este trabajo se vuelve relevante, en razón de que la cuestión se abordará desde un enfoque interdisciplinario, que incluye al derecho constitucional, la seguridad social, y el derecho de las finanzas públicas; volviéndose interesante su lectura, en virtud de la presencia de una diversidad de criterios y el debate que está presente.

En el transcurso del proceso investigativo, se evidenciaron importantes hallazgos. En este sentido, con respecto a la calificación de la seguridad social como derecho fundamental. En el sistema ecuatoriano, este ostenta tal categoría únicamente por estar reconocido en el ordenamiento jurídico interno; mientras que al tomar como ejemplo a Colombia, se evidencia que aquel considera a la seguridad social como un derecho fundamental, siempre que su desconocimiento legal menoscabe otros derechos previamente reconocidos como fundamentales, en otras palabras, no es inmediato, sino está condicionado.

Otro aspecto, a mi criterio relevante, es lo referente a la aplicación del principio de solidaridad. En el Ecuador, se plasma a través de tributos, cuyo pago corresponde a la sociedad en general; mientras que en el país vecino, funciona de otra manera, en razón de que previo a distribuir el dinero, el Estado mediante un censo socio económico evalúa y determina quienes realmente deben ser beneficiarios. Cabe recalcar que la temporalidad, es lo que distingue a esta herramienta, ya que si la situación del individuo mejora, entonces se extinguirá este derecho.

En la parte económica, lo primordial es lo referente a los recursos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, su presupuesto y como este ha sido manejado por la administración. En este contexto, también se analiza profundamente la intromisión que sin ser esta legal, ha tenido el Estado en los fondos de dicha institución, convirtiendolo en su caja chica.

En primer lugar quiero agradecer a Dios por guiar mis pasos, pero sobre todo por haberme permitido culminar con éxito esta meta propuesta.

A mi familia, quienes han sido mi soporte en todo momento. A mi mamá María Angélica por ser mi mejor amiga, confidente, consejera, un ejemplo de amor y superación, quien siempre me impulsa a volar muy alto y tomar cada reto como un aprendizaje. A mi primera maestra, mi abuelita Marujita, quien a más de enseñarme las primeras letras, con su ejemplo hizo de mi un ser humano con valores. A mi hermana María Fernanda, compañera de vida, con quien he vivido hermosos momentos.

A mis amigos, la familia que el destino puso en mi camino, pero sobre todo que eligió mi corazón. En especial a: Tani, Aquiles (Kilín), Tuquito, Lore, Raquel, Nathy, Elsitá, quienes me regalaron los mejores nueve meses de mi vida, aquellos que transcurrieron entre largas jornadas de estudio, bromas, risas, momentos invaluable que siempre los llevaré conmigo, ya que junto a ellos aprendí cada día a ser mejor ser humano. ¡Que la amistad perdure y la vida nos siga juntando;

Agradecimientos

Quiero agradecer de manera muy especial a Eddy De la Guerra Zúñiga, quien caminó junto a mi durante el desarrollo de esta investigación, que con su oportuna guía y brillantes consejos, coadyuvó a que este trabajo alcance el nivel de rigurosidad deseado. Una docente responsable, comprometida, siempre abierta a compartir sus conocimientos y un ejemplo a seguir para quienes aspiramos forjar una vida en la academia.

Agradezco a Lina Parra por el apoyo brindado, además de su valioso tiempo invertido en la revisión de esta tesis, debido a que sus excelentes aportes, permitieron incrementar aun más la precisión académica de la investigación. Así como también a la Dra. Elisa Lanás, quien desde su notable experiencia en la materia, supo contribuir en gran medida para hacer de este, un trabajo más completo.

A mi tío Rodrigo Patiño Ledesma, jurista íntegro que se ha convertido en uno de mis referentes en mi vida profesional, quien me aconsejó y apoyó durante el transcurso de mi carrera universitaria. Alentándome también a continuar con mi formación académica hacia un nivel más alto.

A mi segunda casa, la Universidad Andina Simón Bolívar, por abrirme sus puertas. A su planta docente y personal administrativo, quienes siempre están pendientes del bienestar de los estudiantes y sin egoísmo alguno buscan su avance profesional.

Al personal del Centro de Información y Biblioteca, de manera particular a Marianela, por su desinteresado apoyo.

A mis ex maestros, quienes me incentivaron a emprender este camino de aprendizaje y siempre han estado pendientes de mi evolución durante este programa de posgrado. A los doctores: José Chalco Quezada, Antonio Martínez Borrero, Jorge Morales y Guillermo Ochoa Andrade, parte del cuerpo docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay.

¡A todos ustedes, un gracias infinito!

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero.....	15
El principio de solidaridad: Un camino hacia la igualdad de oportunidades	15
1. Diferencia entre seguridad social y seguro social.....	15
2. La solidaridad como principio rector en materia de seguridad social	21
3. Principio de subsidiariedad.....	30
4. El principio de igualdad en el marco de la seguridad social.....	32
4.1. Igualdad formal y material: Tensiones evidentes.....	33
4.2. Prohibición de discriminación.....	38
5. Principio de universalidad	41
6. Principio de progresividad y prohibición de regresividad	48
Capítulo segundo Financiamiento del sistema de seguridad social en el Ecuador: ¿Un manejo responsable de los recursos?	55
1. Ingresos del sistema de seguridad social: Antes y después de la Constitución del 2008	55
2. La obligación de contribución al sistema de seguridad social.....	69
2.1. El presupuesto: Marco conceptual y naturaleza jurídica.....	78
3. Principios que rigen la administración del gasto público del sistema de seguridad social	86
4. Análisis del artículo 3 del Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo....	96
Conclusiones.....	107
1. Conclusión general	107
2. Conclusiones específicas	108
Bibliografía.....	111
Anexos.....	123

Introducción

Es oportuno empezar indicando, que a pesar de que la parte económica, financiera y administrativa del seguro social, es un aspecto indispensable para el efectivo cumplimiento de las prestaciones del seguro general obligatorio, en otros términos, para el pleno goce del derecho a la seguridad social como tal. Sin embargo, la academia no se ha preocupado de investigar este tema, centrando sus estudios únicamente en el campo de los principios, fuentes; a breves rasgos ha teorizado sobre las prestaciones, etc. Lo cual volvió difícil el acceso a fuentes doctrinarias exclusivamente sobre seguridad social. En este sentido, uno de los propósitos por los cuales se decidió empezar este trabajo, es tratar de llenar de alguna manera este vacío teórico.

En referencia a los capítulos. En el primero, se dan a conocer varios criterios de juristas conocedores tanto del derecho constitucional, como de la seguridad social, acerca de principios que rigen la seguridad social. Al respecto de la solidaridad, en resumen se dijo que este es un principio que para alcanzar el bienestar colectivo, ya no solo involucra al Estado, sino al contrario permite visibilizar nuevos actores del cambio, que son los mismos miembros de la sociedad. Sin embargo, se enfatizó también en que la solidaridad tiene un límite y este, se encuentra en la capacidad contributiva de la ciudadanía.

Acerca del principio de igualdad, lo relevante es el enfoque especializado que se dió a este, viéndolo como *igualdad en beneficios*. En esta línea, todos aquellos que se encuentren registrados como afiliados en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, deberían tener acceso en igualdad de condiciones a las prestaciones del seguro general obligatorio, sin que se de prioridad al monto económico que ellos cotizan. A mi criterio, este principio sería viable si va de la mano de la solidaridad.

Continuando con la descripción del contenido del capítulo uno, la esencia del principio de universalidad radica en permitir que todos los ciudadanos sin distinción alguna, estén protegidos ante la totalidad de las contingencias que puedan presentarse en su vida. Cabe recalcar, que tal principio se hará efectivo con los recursos suficientes; aspecto que se trató en el segundo capítulo.

Se finaliza esta parte, con el análisis del principio de progresividad y prohibición de regresividad, aquel que significa *avance* en materia de derechos en general, es visto

como la obligación estatal de adecuar su ordenamiento jurídico. En este contexto, como piensa la doctrina cualquier acto o normativa regresiva, se presume inconstitucional.

Por otra parte, en el capítulo segundo se analizó críticamente dos momentos básicos para el funcionamiento del sistema de seguridad social, como son: el ingreso de recursos al IESS y el gasto público, incorporándose también al presupuesto y su naturaleza jurídica. Previo a ello, se explicó la obligación constitucional que tienen los ciudadanos de contribuir con el Estado y la seguridad social.

Por último, en cuanto a la parte metodológica, cabe recalcar que un aspecto fundamental es la recolección de datos, en virtud de que estos permiten sustentar y dan fortaleza a lo investigado. En este contexto, para el desarrollo del presente estudio, el 10 de octubre del 2018 se solicitó información sobre el total de la población afiliada a nivel nacional, desde diciembre del 2017 hasta septiembre del 2018. Sin embargo, en el caso de las personas afiliadas bajo el trabajo no remunerado del hogar, se requirió una información más detallada; pidiendo entonces al funcionario encargado del departamento competente, remita los datos divididos por los distintos niveles, los cuales son: nivel de subsistencia (separados aquellos que reciben el bono de desarrollo humano y quienes no son beneficiarios), nivel medio, nivel medio alto y nivel alto.

La referida solicitud, fue efectuada mediante oficio dirigido al ingeniero Ramiro Criollo, subdirector nacional de afiliación, cobertura y gestión de la información del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; documento que fue debidamente recibido en una de las ventanillas de gestión documental y signado con el n.º *IESS-SDNGD-2018-52295-E*. En esta línea, el funcionario en mención, por medio de oficio n.º *IESS-DNACGI-2018-0070-O* con fecha 18 de octubre de 2018, dió respuesta y remitió la información solicitada por la suscrita.

Fueron de mucha utilidad otras fuentes, tales como los reglamentos emitidos por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, normativa mediante la cual se aprueba el presupuesto consolidado de la institución, de los años 2017 y 2018; el informe de rendición de cuentas n.º 6579 del 2017, presentado por el IESS ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, aquellos que pude revisar accediendo a la página web de la institución, (www.iess.gob.ec).

Para cerrar, se recurrió a la valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado, información que obtuve de la página oficial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la sección referente a los estudios actuariales.

Capítulo primero

El principio de solidaridad: Un camino hacia la igualdad de oportunidades

En este capítulo se expondrá el debate teórico, resultado de un profundo estudio acerca de los principios que rigen la seguridad social, entre ellos: el principio de solidaridad, igualdad material, universalidad y, de progresividad y no regresividad. Estos principios han sido analizados por los juristas especialistas en la rama, teniendo como finalidad dar una respuesta a la pregunta central que guía la investigación, en espera de que constituya un verdadero aporte para este sector de la colectividad trabajadora y la reivindicación de sus derechos.

1. Diferencia entre seguridad social y seguro social

Para empezar el desarrollo de la presente, Angélica Porras define a la seguridad social como “un derecho humano, que tiene como fin proteger a *todas las personas* frente a las contingencias de la vida, derivadas de la falta de ingresos producidos por enfermedad, incapacidad, invalidez, vejez, desempleo o muerte”.¹ En definitiva, la seguridad social es un derecho que ampara a las personas frente a los riesgos que desafortunadamente se pueden presentar a lo largo de su camino y que carecen de los ingresos económicos suficientes para sobrellevarlos; mismos que se pueden presentar debido a su estado de salud, o que su edad avanzada disminuya su capacidad productiva, entre otros factores.

Por lo tanto, al calificarlo entonces como un derecho humano, “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad [...]”.²

¹ Angélica Porras Velasco, “La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas”, en *Foro Revista de Derecho*, n.º 24 (2015), 91. Énfasis añadido.

² ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 22, http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.

Consecuentemente, el seguro social debe, para garantizar a la población afiliada un efectivo y pleno goce de este derecho, estar acorde a los avances en materia de la cobertura de la seguridad social. En esta línea, el Estado ecuatoriano como se evidenciará más adelante, ha intentado fallidamente construir un sistema de seguridad social incluyente, cuya protección abarque a toda la población ante las contingencias que se presenten en el transcurso de su vida.

Haciendo un necesario paréntesis, para precisar que a un derecho se le puede atribuir la calidad de *humano*³ cuando “es inherente al ser humano como integrante de la sociedad”.⁴ En otras palabras, se trata de una facultad o prerrogativa que ampara al hombre y que le pertenece por el solo hecho de serlo (aquella que debe ser respetada por los demás individuos que lo rodean y por el Estado). Se reconoce al ciudadano tanto en su individualidad, como en su relación con la colectividad. Además, que en caso de violación, es plenamente factible activar el aparato estatal.

Por otro lado, parece interesante distinguirlo de los *derechos fundamentales*. En este sentido, “se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa de reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno”.⁵ En razón del criterio sostenido por Antonio Pérez Luño, no todos los derechos humanos son fundamentales. Lo que permite diferenciarlos, es su positivación o reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

En consecuencia, al cumplir con la condición determinante que es su reconocimiento constitucional y legal, se puede calificar al derecho a la seguridad social en el Ecuador, como un derecho fundamental. Vale la pena resaltar, que este derecho ha sido reconocido de esta manera también en otras partes del mundo, por ejemplo la Constitución Española de 1978⁶ lo contempla en su artículo 41 dentro del título I denominado *de los derechos y deberes fundamentales*.

Al respecto, Rafael Rodríguez Mesa no considera que la seguridad social sea totalmente un derecho fundamental, debido a que “desde la [sentencia] T-561 de 1992 la Corte Constitucional considera como derecho fundamental la seguridad social cuando su

³ Se entiende por *derechos humanos*, el “[conjunto] de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.” Véase en: Jesús Rodríguez y Rodríguez y Miguel Carbonell, “Derechos Humanos”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*, 3ª.ed., coord. Miguel Carbonell (Ciudad de México: Editorial Porrúa / UNAM, 2009), 481.

⁴ Jorge Rendón Vásquez, *Derecho de la Seguridad Social* (Lima: Grijley, 2008), 102.

⁵ Antonio Pérez Luño, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, 1986), 44.

⁶ España, *Constitución Española*, Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

no reconocimiento quebranta derechos fundamentales”.⁷ De acuerdo con la sentencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana, se reconoce a las personas el derecho a la seguridad social siempre que su desconocimiento legal afecte o quebrante otros derechos fundamentales.

Por su parte, Román Navarro señala que el derecho a la seguridad social no es simplemente un programa constitucionalmente desarrollado, ni una premisa que guía la acción social en busca del progreso y bienestar de la ciudadanía, que únicamente es válido si el legislador lo ha incluido en el ordenamiento jurídico de cada país, sino todo lo contrario, *es un derecho cuyo menoscabo o lesión es posible demandar a través de los mecanismos previstos por la Constitución⁸ y demás leyes.⁹* Por lo tanto, no se requiere únicamente que esté regulado mediante normativa (sustantiva-adjetiva, leyes orgánicas-leyes ordinarias, etc.), siendo lo más importante que las personas puedan acudir a la administración de justicia, volviendo su derecho justiciable.

Retomando el planteamiento, es trascendental tener claro que el término *seguridad social* es distinto del *seguro social*, ambos conceptos medulares que hacen posible la inserción activa en un debate necesario; pero sobre todo acerca de un tema novedoso, interesante y discutido en la actualidad. Además que contribuirá a la evolución científica de esta importante, pero poco explorada y analizada a nivel nacional -esfera del derecho-.

En esta línea, se trae a colación lo que sostiene Marco Proaño Maya, para quien “[...] [el sistema del seguro social], surge de una *relación de dependencia laboral*, por la que el trabajador y el empleador asumen obligaciones y derechos. [...]”¹⁰ En otros términos, el seguro social es una herramienta que ha previsto el ordenamiento jurídico para cristalizar este derecho, conformado por instituciones (con su propia normativa que regula las diferentes modalidades de afiliación, reclamos administrativos, estructura, manejo del presupuesto, etc.), mismas que en su conjunto forman parte de un *sistema*. Ahora bien, se puede decir que esta definición dada por el autor, no es amigable con el significado de universalidad, ya que cuando se refiere al seguro social, lo hace desde una

⁷ Rafael Rodríguez Mesa, *Estudios sobre Seguridad Social* (Barranquilla: Universidad del Norte / Grupo Editorial Ibáñez, 2012), 55-6.

⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁹ Véase en: Román Navarro Fallas, “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”, *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social* 10, n.º 1 (2002): párr.9, http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592002000100002. Énfasis añadido.

¹⁰ Marco Proaño Maya, *Seguridad Social y Sociedad Democrática* (Quito: Editorial Americana, 2014), 89. Énfasis añadido.

visión limitada; anclándolo a una relación laboral, en otras palabras, a una contra prestación (actividad laboral-sueldo o salario).

Angélica Porras por su parte no está de acuerdo con el pensamiento de Proaño Maya, en virtud de que existen ciudadanos que no cuentan con un salario fijo, o están desempleados, lo cual les impide contribuir al sistema de seguridad social; ante ello y como un mecanismo de protección a todos los individuos sin importar su situación laboral, Alfredo Sánchez Castañeda ha propuesto a la *protección social*; propuesta a la cual Angélica Porras se alinea, concluyendo que “[...] la seguridad social es el derecho mientras que el seguro social y el piso mínimo de protección social son los medios para llevarlo a cabo.”¹¹

En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República del 2008¹² al ser la norma suprema, ha delegado esta misión al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social¹³ (entidad autónoma de servicio público, responsable de otorgar a la población asegurada las prestaciones del seguro general obligatorio). Es más, se han previsto también regímenes especiales como el seguro social campesino, el seguro voluntario y otros cubiertos por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el Instituto de la Seguridad Social de la Policía Nacional.

En el párrafo anterior, se hizo referencia al término *prestaciones*,¹⁴ idea que responde al carácter prestacional que reviste al derecho a la seguridad social, “cuyo contenido obligacional consiste en dar o en hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera los medios suficientes para ello”.¹⁵ Para muestra, el caso de un individuo enfermo carente de los recursos para ser atendido en un hospital privado y recibir tratamiento, quien necesita adherirse a la seguridad social, con el fin de gozar de atención médica en los hospitales y dispensarios del IESS.

¹¹ Porras, “La seguridad social en Ecuador”, 92.

¹² Ecuador, *Constitución de la República*.

¹³ Es necesario conocer, que “mediante Decreto Supremo n.º 40, de 2 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial n.º 15, de 10 de julio del mismo año, se transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. Véase en: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Manual para Afiliados y Empleadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social* (Quito: IESS, 1984), 4.

¹⁴ Dícese del “[conjunto] de beneficios de orden social, laboral, económico [...], que otorga el Estado, entidades públicas, de servicio o privadas, sea en el cumplimiento de sus fines específicos, por mandato de ley o por acuerdo entre las partes.” Véase en: Rodrigo Patiño Ledesma y Teodoro Pozo, *Léxico Jurídico Tributario* (Quito: CLD, 1996), 166.

¹⁵ Luis Prieto Sanchis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, ed. Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 108.

Continuando con la línea trazada para el análisis, se conoce que una de las consecuencias jurídicas de reconocer al trabajo como un derecho es valga la redundancia, el derecho de la población trabajadora a estar protegida por la seguridad social. De hecho, en nuestro país una de las obligaciones de los empleadores (ya sean personas naturales o jurídicas del sector público o privado) previstas en el Código del Trabajo,¹⁶ es afiliar a sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; caso contrario, tal como se verá, serán sancionados en la forma que disponga el Código orgánico integral penal.¹⁷

Se vuelve relevante en este punto de la discusión, hacer referencia a la naturaleza¹⁸ jurídica de la relación fundada en virtud del derecho a la seguridad social. Al respecto, Rendón Vásquez, plantea que “la pertenencia al sistema de seguridad social es o debería ser automática desde el instante en que se cumple el requisito de tener existencia humana”.¹⁹ Sin embargo, en la práctica nuestro sistema de seguridad social exige el cumplimiento de ciertos requisitos previos, los cuales varían dependiendo de la forma o modalidad de afiliación a la que decida acogerse el ciudadano.

En esta línea, conforme lo dispone la Ley de seguridad social,²⁰ están protegidos por el seguro general obligatorio, en calidad de afiliados, los siguientes:

[...] a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; y, g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales. [...].²¹

Volviendo al criticado planteamiento de Marco Proaño Maya con respecto al seguro social, se dice que “legalmente, ya no se debería, por lo tanto, hacer derivar el derecho a la seguridad social sólo de la condición de ser trabajador o de pagar determinadas cotizaciones”.²² En virtud de ello, en la actualidad ya no es admisible que se limite el acceso a la seguridad social por no contar con un trabajo o aportar

¹⁶ Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.

¹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

¹⁸ Entiéndase que con el término *naturaleza* en una de sus varias definiciones, se hace referencia a la “[propiedad], virtud, calidad”, de algo o alguien. Véase en: Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Argentina: Editorial Heliasta, 1997), 516.

¹⁹ Rendón, *Derecho de la Seguridad Social*, 103.

²⁰ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001.

²¹ *Ibíd.*, art. 2.

²² Rendón, *Derecho de la Seguridad Social*, 102.

económicamente al IESS.²³ En respuesta, en el Ecuador, el 20 de abril del 2015, entró en vigencia la *Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar*,²⁴ misma que reforma el referido artículo e incluye dentro de este grupo de afiliados a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar; sector de la población asegurada que será el centro de análisis en el presente estudio académico.

Siguiendo con el hilo conductor, en el caso de los afiliados voluntarios, quienes no laboran bajo relación de dependencia, siendo los mismos beneficiarios los que solicitan la afiliación al seguro general obligatorio y que con el aporte de un porcentaje mensual coadyuvan a la sostenibilidad económica del sistema en mención. Aquellos se diferencian de los afiliados *obligados*,²⁵ en virtud de que ellos ejecutan labores bajo relación de dependencia, en cuyo caso, es el empleador quien solicita la respectiva afiliación al IESS, participando de su mantenimiento tanto los trabajadores, como sus respectivos empleadores, aquellos que para cumplir con lo previsto en la ley, les descuentan un porcentaje proporcional de su sueldo, destinándolo a la seguridad social.²⁶ Aquello, en respuesta a uno de los principios rectores de la seguridad social, como lo es el principio de solidaridad, con el cual se logra que todos estén protegidos, independientemente del valor que coticen.

De lo manifestado es posible colegir, que en principio el ingreso a la seguridad social no es inmediato, sin embargo, esta no es una regla general ni absoluta, ya que existe una figura denominada *extensión de cobertura de salud*, que materializa la posibilidad de que la persona pertenezca al sistema de seguridad social desde el comienzo de su existencia, en otras palabras, desde el nacimiento. En este contexto, los niños, niñas y adolescentes, hijos de los afiliados, estarán protegidos únicamente por el seguro general de salud individual y familiar. Por lo tanto, tendrán derecho a atención médica (quirúrgica, farmacéutica, hospitalización, etc.).

²³ Esta idea es incompatible, y limita derechos, siendo más grave aún, en razón de que la seguridad social es considerada un *derecho fundamental*, y que por lo tanto su naturaleza “se desprende del carácter indispensable de su contenido para el desarrollo pleno del ser humano”. Véase en: Navarro, “El derecho fundamental a la seguridad social”, párr.9.

²⁴ Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*.

²⁵ Sin embargo, a partir del 16 de febrero del 2005, gracias al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, la frase *obligados a solicitar la protección*, fue declarada inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto por el tercer inciso del artículo 57 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en razón de que la solicitud no es un requisito obligatorio para que el individuo se beneficie de la protección de la seguridad social. Además, al ser la seguridad social un derecho irrenunciable, sería ilógico y contradictorio que se obligue a solicitar un derecho de esta naturaleza. Véase en: Ecuador Tribunal Constitucional, “Resolución”, en *Casos acumulados n.º 052 y n.º 054-2001-TC*, 14 de febrero del 2005, 7.

²⁶ Véase en: Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 83.

Dicho avance en cuanto al ámbito de protección de la seguridad social como un derecho de los individuos, fue posible gracias a que el 9 de febrero del 2011, entró en vigencia la Resolución n.º C.D. 357, que resuelve: “art. 1.-Reemplazar en el artículo único de la Resolución n.º C.D. 265²⁷ de 8 de junio de 2009: ‘seis (6)’ por ‘dieciocho (18)’.”²⁸ Como se evidencia, tal normativa interna aumenta el período de goce del beneficio.

Vale la pena hacer hincapié en la idea de que tanto el derecho al trabajo como el derecho a la seguridad social gozan de reconocimiento constitucional, así como también, se encuentran protegidos por los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por el Ecuador, los cuales forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Tales como: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; recomendaciones de organismos internacionales en materia del trabajo, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Tal como lo confirma el artículo 34 de la Constitución de la República, cuando dispone que “el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado”.²⁹ Por lo tanto, toda ley o cláusula contractual que obligue a una persona a renunciar a la tutela que brinda este derecho que por su condición le pertenece, entendiéndose dentro de tal todo lo que este englobe, debería ser nula.

Por último, el derecho a la seguridad social, es de vital importancia en la vida de los ciudadanos, tanto es así, que se lo supone como “un requisito de la dignidad y la dignidad es un atributo esencial de la persona”.³⁰ Por lo tanto, si es una condición necesaria para configurarla, debe pertenecer a todos los seres humanos con base a que la dignidad, considera el autor, es la esencia misma del individuo.

2. La solidaridad como principio rector en materia de seguridad social

No es posible ni lógico analizar jurídica y doctrinariamente el principio de solidaridad, sin antes entender el significado y alcance de un término jurídico fuerte e

²⁷ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D.265*, Registro Oficial 624, 1 de julio de 2009.

²⁸ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 357*, Registro Oficial 400, 10 de marzo de 2011, art. 1

²⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 34.

³⁰ Fabio Morón Díaz, “La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ed. Fundación Konrad- Adenauer-Stiftunf y CIEDLA (Buenos Aires: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftunf / CIEDLA, 2000), 676.

indispensable para el análisis, como lo es el *principio*. Para lo cual se ha recurrido a un criterio relevante que facilite la comprensión de aquel concepto.

Ramiro Ávila contribuye a este debate cuando en términos de Ferrajoli, quien denomina a los principios *normas téticas*,³¹ y él explica que “la norma tética, no tiene hipótesis de hecho, no tiene el vínculo causa-efecto y tampoco tiene una obligación concreta”.³² Recordando las primeras clases de Derecho Constitucional, se vuelve una tarea sencilla descifrar lo indicado, teniendo presente que el ordenamiento jurídico esta compuesto por dos tipos de normas: téticas e hipotéticas. A las primeras, se las conoce como *normas principio* o mandatos de optimización³³ en palabras de Alexy, mientras que el término *normas regla* se refiere a la segunda categoría.

Lo que las diferencia, es su fuerza (las normas regla al parecer son más vinculantes que los principios), pero sobre todo algo fundamental y es que, de la estructura de las normas téticas no se desprende el famoso *silogismo jurídico*, tan impartido en la cátedra de *lógica jurídica*, en las escuelas de derecho de las distintas universidades del país.

Es trascendental señalar que en la Constitución de la República del Ecuador,³⁴ están presentes por un lado los principios de aplicación de los derechos en general, sin distinción alguna y que cualquier autoridad administrativa o judicial, debe considerarlos (artículo 11). Por otro lado, constan una serie de principios que concretamente presiden el derecho a la seguridad social, objeto central de este estudio (artículo 34).

“La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas”.³⁵ La Ley de seguridad social,³⁶ por su parte, al referirse a los principios que guían el funcionamiento del seguro general obligatorio, omite en su artículo primero los principios de transparencia y participación. Esta situación es cuestionable, debido a que es indispensable que las actividades realizadas con el fin de administrar y poner en

³¹ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 34.

³² Ramiro Ávila Santamaría, “Los principios de aplicación de los derechos”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008), 31.

³³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997), 86.

³⁴ Ecuador, *Constitución de la República*.

³⁵ *Ibíd.*, art. 34.

³⁶ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

funcionamiento el sistema de seguridad social, deben ser socializadas con la población mediante la rendición de cuentas, permitiendo de igual manera la participación de la colectividad, ello con el fin de que puedan dirigir quejas y sugerencias para mejorar la calidad del servicio brindado.

Sin embargo, para lograr la efectividad de la transparencia, el respectivo informe de rendición de cuentas, tiene que ser realizado con el debido cuidado, reflejando datos reales que permitan conocer a la sociedad el verdadero escenario económico, y de metas que el IESS como institución ha cumplido. De modo que, no deberá utilizarse a este instrumento, para hacer política y atraer falsamente la confianza de la ciudadanía en el sistema.

Se empieza esta parte con el criterio defendido por Fernando Muñoz León, con respecto a que:

El bien común no se satisface de cualquier forma. No es cautelado el bien común en aquellas sociedades donde los individuos son oprimidos, o sus derechos son vulnerados, o donde no disponen de la posibilidad de realizarse espiritual y materialmente posible. Por esto, el derecho político ha proclamado dos principios que estructuran un orden social respetuoso del ser humano y de su intrínseca sociabilidad: la *subsidiariedad* y la *solidaridad*.³⁷

Es un principio por el que se alcanza el bienestar, desarrollo y avance de los individuos, en otros términos, logra hacer efectivo el bien común. La solidaridad aplicada correctamente (en lo que a los recursos respecta), haría realidad una sociedad equitativa en donde los individuos no sean sojuzgados, ni se quebranten sus derechos, sino todo lo contrario, su goce y ejercicio se potencie a un nivel de plenitud. En definitiva, es un principio que reconoce la calidad y naturaleza sociable del ser humano.

La importancia de la solidaridad, radica en que es la esencia de la seguridad social, misma que da prioridad a las necesidades colectivas sobre las individuales, en cuanto protege y vela primordialmente por los intereses de la sociedad en su conjunto. En este sentido, no ve al ser humano en su individualidad, no es egocéntrica sino generosa, concentrada en la sociedad como tal. Aquella se realiza cuando la actitud de las personas está siempre abierta a ayudar a los demás.

Cabe recalcar, que “desde el punto de vista constitucional, tiene el sentido de un deber —impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social— consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o

³⁷ Fernando Muñoz León, “Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ed. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung (Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007), 676.

apoyo de otros asociados o en interés colectivo”.³⁸ Convirtiéndose una *obligación moral del hombre para con el hombre*; logrando este principio un punto medio, el tan anhelado equilibrio entre los que mayor capacidad contributiva tengan con los que carecen de los recursos económicos suficientes.

Con base a este criterio, sería posible sostener que la solidaridad sea considerada como uno de los principios generales del derecho y un principio específico de la seguridad social. Tomando en consideración, que de acuerdo a la corriente iusnaturalista “[...] los principios generales son manifestación del derecho natural, como principios o verdades universales, basadas en la naturaleza humana y en la recta razón”.³⁹ A fin de cuentas de acuerdo con el derecho natural, el ser humano por naturaleza es social y solidario. En otras palabras, su vida se desarrolla en sociedad, en razón de ello, no puede ser indiferente ante las insuficiencias y carestías de sus semejantes. En esta línea, el buen vivir dentro de una sociedad no se logrará únicamente con la intervención del Estado, sino también con la participación activa de la ciudadanía.

Ello alcanzará la tan anhelada, pero utópica *justicia*, aquella que “[...] supone la idea de ciudadanos entendidos como personas libres e iguales”.⁴⁰ Todo ser humano es libre cuando se encuentra en condiciones de igualdad, lo cual quiere decir, que no es sometido, oprimido, no se han limitado sus derechos. Por último, la igualdad se logrará con la actuación tanto del Gobierno como de la sociedad en su conjunto.

Ahora, acerca de la solidaridad como principio especial de la seguridad social, este va dirigido a dar soporte a quienes sus ingresos o recursos económicos los sitúan en condición de inferioridad en comparación con el resto de la población. Consecuentemente, se aplicará en el ámbito económico de la seguridad social, en lo que respecta a los aportes o contribuciones para acceder a las distintas prestaciones que oferta el sistema.

En correspondencia con este criterio, Leonardo Cañón Ortegón, señala que “[...] [mediante] el concepto de solidaridad, [...] se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas.”⁴¹ En definitiva, los fines sociales se logran con la actuación y la debida diligencia del Estado junto con la

³⁸ Leonardo Cañón Ortegón, “La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia”, *Revista Páginas de Seguridad Social* 1, n.º 1 (2017): 10, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844/5746>.

³⁹ Marco Monroy Cabra, *Introducción al Derecho* (Bogotá: Temis, 2015), 279.

⁴⁰ *Ibíd.*, 68.

⁴¹ Cañón, “La solidaridad como fundamento del Estado”, 10.

ciudadanía, caso contrario, al no conseguirse aquellos, sería fácil hacerle responsable únicamente al gobierno de turno por el perjuicio causado a los ciudadanos y sus derechos. En tanto que, están a la espera de una oportuna intervención que cubra sus necesidades urgentes y así gozar de una vida digna de su calidad de ser humano. Por lo que, la finalidad de este principio es visibilizar nuevos actores sociales, creando espacios para fomentar su colaboración, buscando de alguna manera descongestionar el arduo trabajo del aparato estatal, sin desconocer la labor de las instituciones del sector público.

Con respecto a ello, considero que la solidaridad plasmada en la organización de los individuos (sociedad civil), fortalecería la responsabilidad de los servidores públicos, ya que los grupos sociales, podrían ejercer control sobre las actuaciones de los mismos, en caso que estas menoscaben los derechos de sus congéneres. Un claro ejemplo de ello, es la suspensión de actividades por parte de los trabajadores pertenecientes a un determinado gremio para luchar por que se respeten sus derechos laborales mediante la huelga, mecanismo reconocido por la ley vigente en la materia como es el Código del Trabajo,⁴² en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo que a la seguridad social respecta, este principio se aplica:

A las técnicas de financiación. Independientemente del enfoque adoptado para financiar la seguridad social, incluidos los regímenes de pensión (capitalización total o parcial, financiación mediante reparto, impuestos o alguna combinación de estos métodos), la financiación colectiva es indispensable para garantizar que los grupos más vulnerables tengan un acceso real a la protección social que necesitan. En principio, esto no se aplica únicamente a las categorías de bajos ingresos sino también a quienes pierden una parte sustancial de su capacidad de obtener ingresos, debido a la materialización de los riesgos sociales.⁴³

Al realizar una lectura minuciosa del criterio expresado, este principio como se dijo es utilizado para la parte económica de la seguridad social, misma que hace posible el financiamiento de las prestaciones, sin las cuales este sistema no tendría sentido alguno. Con miras a cumplir con el principio de solidaridad, el sistema de seguridad social colombiano, ha implementado mediante el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 el *fondo de solidaridad pensional*, mismo que conforma:

Una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica adscrita al Ministerio de la Protección Social, destinado a ampliar la cobertura mediante un subsidio a las

⁴² Ecuador, *Código del Trabajo*.

⁴³ Alejandro Bonilla García y Jean Victor Gruat, "Protección social: Una inversión durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible", *Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra*, noviembre de 2003, <https://www.ilo.org/public/english/protection/download/lifecycl/ciclodevida.pdf>.

cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, así como el otorgamiento de subsidios económicos para la protección de las personas en estado de indigencia o de extrema pobreza. Estos recursos son administrados en fiducia por el [Consortio Prosperar Hoy].⁴⁴

Como un ejemplo de cómo funciona la solidaridad en América Latina, se hace mención al Estado colombiano; mismo que es el encargado de consignar esta cuota de solidaridad dirigida hacia las personas de bajos recursos económicos, quienes en consecuencia no cuentan con los medios suficientes para acceder a las pensiones de la seguridad social. Con respecto al monto, este es previamente determinado con la ayuda de un censo socio económico, ejecutado por el *Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales - SISBÉN*. Mecanismo que le permite al Estado ubicar a quienes requieran de su soporte. En consecuencia, la relación *ingreso-contribución* es directamente proporcional, en virtud de que mientras mayores son los ingresos económicos de los ciudadanos menor contribución estatal y viceversa.

Es indispensable hacer un paréntesis para reflexionar que el SISBÉN en la práctica tiene problemas. En primer lugar, existen personas que teniendo la capacidad económica suficiente para contribuir al sistema de seguridad social colombiano, han ingresado a este régimen subsidiado de manera irregular,⁴⁵ lo cual de acuerdo al economista Luis Hernando Barreto, demuestra que “[...] el gasto social no se está asignando a la población más vulnerable, [además] para el analista el principal responsable de dicha situación es el Estado pues no ha hecho una buena focalización. [...]”.⁴⁶ En esta línea, se puede decir que dicho censo ha sido irresponsablemente realizado; consecuentemente, con ello se han ocupado lugares de otros ciudadanos que realmente lo necesitan.

En segundo lugar, el servicio de salud en Colombia no cuenta con los recursos necesarios para afrontar lo que en realidad significa garantizar este derecho a toda la población (régimen contributivo y régimen subsidiado). En concordancia, “[según] estudios tentativos del Ministerio de Salud, mientras en Colombia circulan recursos cercanos a los 44 billones de pesos, [...] 55 billones de pesos cuesta anualmente sostener la salud en Colombia: los médicos, los especialistas, las EPS, las clínicas, los

⁴⁴ Rodríguez, *Estudios sobre Seguridad Social*, 141-2.

⁴⁵ Sobre este tema, revisar la nota de prensa publicada, publicada en: Dinero, “¿Trampa o solución de pobreza?”, *Dinero*, 18 de mayo de 2010, 5.

⁴⁶ Sonia Diazgrana, “La problemática del SISBEN es que el Gobierno lo asume como denuncia y no como administración propia”, *LAUD Universidad Distrital Francisco José de Caldas*, 11 de octubre de 2015.

medicamentos, los pobres y los ricos, cada atención en salud.”⁴⁷ En suma, falta dinero para la construcción de más clínicas y hospitales, ampliar el número de médicos, adquirir suministros (medicinas, equipos médicos, insumos hospitalarios, etc).

En este contexto, “[...] un afiliado al Sisbén que no paga nada de salud mensualmente, [...], le recetan [...] ocho medicinas diferentes que cuestan 282.000 pesos aproximadamente al mes, lo que significa que sólo en medicamentos al año ya superó seis veces la cifra que mantenía balanceada la economía de la salud en Colombia.”⁴⁸ Para cerrar, este es un ejemplo claro del costo tan alto que significa para el Estado mantener un sistema universal.

Ahora bien, este fondo no es definitivo, lo que quiere decir que tiene cierta vigencia en el tiempo. En esta línea, “[los subsidios] otorgados por el Fondo de Solidaridad Pensional serán de naturaleza parcial y temporal. Su monto podrá ser variable por períodos y por actividad económica, teniendo en cuenta la capacidad económica de los beneficiarios y la disponibilidad de recursos del Fondo”.⁴⁹ Se tomará en consideración la situación socioeconómica de los beneficiarios, para de acuerdo a ello determinar el monto con el cual contribuirá el Estado y durará mientras la deficitaria condición económica del usuario se mantenga y extinguirá cuando sus ingresos superen una cantidad que pueda el individuo llevar una vida de calidad y satisfacer sus necesidades por sí solo.

La solidaridad permite “además lograr la refinanciación y la sostenibilidad del sistema de seguridad social integral y el sistema de la protección social”.⁵⁰ Lógicamente, la obligación de contribuir (misma que está prevista en la Constitución,⁵¹ y demás leyes correspondientes) con una cantidad mensual previamente determinada ayuda a sostener al sistema, y consecuentemente permite otorgar a los afiliados las prestaciones que por ley les corresponden.

Aterrizando a la realidad ecuatoriana, el sistema de seguridad social es *mixto*, pues logra fusionar el nivel contributivo (conformado por los aportes del trabajador y su respectivo empleador) con el nivel no contributivo, el cual al “financiarse por la vía de

⁴⁷ Caracol Radio, “El déficit de la salud en Colombia es de 11 billones de pesos al año y por eso la crisis se está ‘acumulando’”, *Caracol Radio*, 25 de septiembre de 2015, 1.

⁴⁸ *Ibíd.*, 10.

⁴⁹ Rodríguez, *Estudios sobre Seguridad Social*, 143.

⁵⁰ Cañón, “La solidaridad como fundamento del Estado”, 7.

⁵¹ Ecuador, *Constitución de la República*.

los *tributos*⁵² o impuestos genéricos expresa un principio de solidaridad ciudadana de la que la fiscalidad general, siempre que respete ciertas exigencias de reparto equitativo de las cargas y de progresividad, es su instrumento más habitual”.⁵³ Del texto se desprende algo erróneo, que es considerar a los tributos como un sinónimo del *impuesto*, siendo que el impuesto es una clasificación del tributo.

Ahora bien, en este punto vale la pena resaltar la opinión de Rodrigo Patiño Ledesma, para quien los tributos:

Además de ser medios para obtener ingresos públicos, constituyen instrumentos de política económica para hacer posible la vigencia de un sistema social y solidario, que asegure una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza [...] dirigido a disminuir los niveles de pobreza, ya que se lo considera en la norma, como el medio más eficaz y directo para redistribución del ingreso y con ello la reducción de las desigualdades sociales y económicas.⁵⁴

Al estar, los tributos revestidos de tanta importancia dentro del régimen tributario ecuatoriano, debido a que son mecanismos fundamentales para que el Estado se financie, obtenga recursos y de esa manera le sea posible volver reales las expectativas de la población, se vuelven imprescindibles los *mecanismos de control*. Este criterio incorpora el Estado mexicano a su realidad, en lo que a la seguridad social respecta, al considerar que:

La conveniencia de los actuales esquemas de causación, pago y fiscalización de las cuotas obrero patronales particularmente sobre la legitimidad de la contribución que presenta y la autoridad que la administra en la recuperación y destino de los fondos de la seguridad social, ya que en una economía en la que se reconocen los derechos sociales de las bases generadoras de la riqueza, se debe buscar garantizar su subsistencia en lo público, a fin de crear un ambiente que permita la efectividad de una seguridad social.⁵⁵

Por otro lado, en lo que respecta al nivel contributivo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de una de las obligaciones laborales y es que todos los empleadores deberán afiliar a sus trabajadores

⁵² Se aclara que en el segundo capítulo se incorporará al análisis, el debate acerca de la naturaleza de las contribuciones a la seguridad social.

⁵³ Santiago González Ortega et al., *La Articulación de un Sistema de Seguridad Social* (Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015), 13. Énfasis añadido.

⁵⁴ Rodrigo Patiño Ledesma, “Estado de derechos: Seguridad jurídica y principios constitucionales en el régimen tributario ecuatoriano”, en *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, ed. José Vicente Troya y Fausto Murillo Fierro (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 11.

⁵⁵ Edgar Barreto Rodríguez, “La necesidad de una reforma tributaria de la Seguridad Social frente a su paradigma de origen y los retos que enfrenta”, en *Derecho Laboral y de la Seguridad Social*, coord. Luis Manuel Díaz y Álvaro Altamirano (Ciudad de México: Editorial Porrúa / Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012), 459.

a la seguridad social desde el primer día de labores (Claro está que con ello se hace referencia a la afiliación bajo relación de dependencia, debido a que también están los afiliados voluntarios y los trabajadores independientes). Esta obligación, implica el pago de los aportes tanto patronales cuanto personales (aquellos que serán descontados del rol de pagos máximo hasta el mes subsiguiente del período). Caso contrario, de no hacerlo el empleador asumirá estos valores sin derecho a reembolso.

Tal como lo confirma la Ley de seguridad social, aquella que en su artículo 83 señala que “[...] 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”.⁵⁶

Ahora, en caso de que no se hayan registrado dichos rubros en la planilla de aportes, el IESS establece al empleador mora patronal, cuyos valores generados podrán ser cancelados a través de: glosa, títulos de crédito, plazo administrativo, convenio de purga de mora (con garantía hipotecaria), con el correspondiente proceso de recaudación, contemplado en la normativa pertinente.

La fuerza del principio de solidaridad, se desprende tanto de la Constitución como de la Ley de seguridad social. Disposición que en el inciso tercero de su artículo 1, señala que tanto la estructura como la actividad del seguro general obligatorio deberá guiarse entre otros por este principio, al cual define como “la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del [seguro general obligatorio].”⁵⁷

Por lo manifestado, es posible concluir que el principio de solidaridad, ya no es únicamente un deber moral a decisión de las personas, sino todo lo contrario, una obligación contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. En la seguridad social, como se verá más adelante, todos los ciudadanos tenemos la obligación de contribuir a su manutención.

Por último, “el ser humano tiene derechos y deberes con la sociedad. La solidaridad permite que las personas puedan afrontar las contingencias, sin distinción de edad, género, religión, educación y nacionalidad”.⁵⁸ Este principio podría lograr una

⁵⁶ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 83.

⁵⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 1.

⁵⁸ Proaño, *Seguridad Social*, 59.

igualdad de oportunidades para toda la población, siempre y cuando, tanto los ciudadanos como el Estado contribuyan al sistema, estando acompañado de una transparencia y responsabilidad en el manejo de los recursos.

3. Principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, significa que “[...] el Estado debe asumir su responsabilidad frente a los programas de la seguridad social, pero al mismo tiempo los sujetos beneficiarios de la seguridad social deben asumir la obligación de observar las prescripciones y atender las responsabilidades que les otorga el sistema”.⁵⁹ Lo cual quiere decir, que la responsabilidad es conjunta y recae tanto sobre el Estado, como sobre la población asegurada, misma que ya no es solo mirada como sujeto de derechos, sino también de obligaciones, tales como: estar al día en el pago de aportes, observar los requisitos para cada una de las prestaciones, presentar la documentación requerida para cada trámite, en el caso de haber solicitado préstamos hipotecarios o quirografarios, cancelar las cuotas respectivas, etc, impuestas por el sistema de seguridad social.

Respecto de este principio, la Ley de seguridad social en su artículo 1, indica que “[...] es el auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados”.⁶⁰ Al analizarse con detalle esta disposición, es evidente que se trata de la esencia del principio de solidaridad trasladada al Estado. Esta definición además sirve de complemento a lo planteado por Proaño, en el sentido de que visibiliza la responsabilidad del Estado frente a la seguridad social y a los afiliados. Sin embargo, este principio no se aplica del todo, un ejemplo de ello es el caso del nivel alto en la afiliación al trabajo no remunerado del hogar, en el cual la totalidad del aporte es asumido por la unidad económica familiar.

Al respecto de este principio, Tomás Jordán evidencia un problema práctico y es que este “[...] no puede ser aplicado en materia de derechos sociales, donde el bien jurídico componente del derecho no es un bien meramente económico (puede tener una mirada económica), sino un bien jurídico eminentemente social [...]”.⁶¹ No concuerdo

⁵⁹ *Ibíd.*, 63.

⁶⁰ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 1.

⁶¹ Tomás Jordán, “El principio de contribución constitucional y la abrogación el principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales”, en *Estudios de Derecho Público: El*

con el pensamiento del autor, en virtud de que si bien el tinte del derecho a la seguridad social, es valga la redundancia, social, su finalidad es la de amparar a la población registrada en el sistema ante cualquier riesgo o contingencia social que se pueda presentar a lo largo de su existencia, cuando la misma carezca de los recursos suficientes para afrontarlos por sí sola, a través de las prestaciones. No obstante, el elemento indispensable para su plena materialización y que este no sea desatendido, son los recursos, mismos que sí recaen en el ámbito económico y financiero.

Al contrario, su aplicación es vital, ya que el principio de subsidiariedad es el resultado inmediato de la dignidad humana. En esta línea, hace factible colocar al Estado y a todos los poderes públicos que actúan por él, al servicio ineludible del ser humano.⁶² En otras palabras, es un principio que viabiliza las necesidades de los ciudadanos, vinculándolos con quien puede hacerlas efectivas, es decir, con el poder estatal. En suma, obliga al Estado y a todos los poderes a mantenerse siempre pendientes y con la lógica de servicio a la sociedad.

Con base a lo expuesto, tanto la subsidiariedad como la solidaridad, deben ser acatados de manera obligatoria por la sociedad con base a una noción de altruismo y el Estado como garante del bienestar de la población, ya que estas “no son recomendaciones o meros consejos dirigidos a la ciudadanía; tampoco son directrices únicamente vinculantes para el Estado”.⁶³ De modo que, a pesar de ser únicamente principios o mandatos de optimización, se vuelven obligatorios tanto para el Estado (servidores públicos) como para el conjunto de la sociedad (particulares), quienes coadyuvarán a la cristalización del derecho a la seguridad social y más derechos sociales.

Sin embargo, está por demás decir que este y todo servicio público, debe satisfacer de la mejor manera las necesidades de los individuos, quienes han depositado sus esperanzas en el Estado. Por lo tanto, no será ejecutado únicamente por cumplir, ni como una mera retórica, sino realmente tendrán que lograr el buen vivir y la dignidad de los seres humanos.

principio de separación de poderes, coord. Juan Carlos Ferrada Bórquez (Chile: Abeledo Perrot / Thomson Reuters, 2011), 562.

⁶² Véase en: Orlando Vignolo Cueva, “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano”, en *Teoría de los Servicios Públicos*, coord. Orlando Vignolo Cueva (Perú: Grijley / Estratégica, 2009), 145.

⁶³ Muñoz, Principios rectores del orden social, 248.

4. El principio de igualdad en el marco de la seguridad social

La igualdad en términos generales, es el “principio que reconoce la equiparación de todos los ciudadanos en derechos y obligaciones”.⁶⁴ Se entiende a la igualdad entre individuos que conforman una sociedad ya no como un valor, sino que es elevada a la categoría de principio. En otras palabras, no queda en la discrecionalidad de los gobernantes de turno, sino que debe obligatoriamente ser respetado por todos y cada uno de sus miembros, en pro del bienestar del conglomerado social.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano otorga un doble tratamiento a la igualdad. Lo cual significa que no solo se le considera un *principio* sino también tiene la calidad de *derecho*, del cual todos los ciudadanos deben gozar sin importar su condición y que el Estado tiene el deber de garantizar, mismo que consta tanto en la Constitución de la República,⁶⁵ como en tratados internacionales de derechos humanos y sobre el cual se profundizará con posterioridad.

A este principio, el jurista Rafael Rodríguez Mesa lo denomina *principio de igualdad de beneficios*, el cual “consagra la regla de que todos los miembros de la sociedad deben recibir por igual los beneficios del sistema de seguridad social, independientemente del monto respectivo de sus aportes”.⁶⁶ Al examinar este criterio, es posible asimilarlo al *principio de igualdad y no discriminación* reconocido por la norma suprema, desde luego desde la óptica especializada de la seguridad social. En el sentido de que todos los afiliados deben estar protegidos por todas las contingencias establecidas por la Ley de seguridad social,⁶⁷ independientemente del monto económico de sus aportaciones.

Como se observa, en principio no existiría razón válida que justifique el trato diferenciado⁶⁸ a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar en comparación con los demás afiliados al IESS, quienes de alguna manera poseen recursos económicos mayores, debido a que cuentan con una cantidad determinada de ingresos.

⁶⁴ España Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, *Real Academia Española*, accedido 20 de septiembre de 2018, *igualdad* <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.

⁶⁵ Ecuador, *Constitución de la República*.

⁶⁶ Rodríguez, *Estudios sobre Seguridad Social*, 40.

⁶⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

⁶⁸ Sin embargo, existe jurisprudencia que justifica un trato diferenciado, siempre que este sea legítimo, en otras palabras, no discrimine. En este caso, es razonable este trato diferente con respecto a los demás trabajadores, debido a que se trata de una persona que por su condición de salud ha sido históricamente discriminada, y además pertenece a un grupo de atención prioritaria. Véase en: Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia”, en *Caso n.º 0445-11-EP*, 09 de octubre de 2013, 28 y ss.

Mientras que en el caso de este grupo de la población, al no ser su trabajo objeto de valoración económica dependen de la *unidad económica familiar y el subsidio del gobierno central*, volviéndoles vulnerables al momento del reconocimiento de derechos.

Iván Obando Camino, apoyándose en el pensamiento de Antonio Grzetich, contribuye al debate al explicar que el principio de igualdad se manifiesta en sentido sustancial y no sustancial. De acuerdo con el primero, el monto de las prestaciones tiene que ser similar, sin tener en cuenta la contingencia ni el beneficiario; mientras que para el segundo, la población deberá recibir iguales prestaciones ante semejantes contingencias sociales.⁶⁹

En otras palabras, a pesar de la diferencia en cuanto al monto recibido y en consecuencia a la capacidad de aportar a la seguridad social, toda la población tiene derecho a las mismas prestaciones ante idénticas contingencias sociales, en tanto que, no se debe limitar su acceso basándose en su condición laboral, ni situación socioeconómica.

4.1. Igualdad formal y material: Tensiones evidentes

De la afirmación que se planteó, se desprende lo que se tratará en esta parte de la investigación, es decir, la igualdad formal y material. En este contexto, la igualdad formal plantea que todas las personas deben, por parte no solo de la ley, sino del ordenamiento jurídico en general, recibir un tratamiento semejante y lo resume en la frase *tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes*.⁷⁰

Es evidente que la igualdad formal es ciega ante la diversidad, debido a que encaja a todos los seres humanos dentro de un mismo esquema. Al respecto, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se refiere al principio de igualdad y en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República, dispone que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.⁷¹ Está clara, una manifestación de la igualdad en su sentido formal.

Roberto Saba, en relación a lo dispuesto por la norma suprema, plantea que:

⁶⁹ Véase en: Iván Obando Camino, “El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: Un continente en busca de su contenido”, *Revista Estudios Constitucionales* 10, n. ° 1 (2012): 294, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258008>.

⁷⁰ Véase en: Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 72. Énfasis añadido.

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11.

Se viola el principio de igualdad de trato ante la ley siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad, que supone que algunas categorías –las sospechosas- *a priori* no pueden superar. Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra.⁷²

De acuerdo con Saba, se contraviene el principio de igualdad cuando se da un tratamiento diferenciado a las personas y este no logra superar el *test de razonabilidad*,⁷³ el cual sería entonces, arbitrario e ilegítimo. Considera además que esta visión sobre la igualdad es egocéntrica e individualista en virtud de que no toma en consideración la realidad del grupo al que pertenece la persona involucrada.

Por otro lado, la igualdad material “introduce un análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona”.⁷⁴ Aquella que no generaliza, al realizar un estudio de cada ciudadano desde su individualidad, tomando en consideración que la realidad de uno no es igual a la de quienes lo rodean. En otros términos, separa siempre cada escenario.

En concordancia Pietro Sanchis, afirma:

Los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.⁷⁵

Sin embargo, las labores de auto sustento y cuidado humano que se realizan en los hogares, forma de trabajo que se ejecuta en condiciones diferentes (la jornada laboral es superior a la establecida en el Código del Trabajo.⁷⁶ En virtud de que *tales actividades se cumplen las veinte y cuatro horas del día, durante los siete días de la semana, de los trescientos sesenta y cinco días del año*, sin tener derecho a vacaciones. Tanto es así que en este caso tampoco está presente la contra prestación (trabajo-sueldo o salario), sino únicamente la satisfacción moral del deber cumplido para con los suyos sin retribución alguna). De este modo, no se evidencian las características del esquema tradicional de

⁷² Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 1.ª ed. (Buenos Aires / Siglo Veintiuno Editores, 2016), 50.

⁷³ Con este término, me refiero a “[...] un tamiz que permite distinguir los tratos iguales o diferentes que son conformes a la Constitución, de los tratos iguales o diferentes que son discriminatorios y, por tanto, inconstitucionales. [...]”. Véase en: César Augusto Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de justicia constitucional: Balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional el año de la consolidación*, coord. Manuel José Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez (Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes / Siglo del Hombre Editores, 1998), 271.

⁷⁴ *Ibíd.*, 72.

⁷⁵ Luis Prieto Sanchis, *Los derechos sociales*, 105.

⁷⁶ Ecuador, *Código del Trabajo*.

una relación laboral, siendo invisibilizada por mucho tiempo y alejada de la esfera jurídica.

A pesar de que estas actividades de cuidado ejecutadas en los hogares no son remuneradas, aportan a la economía del país, escenario que es medido por el PIB (producto interno bruto). Con base a las *cuentas satélite del trabajo no remunerado de los hogares 2007-2013*, en el año 2013 “[el valor agregado bruto] (VAB) del Trabajo no Remunerado (TNR) con respecto al PIB fue de 14.41 % (13.659.596 miles de dólares) [...]”.⁷⁷ Seguido de otras industrias o actividades económicas que también coadyuvan al desarrollo de la nación.

Cabe recalcar, que el contenido de la normativa en materia laboral, que en el Ecuador es el Código del Trabajo,⁷⁸ fue redactado pensando en lo tradicional de una relación laboral (empleador y trabajador), en virtud de que regulaban derechos y obligaciones de las partes. Por ejemplo: En el caso de que un trabajador labore más de las ocho horas diarias que dispone la ley, aquella permite que exija a su empleador el pago de jornadas extraordinarias, suplementarias y nocturnas. Ante la ausencia de un empleador, sería una utopía pensar que este cuerpo legal se adapte y regule las condiciones laborales del trabajo no remunerado del hogar (como una jornada máxima de trabajo y otra de descanso obligatorio).

Haciendo una pausa, la realidad que vive este grupo de afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *al no acceder a todas las prestaciones del seguro general obligatorio, que se garantiza al resto de la población asegurada*,⁷⁹ se la puede asimilar a la condición del famoso *Calibán* quien “también es una elaboración extraña, aunque esta vez lo sea a partir de nuestras concretas realidades”.⁸⁰ Este personaje nombrado en la obra de Fernández Retamar, es *discriminado* por la sociedad hegemónica en la cual se desarrollaba su vida. Que en el caso de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, la sociedad no acostumbrada a ver más allá de lo pre establecido,

⁷⁷Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Cuentas Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares 2007-2013* (Quito: INEC, 2013), 24.

⁷⁸ Ecuador, *Código del Trabajo*.

⁷⁹ Estando protegidas “[...] contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente total y absoluta, incluido auxilio de funerales y lo que determine la Ley de seguridad social. El Ministerio de Salud Pública otorgará la atención de salud a este grupo de afiliados. [...]”. Véase en: Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 516*, Registro Oficial 687, Edición Especial, 15 de agosto de 2016, art. 65. Sin embargo, hago hincapié en que este grupo de la población afiliada, no está amparado frente a las contingencias de: maternidad y riesgos del trabajo; pudiendo cotizar en forma voluntaria para la cesantía.

⁸⁰ Roberto Fernández Retamar, *Calibán: Apuntes sobre la cultura en nuestra América* (Ciudad de México: Diógenes, 1972), 34.

es decir, del clásico derecho del trabajo considerando un no-derecho a las actividades que no cumplen los referidos requisitos.

En este sentido, cuando el derecho no es la vía que propicia el cambio sino todo lo contrario genera desigualdad, el camino hacia la transformación de esta inequitativa realidad recae en la sociedad organizada. Cabe recalcar, que no se podrá olvidar ni dejar atrás dicho escenario que se cuestiona y desea cambiar, ya que “ninguna praxis puede ahorrarse tener que luchar para superar la inercia propia de las condiciones heredadas del pasado, ninguna puede imaginarse crear lo absolutamente nuevo”.⁸¹ Como dato de interés, las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar no se encuentran organizadas. En otras palabras, no se han unido ni conformado un movimiento para hacerse escuchar y exigir al Estado la garantía de los derechos, que por ciudadanos les corresponden.

Para continuar con la investigación se debe tocar un tema relevante, y es que la Constitución de la República del Ecuador⁸² de octubre del 2008, en su articulado hace posible la presencia y aplicación de las famosas medidas de *acción afirmativa*.⁸³ Esta figura de derecho constitucional está dirigida a mejorar las condiciones de grupos que han sido históricamente discriminados. Por ejemplo: las mujeres, a quienes se les ha limitado su acceso al mundo laboral; o si han podido acceder a este, ha sido en desigualdad de condiciones en comparación con los hombres: Reservándose para ellas cierto tipo de empleos, pagándoles una remuneración inferior, peor aún, limitando su contratación y despidiéndolas por el embarazo. Cabe recalcar que por la falta de oportunidades, este sector de la colectividad humana se ha visto orillado a permanecer en sus hogares, realizando labores de limpieza, cuidado de sus hijos, alimentación, etc. Otro caso de discriminación es el resultado del racismo, aquel que basado en la raza—en el color de piel, ha coartado el ímpetu de superación de estas personas. En este contexto, se les ha otorgado un trato preferente.

Para mayor comprensión, se citará un ejemplo que se puede aplicar a cualquier situación de discriminación. “[Parece] razonable mantener que se da un trato preferencial cuando se contrata a un negro sobre un blanco más cualificado porque los negros como

⁸¹ Christian Laval y Pierre Dardot, “La praxis instituyente”, en *Común: Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, ed. Gedisa Editorial (Barcelona: Gedisa Editorial, 2015), 498.

⁸² Ecuador, *Constitución de la República*.

⁸³ Son “[...] aquellas políticas destinadas a mejorar la inclusión y participación de la mujer y/o grupos que han sufrido exclusión y discriminación de manera sistemática y persistente por largos períodos de tiempo [...]”. Véase en: Rodolfo Figueroa, “Acción afirmativa en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2 (2016): 403, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177048407003>.

grupo están infrarrepresentados en la fuerza laboral o porque los negros como grupo han sido discriminados en el pasado. [...]”.⁸⁴ No obstante, el afrodescendiente, discapacitado, o la mujer, no han sido tomados en consideración para un trabajo, tan solo por su condición física o su género, sino todo lo contrario, se les ha relegado por pertenecer a un grupo que desde hace mucho tiempo atrás ha sido socialmente segregado o excluido.

Dentro de las acciones afirmativas, la doctrina ha incorporado el concepto de *cuota*, aquella que “[...] puede requerir la asignación de un número o de un porcentaje fijo de los bienes a los cuales se aplica esto a los miembros de cierto grupo. Por ejemplo, una cuota puede requerir que diez lugares o diez por ciento de los lugares en la generación entrante de una escuela de medicina puedan reservarse a los negros. [...]”.⁸⁵ En definitiva, se trata de un número de lugares reservados estrictamente para estas personas. Un claro ejemplo de esto es la inclusión laboral de personas con discapacidad previsto por la Ley orgánica de discapacidades, aquella que en su artículo 47, señala que “La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco (25) trabajadores está obligado a contratar, un mínimo de cuatro por ciento (4 %) de personas con discapacidad, en labores [...] apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales [...]”.⁸⁶ A decir de la norma, la persona jurídica (empresa pública o privada) que tenga en su nómina 25 o más trabajadores, deberá por obligación legal contratar un mínimo de 4 % de personas con discapacidad, ubicándoles conforme a sus destrezas y conocimientos.

En esta línea, es un trato diferenciado, que no vulnera el principio de igualdad, ya que “[...] [no] constituyen discriminación los tratos diferentes que sean razonables y necesarios precisamente para lograr igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados [...]”.⁸⁷ Al contrario, la discriminación positiva a favor de estos grupos sojuzgados, coadyuva a lograr la tan anhelada igualdad entre particulares. Claro está también que esta medida no debe ser aplicada de manera general, sin antes un análisis de la situación de cada persona.

⁸⁴ Michel Rosenfeld, “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas”, en *Acciones afirmativas*, coord. Mario Santiago Juárez (Ciudad de México: CONAPRED, 2011), 56.

⁸⁵ *Ibíd.*, 57-8

⁸⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Registro Oficial 796, Suplemento, 25 de septiembre de 2012, art. 47.

⁸⁷ Judith Salgado Álvarez, “Discriminación y acciones afirmativas”, en *Del dicho al hecho: Sistematización del proceso de reflexión en torno a la situación del pueblo afro ecuatoriano y la aplicación del derecho a la igualdad*, ed. CODAE (Quito: CODAE, 2010), 24.

Para cerrar, es necesario aclarar el fragmento antepuesto, ya que podría generar confusiones en la medida en que pensarían que el reconocimiento constitucional de las labores de auto sustento y cuidado humano como una forma de trabajo es una medida de acción afirmativa, en pro de la igualdad de este grupo, en lo que a derechos respecta. Sin embargo, considero que este avance más bien respondería al cumplimiento de un principio previamente establecido en el ordenamiento jurídico vigente, como es el *principio de universalidad*, el cual será abordado con la debida profundidad conforme avance el presente estudio.

4.2. Prohibición de discriminación

Para entender el contexto en el que se desarrolla y lo que abarca esta proscripción, es preciso conceptualizar el término alrededor del cual gira este punto y es la *discriminación*. Al respecto, el autor mexicano Jesús Rodríguez Zepeda enseña que:

La discriminación puede ser definida como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja innecesaria, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.⁸⁸

El medio ambiente en el que se desenvuelve nuestra vida, está lleno de estereotipos negativos que oscurecen la convivencia humana, aquellos que han sido impuestos por la cultura misma. La discriminación es una conducta que no suma sino todo lo contrario, separa, excluye, invisibiliza, limita el progreso y el desarrollo de cierta persona o grupo de personas (colectivo), simplemente por reunir características distintas a las que la sociedad considera como *normales*. Escenario que tiene su origen en los *prejuicios* que miran únicamente lo aparente, lo que está a simple vista.

En correspondencia José Nun, se pronuncia y respalda este razonamiento diciendo que “todo el tiempo estamos ‘viendo’ interpretaciones. Un conservador, por ejemplo, suele ver en un desocupado a un holgazán y un socialista, a alguien que necesita ayuda y

⁸⁸ Jesús Rodríguez Zepeda, “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?”, en *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y CONAPRED (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / CONAPRED, 2007), 67.

protección”.⁸⁹ En nuestra sociedad se tiende a mirar a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar como sujetos que necesitan asistencia estatal, caridad pública por su falta de recursos económicos seguros. Lo cual, no es así, ya que la seguridad social es un derecho no una dádiva ni limosna.

Claro está que el ordenamiento jurídico de varios países en el mundo, han incluido esta prohibición en sus respectivas constituciones. Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador del 2008, contempla que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.⁹⁰

Cabe recalcar, que la disposición constitucional contempla una lista no taxativa de criterios por los cuales ninguna persona, ya sea esta nacional o extranjera puede ser sujeto de un tratamiento discriminatorio, arbitrario y que menoscabe el goce o ejercicio de sus derechos constitucionales. A estos criterios, Roberto Saba los conoce como *categorías sospechosas*.

El Estado como responsable de la prosperidad de la ciudadanía, debe procurar y velar por que las entidades públicas mantengan un equilibrio en cuanto a derechos respecta. Si bien es cierto, no deben ser totalmente ciegos, ni desconocer las diversidades y grupos que a lo largo de la historia han sido discriminados, tampoco deben basándose en los criterios indicados establecer tratamientos no razonables y arbitrarios a la población. En virtud de ello, en caso de que los servidores públicos perpetúen un acto de discriminación en contra de los individuos, el Estado responderá por los daños (materiales e inmateriales) causados a los ciudadanos, con una reparación integral.

Posterior a la investigación respectiva, el Estado deberá determinar la responsabilidad del funcionario que cometió dicho acto violatorio de derechos en contra de él denunciante-afectado. En efecto, le establecerá la sanción correspondiente de acuerdo a la ley. Esta figura en el derecho administrativo se conoce como *derecho de*

⁸⁹ José Nun, “El sentido común y la construcción discursiva de lo social”, en *Culturas políticas y políticas culturales*, comp. Alejandro Grimson (Buenos Aires: Ediciones Bol Cono Sur / Fundación de Altos Estudios Sociales / Clacso, 2014), 15.

⁹⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11.

repetición (el Estado responde y luego repite contra el servidor que ha actuado indebidamente).

Esta protección al ser humano en su condición de igual ha traspasado las fronteras del territorio nacional y al respecto la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Declaración universal de los derechos humanos, en su artículo 7 señala que “todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.⁹¹

En razón del contenido de esta disposición, los seres humanos por formar parte de una sociedad determinada sin importar sus características físicas, condición socioeconómica, cultura, etc. Están protegidos a nivel tanto nacional como internacional contra todo acto privado, normativa, decisión judicial, acto administrativo, política pública, que discrimine o atente contra sus derechos y que, por lo tanto, contravenga la misma. Además añade un criterio a considerar en caso de discriminación y es la defensa de la organización internacional ante cualquier *provocación*, aquella que es cuestionable, ya que ¿Cuándo un individuo incita a la producción de un hecho discriminatorio en su propia contra?, pero si puede estimularlo para perjudicar a otros.

Miguel Carbonell construye su pensamiento con base al de Francisco Laporta, quien considera que existen ciertos criterios con base a los cuales es permitido un tratamiento diferenciado, entre ellos, el más trascendente y que aportará a este estudio, es el siguiente:

A) *Principio de satisfacción de las necesidades.* De acuerdo con este principio, estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tiene una necesidad que satisfacer y no darle ese mismo tratamiento a quien no tenga esa necesidad. El problema en este caso sería determinar el concepto mismo de necesidad. Para algunos autores, una necesidad se produce cuando en ausencia de lo necesitado resentimos un daño en alguno de nuestros derechos o en la posibilidad de llevar adelante nuestros planes de vida; otros, sin embargo, consideran que hay que distinguir entre “necesidades básicas”, que serían aquellas que son requisitos para realizar cualquier plan de vida (por ejemplo, la vida, la salud, la alimentación, la vivienda, puesto que son bienes sin los cuales nadie podría realizar prácticamente ningún plan de vida), y las necesidades aparentes o personales, que serían las que requiere una persona para llevar a cabo un determinado plan de vida (por ejemplo, tener una casa grande, viajar, fumar, etcétera).⁹²

En definitiva, en el caso específico de las personas que realizan en sus hogares labores relacionadas con el cuidado de la familia, sería válido que el Estado tomando en

⁹¹ ONU Asamblea General, *Declaración Universal*, art. 7.

⁹² Miguel Carbonell, “Igualdad y Constitución”, en *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y CONAPRED (Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / CONAPRED, 2007), 24.

cuenta su carencia de una renta o ingreso mensual, semanal o quincenal que le permita su subsistencia y la de su entorno más cercano, le brinde un tratamiento preferencial al reconocerle y facilitar el acceso a dos derechos imprescindibles para su desarrollo y dignidad, como son el derecho al trabajo y la seguridad social.

En este sentido, el Estado ecuatoriano con la Constitución del 2008⁹³ intentó adecuarse a lo planteado y reconocer por primera vez a las labores de auto sustento y cuidado humano como una forma de trabajo. Cabe recalcar, que en la práctica no lo ha logrado en su totalidad, dado que el complemento ineludible del derecho al trabajo es el reconocimiento pleno del derecho a la seguridad social. Asimismo, por problemas en el manejo de los recursos estatales y normativa infra constitucional contraria a los preceptos de la norma suprema, este no ha alcanzado su plenitud en el caso de este sector de la población afiliada.

5. Principio de universalidad

A manera de inicio, “este principio consiste en amparar a todos los seres humanos, sin excepción, como integrantes de la comunidad, quienes tienen derecho a la protección desde su nacimiento hasta su muerte. Busca la cobertura de todos los riesgos y contingencias sociales para toda la población”.⁹⁴ El autor trae a colación una idea innovadora que refuerza la esencia de la *universalidad*, en el sentido de que ve a la población como un conjunto íntegro, cuyos miembros estarán protegidos desde el momento de su nacimiento, criterio que ya fue oportunamente explicado.

Ahora alcanza la protección hasta el deceso del beneficiario, entendiéndose que entonces se encuentra protegido su grupo familiar (incluyendo por lo tanto al cónyuge superviviente, conviviente con derecho mediante una unión libre y monogámica por más de dos años, padres dependientes e hijos hasta los dieciocho años o de forma vitalicia en caso de tener alguna discapacidad que le impida sobrevivir por sí mismo). En este sentido, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social otorga a estas personas, al fallecer el titular una cantidad mensual para su supervivencia, la cual es conocida como *pensión de*

⁹³ Ecuador, *Constitución de la República*.

⁹⁴ Rodríguez, *Estudios sobre Seguridad Social*, 39.

montepío.⁹⁵ Prestación que de acuerdo con normativa del IESS tiene requisitos y causales para su extinción, así como también tienen derecho al auxilio de funerales.

A más de estas prestaciones, con excepción del afiliado cesante o jubilado, los deudos en el caso de que el afiliado fallecido haya estado activo, recibirán: fondos de reserva siempre y cuando el afiliado hubiese acumulado en el IESS, la cesantía que constituye derecho hereditario, misma que es cobrada como si fuese una herencia en proporción a la calificación que se le haga tanto a la esposa(o) como a los hijos (quienes pueden ser bajo matrimonio o no). Esta particularidad, es en razón de que se presume que estos rubros fueron retirados por el afiliado cuando accedió a la prestación de la jubilación.

Santiago González y Susana Barcelón, acorde a la realidad española dan un significado diferente a este principio, ampliándolo en su interpretación, en el sentido de que no solo los ciudadanos españoles por tener tal calidad están protegidos por el sistema de seguridad social, dejando a un lado a quienes no son ciudadanos, debido a que ellos también están amparados por la seguridad social.⁹⁶ En la práctica, el sistema de seguridad social español para brindar la protección, distingue entre inmigrantes regulares e irregulares; aquí es donde se vuelve fundamental hacer hincapié en que para que los extranjeros accedan al “[...] *nivel contributivo* de la [seguridad social, deben] encontrarse en situación regular en España [...]”,⁹⁷ lo cual es lógico, en razón de que deberán acreditar un determinado número de aportes para estar protegidos ante cada una de las contingencias o riesgos sociales cubiertos por el sistema.

Otra es la situación de los *inmigrantes irregulares* en España, debido a que en cuanto a las contingencias relacionadas con el trabajo, “[...] puede afirmarse que los extranjeros en situación irregular quedan protegidos por el [sistema español de seguridad social], aunque carezcan de la autorización para trabajar. [...]”⁹⁸ En definitiva, la seguridad social en dicho país, hace una excepción y en lo que a los *incidentes laborales*

⁹⁵ Se entenderá, que es el “depósito de dinero, formado ordinariamente de los descuentos hechos a los individuos de una corporación, o de otras contribuciones, para socorrer a sus viudas y huérfanos.” Véase en: Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, accedido 24 de septiembre de 2018, *montepío* <http://dle.rae.es/?id=PjrAw3G>.

⁹⁶ Véase en: Santiago González y Susana Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 80.

⁹⁷ Fuencisla Rubio Velasco, “Los derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes irregulares en España” (tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016), 334, <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/36666/TESIS%20DOCTORAL%20DERECHOS%20LABORALES%20Y%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20DE%20T.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Énfasis añadido.

⁹⁸ *Ibíd.*

respecta, ampara también a quienes no han obtenido la residencia, ni el permiso legal para llevar una vida productiva; basando su actuar en una lógica de cooperación internacional.

Para concluir con esta parte del análisis, cabe recalcar que en lo relativo a la salud, actualmente “[...] [los] *inmigrantes en situación irregular* tendrán derecho a la asistencia sanitaria en iguales condiciones que los españoles sin tener que justificar su residencia en España, si los servicios sociales constatan que su país no puede abonar esta cobertura [...]”.⁹⁹ En otras palabras, la atención médica es ya un servicio universal, al cual puede acceder todo ser humano, ya sea este español o residente (regular e irregular), siempre y cuando previamente se verifique, que el país de origen no cuenta con las posibilidades económicas para afrontar tal cobertura.

Retomando la idea central de este acápite, Marco Proaño Maya considera que “el alto significado del principio de universalidad consiste en alcanzar la protección de toda la población contra todos los riesgos y contingencias sociales”.¹⁰⁰ No se concuerda con el planteamiento, debido a que este principio que rige la seguridad social, alcanza su máxima expresión no solo cuando la protección abarca a toda la población contra todas las contingencias que se presenten a lo largo de la vida del ciudadano-afiliado, sino sobre todo cuando el sistema viabiliza que la seguridad social, sea una real *garantía de iguales oportunidades*.

Lo expresado, lo confirma la Ley de seguridad social, a través del quinto inciso de su artículo 1, mismo que dispone que la “universalidad es la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del seguro general obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos”.¹⁰¹

Del contenido de la normativa vigente en materia de seguridad social, se desprende una similitud con la finalidad que persigue el principio de igualdad y no discriminación, que es justamente brindar una protección análoga a la ciudadanía sin importar sus condiciones, sin menoscabar sus derechos, en virtud de que goza de la calidad de ser humano.

Como ya se dijo, la normativa española tiene un concepto distinto de universalidad y es que “todos los ciudadanos (y también los residentes en el país) tienen

⁹⁹ Javier Tovar, “Los inmigrantes irregulares recuperan la misma sanidad que los españoles”, *EFE Salud*, 17 de julio de 2018, 1. Énfasis añadido.

¹⁰⁰ Proaño, *Seguridad Social*, 58.

¹⁰¹ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 1.

derecho a ser protegidos en alguna manera frente a las situaciones de necesidad en que pudieran venir a encontrarse”.¹⁰² En otras palabras, esta legislación contiene un significado más amplio del término universalidad, *reconociendo no solo a todos los ciudadanos españoles, sino también a quienes sin serlo residen en dicho país*, el derecho a estar amparados ante situaciones adversas y de necesidad que se presenten en su vida. Bajo este contexto, es necesario resaltar que la Constitución de la República del Ecuador del 2008¹⁰³ tiene un amplio concepto de ciudadanía y no hace distinción alguna entre nacionales y extranjeros, considerándolos iguales en derechos. En esta línea, el IESS funciona de una manera similar a este país del continente europeo, e incorpora a los extranjeros dentro del sistema de seguridad social, en calidad de afiliados.

Tan es así, que con la finalidad de proteger a los ecuatorianos en el mundo, el gobierno nacional en materia de seguridad social, ha suscrito convenios con distintos países, entre ellos España. En cuanto a la prestación de jubilación, el ciudadano (pudiendo ser este español o ecuatoriano) que tiene aportes en España y en Ecuador, el trabajo cumplido en los dos países sirve para sumar el derecho a la prestación. Ejemplo, si un ciudadano tiene sesenta años y ha trabajado veinte años en Ecuador y diez años en España accede a la jubilación. En este sentido, el Ecuador al igual que España, pagarán al afiliado la proporcionalidad de la jubilación por el período cotizado.

Continuando con el análisis, “la universalización de la seguridad social debe entenderse, como la vigencia de un derecho social básico garantizado por el Estado”.¹⁰⁴ Al contrario, el Estado en su tarea de garantizar el bienestar de los ciudadanos y como ejecutor del famoso principio que inspira nuestro ordenamiento jurídico, haciendo con ello mención al *sumak kawsay o buen vivir*, debe custodiar que tanto la normativa como las instituciones públicas hagan posible un pleno y efectivo goce de los derechos consagrados en la norma suprema y en los tratados internacionales de derechos humanos, sin distinción alguna. En razón de que todos los derechos son jerárquicamente iguales e importantes en la vida de un ser humano.

Dicha obligación estatal, alcanza rango constitucional, en virtud de que la Constitución de la República, en su artículo 3 numeral 1, prevé como una de las obligaciones básicas y esenciales del Estado “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos

¹⁰² González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 81.

¹⁰³ Ecuador, *Constitución de la República*.

¹⁰⁴ Proaño, *Seguridad Social*, 58.

internacionales, en particular la salud, la alimentación, seguridad social y el agua para sus habitantes”.¹⁰⁵

Tal como se desprende de la disposición constitucional, el Estado no se esforzará por garantizar únicamente a la población un mínimo, básico y limitado derecho a la seguridad social. Al contrario, destinará el máximo de sus recursos económicos para financiar: infraestructura necesaria, contratar personal apropiadamente capacitado e idóneo para brindar a la ciudadanía un servicio de calidad y calidez, estando siempre dispuestos a colaborar con las necesidades de los usuarios, con el fin de que ocupen los distintos cargos que cada una de las instituciones del sector público ofertan para hacer efectivas las necesidades de la gente.

Iván Obando, partiendo del pensamiento de Patricio Novoa y Héctor Humeres, a quienes cita en su artículo, aporta en este punto del trabajo con dos conceptos que innovan esta área del Derecho:

Basado en estos autores, podemos señalar que el principio de universalidad objetiva consiste en que la seguridad social debe extenderse a todas las contingencias sociales de carácter no voluntario, como enfermedad, desempleo, vejez, invalidez, muerte, maternidad, sobrevivencia y salud y riesgos ocupacionales, comprendiendo en etapas más avanzadas las que afectan lo social, económico y cultural; el principio de universalidad subjetiva significa que la seguridad social debe comprender sobre una base no discriminatoria a toda la población, independiente de su estado ocupacional, laboral, remuneracional, marital, género, etc.¹⁰⁶

El jurista construye una especie de clasificación del principio de universalidad. Por un lado, está la *universalidad objetiva* que no es más que un desarrollo distinto al previsto en la Ley de seguridad social.¹⁰⁷ En el sentido de que la legislación chilena que es desde donde escribe el autor, divide a las contingencias sociales en voluntarias y no voluntarias. Al respecto, el sistema de seguridad social ecuatoriano no hace esa distinción y por otro lado, la *universalidad subjetiva* recoge la igualdad de oportunidades prevista en nuestro sistema, desarrollado por el principio de universalidad.

Sin embargo, en España sucede que “la universalidad subjetiva de protección, mucho más si el principio se concentra en el nivel no contributivo, exige como complemento necesario lo que se ha llamado el principio de generalización objetiva, es decir, que todas las situaciones de necesidad [...], sean protegidas por el Sistema”.¹⁰⁸ En este sistema tiene relevancia la carencia de recursos económicos de las personas, lo que

¹⁰⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 3.

¹⁰⁶ Obando, “El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo”, 293.

¹⁰⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

¹⁰⁸ González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 82.

caracteriza al nivel no contributivo, a diferencia del contributivo (aquel en el cual se ingresa a título profesional); por lo cual, será obligación del gobierno español amparar a toda la población frente a todas las contingencias o situaciones de necesidad, que tutele el sistema.

En correspondencia, la *Recomendación sobre los pisos de protección social*, núm. 202, para los países miembros de la OIT (organismo que guía a los estados que forman parte de él, en asuntos relacionados con el área laboral), entre ellos se encuentra Ecuador, sugiere:

- a) Establecer y mantener, según proceda, pisos de protección social como un elemento fundamental de sus sistemas nacionales de seguridad social [...] 2. A efectos de la presente Recomendación, los pisos de protección social constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social.¹⁰⁹

El organismo internacional con el término *pisos de protección social*, asimila a lo que en nuestro medio se conoce como prestaciones concedidas a los afiliados por: salud (atención médica, todo lo que aquella incluya), maternidad (cobertura de exámenes ginecológicos, consultas, parto, post parto), riesgos del trabajo (indemnización, subsidio y pensión, dependiendo del grado de incapacidad previamente valorada por un médico ocupacional), cesantía, seguro de desempleo, jubilación con su respectiva pensión por vejez e invalidez. Estas deben lograr los fines previstos en esta recomendación y ser la parte clave de este sistema de seguridad social, debiendo ser los pisos cada vez más amplios y completos.

Esto es a lo que Rendón Vásquez conoce como la *extensión vertical*, la cual supone que: “un sistema de seguridad social es más avanzado cuan más numerosas y completas son las prestaciones que otorga. Es evidente que ello supone: 1) cubrir un número cada vez mayor de contingencias [...]; y 2) hacer más eficientes los servicios y mejorar en calidad y cantidad los bienes suministrados como prestaciones”.¹¹⁰ En otros términos, la clase de extensión a la que se refiere el autor, toma como punto de partida a las prestaciones.

La creación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se debe a las necesidades de la población y una entidad capaz de responder a estas. Por lo tanto, es

¹⁰⁹ OIT Conferencia General, “*Recomendación sobre los pisos de protección social*, núm. 202”, núm. 1-2.

¹¹⁰ Rendón, *Derecho de la Seguridad Social*, 112.

importante el progresivo fortalecimiento de la calidad de servicio y del número de prestaciones, con eficacia y eficiencia, cuestión que depende de las políticas que adopten los directivos de la institución, las cuales se acoplarán a las distintas realidades del usuario, estando a la vanguardia de los avances tecnológicos y consolidación de valores en sus funcionarios y servidores.

Además, deberán “b) poner en práctica pisos de protección social en el marco de estrategias de expansión de la seguridad social que aseguren progresivamente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible, según las orientaciones de las normas de la OIT relativas a la seguridad social”.¹¹¹ En virtud de ello, la seguridad social debe tender a proteger a la mayor parte de la población, siempre apegándose a lo que dispongan los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por nuestro país y que son muestra de la cooperación en materia del trabajo y la seguridad social.

Criterio que corresponde a una *extensión horizontal*, aquella que incluye un: “- sistema de carácter universal- Este sistema extiende la protección de la seguridad social a todas las personas de la sociedad, con prescindencia de que trabajen o no”.¹¹² Esta clase de extensión, coloca como eje central a las personas y es la que debe intentar aplicar todo sistema de seguridad social, para de esa manera, cristalizar realmente el principio de universalidad consagrado en la normativa ecuatoriana.

En suma, un sistema de seguridad social para que sea considerado como completo, debería contener “unos niveles más elevados de protección, pueden incluir una gama más extensa de prestaciones otorgadas, un alcance más amplio de cobertura personal y unos niveles más elevados de prestaciones”.¹¹³ Lo que quiere decir, es que su campo de aplicación se debería desenvolver en las dos dimensiones ya explicadas, la horizontal y vertical.

Sin embargo, para poner en práctica aquello, se tiene que tener presente “la universalización de la seguridad social requiere de la disponibilidad financiera, para sostener la demanda efectiva de la población”.¹¹⁴ Aserción que es cierta, en razón de que al ser el derecho a la seguridad social un derecho de carácter prestacional, se hace

¹¹¹ OIT Conferencia General, *Recomendación sobre los pisos*, num. 1.

¹¹² Rendón, *Derecho de la Seguridad Social*, 111.

¹¹³ OIT, “Seguridad social para todos: La estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: Establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social”, *Organización Internacional del Trabajo*, 11 de enero de 2012, 7, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_secsec_34193.pdf.

¹¹⁴ Proaño, *Seguridad Social*, 58.

efectivo hacia los seres humanos a través de las *prestaciones* previstas en la Ley de seguridad social,¹¹⁵ por lo tanto, para ampliarlas y que esté amparada toda la población asegurada, es de suma importancia un análisis actuarial previo.

Para cerrar, y en consideración a lo indicado, la gran pregunta es: ¿Se encuentra en la actualidad el IESS, listo para afrontar el reto de la creación de nuevas modalidades de afiliación como: el trabajo no remunerado del hogar, a los artistas, a las personas que se encargan del cuidado de los discapacitados (misma que se encuentra aún en proceso y se deriva del programa gubernamental *Las Manuelas*, etc.), tomando en cuenta que el aporte de los afiliados es bajo, en relación con lo que contribuye el Estado?. En definitiva, ¿El Estado está económicamente preparado para cubrir los gastos que la universalidad conlleva?

6. Principio de progresividad y prohibición de regresividad

Antes que nada, es preciso tener presente que “las bases de la progresividad se encuentran en la propia naturaleza de los regímenes internacionales de protección, porque así lo han declarado los Estados signatarios de los instrumentos internacionales”.¹¹⁶ Aquello, debido a la lógica de cooperación que envuelve a los regímenes internacionales. En este contexto, el Estado siempre perseguirá lo mejor para sus mandantes, quienes depositan su confianza en este ente protector de derechos, el cual al momento de suscribir tratados o convenios internacionales con respecto a diversas materias (seguridad social, salud, educación, etc.), buscará llegar a acuerdos con los demás estados, para juntos reforzar los derechos.

En concordancia con lo indicado, Magdalena Sepúlveda realiza un cuidadoso análisis y una profunda interpretación acerca del sentido que a la palabra *progresividad* otorga el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, rescatando que: “los Estados han asumido una obligación de ‘avanzar’ supone, al menos, dos obligaciones implícitas: 1) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y 2) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas”.¹¹⁷

¹¹⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

¹¹⁶ Liliana Galdámez Zelada, “La progresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 15 n. ° 1 (2008):147, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041322006>.

¹¹⁷ Magdalena Sepúlveda, “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006), 124.

Vale la pena aclarar que cuando la autora alude a los estados, se refiere a los cuales por decisión se han adherido al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, mismos que deberán acatar y respetar estrictamente dichos deberes de carácter internacional, caso contrario se considerará como una violación a lo prescrito en este convenio internacional. Consecuentemente, el Estado incurriría en una falta grave, seguido de una responsabilidad internacional.

Con relación a ello, José Herrera señala que al momento que un Estado decide y suscribe un tratado o convenio internacional en materia de derechos humanos, automáticamente se forja obligaciones tanto positivas como negativas, previamente establecidas para los estados parte. Cabe recalcar, que dichas obligaciones son judicialmente exigibles.¹¹⁸ Como se ha dicho, los tratados de derechos humanos deben ser acatados necesariamente por los estados que los hayan ratificado, sin importar si el objeto central del instrumento versa sobre derechos civiles y políticos; o derechos económicos, sociales y culturales. Por lo tanto, de acuerdo con el autor estos acuerdos comprometen jurídicamente a los estados, a respetar el contenido de los derechos (obligación positiva) y abstenerse de tomar decisiones contrarias a su desarrollo (obligación negativa).

Una vez agotado este punto introductorio, Mancilla Castro define a este principio desde la realidad mexicana, considerándolo “un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al sólo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique”.¹¹⁹ Ampliando la definición dada por el autor, es trascendente señalar que tal principio se encuentra principalmente dentro del derecho constitucional, en razón de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo ha considerado como uno de los que guían la aplicación de los derechos en general.

Por lo tanto, “la noción de progresividad [implica] un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales”.¹²⁰ Con solo entender el significado de la palabra

¹¹⁸ Véase en: José Herrera, “Condición más beneficiosa, expectativas legítimas y progresividad”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI Derecho Laboral*, ed. Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá: Temis, 2010), 528.

¹¹⁹ Roberto Mancilla Castro, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n. ° 33 (2015): 83, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039>.

¹²⁰ Víctor Abramovich y Christian Curtis, *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional* (Buenos Aires: Editores del Puerto / Librería Jurídica Cevallos, 2006), 58.

progresividad, se vuelve sencillo descifrar el sentido de este principio y es la propensión al avance, evolución, mejora en cuanto a la garantía de derechos hacia la ciudadanía. Cabe recalcar que este principio constitucional es aplicable a todos los derechos sin distinción alguna, debido a que con la Constitución de la República del Ecuador del 2008¹²¹ todos los derechos tienen igual orden jerárquico.

Se resalta que la finalidad de este principio es “aquella de los derechos humanos que ayuda a aplicar, es decir, busca la materialización de la dignidad humana, al establecer límites a las actuaciones de los Estados, o en su caso a los poderes constituidos de los mismos”.¹²² Como se conoce, los derechos son una parte esencial de la dignidad humana, así como límites y vínculos del poder. Por lo cual, tanto el poder legislativo como el poder judicial deben respetar su progresividad, al emitir normas que no limiten el núcleo duro de los derechos (*contenido esencial*), sino todo lo contrario lo desarrollen; y por su lado, los órganos de administración de justicia, al momento de resolver los casos puestos a su conocimiento, apliquen jurisprudencia en esta misma dirección.

De la mano del principio de progresividad, va la prohibición de regresividad, que significa “la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio”.¹²³ En este sentido, el Ecuador como Estado signatario de este acuerdo de orden internacional, por ningún motivo podrá una vez que ha reconocido a toda la población derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo: la seguridad social (universalidad del sistema), retroceder en su contenido. Sino todo lo contrario, deberá valerse de cualquier herramienta que posibilite su desarrollo y lo fortalezca.

Un concepto más dinámico es el que dan Víctor Abramovich y Christian Courtis, quienes indican que “esta prohibición constituye una limitación que los tratados de derechos humanos y la Constitución imponen sobre los poderes políticos a las posibilidades de reglamentación de los derechos sociales”.¹²⁴ En definitiva de acuerdo con los doctrinarios, el ordenamiento jurídico mediante la norma suprema y los tratados internacionales de derechos humanos, ha limitado el ejercicio de la facultad legislativa (leyes) y la potestad reglamentaria (reglamentos) en lo que a los derechos sociales

¹²¹ Ecuador, *Constitución de la República*.

¹²² Mancilla, “El principio de progresividad”, 84.

¹²³ Miguel Carbonell, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas”, en *La protección judicial de los derechos sociales*, ed. Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009), 83.

¹²⁴ Abramovich y Courtis, *El umbral de la ciudadanía*, 58.

respecta. En el sentido de que, tal normativa no podrá limitar esta clase de derechos. Sin embargo, considero esta restricción debe aplicarse a los derechos en su totalidad.

Además, conforme lo enseña Christian Courtis, es factible que su aplicación se dirija hacia las normas jurídicas, “[...] para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”.¹²⁵ En este caso, para determinar la regresividad, se debe hacer el ejercicio comparativo entre la Ley de seguridad social¹²⁶ vigente desde noviembre del 2001, con la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar;¹²⁷ cuerpo legal que se inserta en el ordenamiento jurídico, en abril del 2015.

En esta línea, se partiría entonces de la raíz del problema, ya que por un lado el artículo 3 de la Ley de seguridad social¹²⁸ en principio contiene todos los riesgos que cubre el seguro general obligatorio. Por otro lado, está la reforma que el artículo 66 numeral 6 de la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar¹²⁹ hace a la norma antes citada, en el sentido que dispone que se añada un literal a su artículo 10. Aquel que limita la protección de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, en virtud de que únicamente estarán amparadas ante ciertas contingencias, excluyendo entre otras, el seguro general de riesgos del trabajo (accidente de trabajo o enfermedad profesional).

En esta línea, “la *prohibición de regresividad* constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos sociales que resulta directamente aplicable por el Poder Judicial”.¹³⁰ En el caso de la sección de esta norma regresiva en cuanto al derecho a la seguridad social de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, el camino viable sería una *acción de inconstitucionalidad* planteada por este sector de la población asegurada. Ahí la importancia de conformar una organización, para así juntar esfuerzos y entablar esta acción legal en defensa de sus derechos, cuyo conocimiento y decisión recae sobre la Corte Constitucional.

Con tal restricción, acorde al pensamiento de Horacio González el legislativo está incurriendo en una falta, en el sentido que “el legislador ordinario no puede por su propia

¹²⁵ Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006), 4.

¹²⁶ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral*.

¹²⁸ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 3.

¹²⁹ Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral*, art. 66.

¹³⁰ Abramovich y Courtis, *El umbral de la ciudadanía*, 58.

decisión modificar la naturaleza de la seguridad social transformándola en otra cosa. No puede reemplazarla por un sistema de seguros individuales que bajo el nombre de seguridad social tenga una naturaleza y fines diferentes”.¹³¹ Bajo esta premisa, la Asamblea Nacional al aprobar la ley en cuestión que modificó la Ley de seguridad social,¹³² trastocó la esencia protectora de la misma, pasando de aquel sistema que no miraba las características que diferencian a un individuo de otro, tratándolos como lo que son, *seres humanos*, iguales en derechos; a uno que no es ciego y separa.

Para dar fortaleza al criterio expuesto por Abramovich y Courtis, la Corte Constitucional Colombiana a través de su lúcida jurisprudencia se ha pronunciado acerca del alcance y por lo tanto la consecuencia inmediata del incumplimiento del principio de progresividad; dedicando especial atención a los derechos sociales, e indica que:

En principio todo retroceso está prohibido. Tal consecuencia se enuncia bajo la forma de una presunción de inconstitucionalidad. Toda medida posiblemente regresiva de los derechos sociales se presume contraria a la Constitución y se somete, por tanto, a un control estricto por parte de los jueces constitucionales. Además, la carga de la argumentación para desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad de la medida adoptada recae en la autoridad pública.¹³³

Para empezar este razonamiento es plenamente válido, en primer lugar porque proviene del *guardián de la Constitución*, como se conoce al máximo órgano de administración de justicia constitucional, es decir, de la Corte Constitucional. En segundo lugar, debido a que como se conoce la jurisprudencia o fallos de triple reiteración constituyen fuente del derecho. Por último porque están involucrados derechos de carácter social, los cuales siempre han tenido menor fuerza jurídica que los derechos civiles y políticos. Consecuentemente, lo que busca la prohibición de regresividad es que los derechos sociales se caractericen por su plena efectividad.

Por lo tanto, en el caso de resultar una norma retrógrada, en tanto que empeore la situación del ciudadano, conteniendo limitaciones al pleno goce y ejercicio de los distintos derechos que reconoce el Estado ecuatoriano a través de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, se sospechará su *inconstitucionalidad*, evidenciando así su irrespeto a lo dispuesto por la norma suprema. Ante esta situación, se

¹³¹ Horacio González, “El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006), 209.

¹³² Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

¹³³ Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, comp. Christian Courtis (Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006), 157.

puede activar la figura jurídica del *control de constitucionalidad* -mismo que es posible sea difuso y concentrado. El primero lo ejerce cualquier jueza o juez del territorio nacional, mientras que el segundo en honor a su nombre, recae específicamente sobre los jueces de la Corte Constitucional-.

Todo lo expresado responde a que “la caracterización del Estado de derecho como Estado social de derecho no es una preferencia o valoración subjetiva, sino que constituye una decisión del constituyente, un verdadero mandato, dictado en interés de la colectividad, al cual debe atenerse o adecuar su normativa el legislador”.¹³⁴ A pesar de que el Ecuador no es un Estado social de derecho, ya que en teoría ha evolucionado hacia un Estado constitucional de derechos y justicia. Las servidoras y servidores públicos, incluyendo en primer lugar a los asambleístas no deberían dejar de lado la visión de servicio a la sociedad y el interés de aquella en su totalidad.

¹³⁴ González, El desarrollo de los derechos a la seguridad social, 198.

Capítulo segundo

Financiamiento del sistema de seguridad social en el Ecuador: ¿Un manejo responsable de los recursos?

En el presente capítulo, se efectuará un análisis crítico de dos momentos básicos para el funcionamiento del sistema de seguridad social, como son: el ingreso de recursos y la administración de aquellos por parte del Estado, es decir, el gasto público. Propósito que se alcanzará utilizando doctrina relevante dentro del campo del derecho tributario, derecho constitucional y de las finanzas públicas, así como también un profundo estudio de la normativa correspondiente.

1. Ingresos del sistema de seguridad social: Antes y después de la Constitución del 2008

A manera de inicio, se debe tener presente que el numeral 15 del artículo 83 de la Constitución de la República del 2008, dispone que uno de los deberes de los ecuatorianos, es “cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley”.¹³⁵ Por lo tanto, el contenido del referido artículo no es de aplicación discrecional u opcional por parte de la ciudadanía, sino todo lo contrario su cumplimiento es inexcusable. Cabe recalcar que la disposición no hace distinción alguna entre la población, viéndola como un conjunto que contribuirá a la seguridad social. Estos recursos son mecanismos de financiamiento, que vuelven posible la realización de las prestaciones que oferta el seguro general obligatorio, invirtiéndose en lo necesario para materializar la protección hacia los afiliados y sus familias.

En este contexto, un elemento vital para el eficaz funcionamiento de todo sistema de seguridad social, son las normas y pautas que guíen el aspecto relacionado con la financiación, debido a que de no existir aquellas, los sistemas de seguridad social no podrían cristalizarse, ni cumplir con su misión, convirtiéndose meramente en una

¹³⁵ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 83.

utopía.¹³⁶ Asimismo, se requiere de un sistema conformado por una serie de parámetros de cumplimiento obligatorio, los cuales establecerán pautas para un correcto manejo de los recursos, permitiendo de esa manera hacer realidad las expectativas de los ciudadanos afiliados a la seguridad social.

Cabe recalcar que durante el desarrollo de este punto, se mantendrá una línea de tiempo en cuanto a la evolución legislativa. En virtud de que en primer lugar se encuentra la Constitución Política de la República del Ecuador,¹³⁷ misma que fue aprobada durante el período presidencial de Jamil Mahuad, y publicada en el registro oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Dicho sea de paso esta disposición constitucional en su contenido se refiere al tema, y en el inciso primero del artículo 59, dispone que “los aportes y contribuciones del Estado para el seguro general obligatorio deberán constar anualmente en el presupuesto general del Estado, y serán transferidos oportuna y obligatoriamente a través del Banco Central del Ecuador”.¹³⁸

De lo indicado se desprende algo sumamente relevante y es la obligación de esta institución bancaria estatal de depositar en las arcas del IESS el monto económico con el cual coadyuva el Estado a la sostenibilidad del seguro general obligatorio, haciendo posible el cumplimiento de las prestaciones respectivas. Esta cantidad se reflejará año tras año en el presupuesto del Estado estando la misma por un sentido de transparencia, al libre acceso de la ciudadanía.

Es necesario hacer a un lado momentáneamente esta cronología, para indicar que la Constitución de la República del 2008, se pronuncia en la misma línea, cuando expresa que “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”.¹³⁹ En otros términos, lo que si constará en el presupuesto general del Estado, son los aportes y contribuciones que dicho ente destina al seguro general obligatorio, para permitir se hagan realidad sus objetivos.

Ahora bien, cabe recalcar que los fondos de la seguridad social no forman parte del presupuesto general del Estado, tal como lo determina el artículo 292 al momento de definirlo como “el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los

¹³⁶ Véase en: González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 138.

¹³⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 59.

¹³⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 371.

pertenecientes a la seguridad social”.¹⁴⁰ Para empezar este criterio legal es ilógico, en razón de que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es parte del sector público, ya que brinda a la ciudadanía un servicio de dicha índole.

Continuando con el análisis, una característica esencial del patrimonio del sistema de seguridad social, es su exclusividad. De modo que, los recursos que lo conforman son “propios y distintos de los del Estado, y servirán para cumplir adecuadamente los fines de su creación y funciones. Ninguna institución del Estado podrá intervenir en sus fondos y reservas ni afectar su patrimonio”.¹⁴¹ En consecuencia, la facultad de administración debería estar reservada para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Además de que por prohibición legal, ninguna institución del sector público puede inmiscuirse en su manejo, ni tampoco disminuir su capital.

En concordancia, la Constitución del 2008 en su artículo 372 prevé que “[...] ninguna institución del Estado podrá intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio. [...]”.¹⁴² Sin embargo en la práctica, el Estado debido a su mala gestión del presupuesto en general ha utilizado al IESS como *caja chica*. En este contexto, “[el] Banco del IESS. Biess entregó 120 millones de dólares de los fondos de reserva de los afiliados al Ejecutivo a cambio de bonos. [...] Es evidente que el Gobierno debería abstenerse de presionar la entrega de recursos del Banco de los afiliados al IESS por que no se trata de fondos públicos. [...]”.¹⁴³ Transgrediendo de esa manera la ley, e atentando contra la autonomía de esta institución frente al Estado.

Otra situación que evidencia la afectación a los recursos de los afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte del Estado, es la eliminación del 40% del aporte estatal a esta institución. Aquello con base a que la Ley orgánica de justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar,¹⁴⁴ disponía que el Estado contribuirá con este porcentaje para la financiación de las prestaciones, únicamente cuando el IESS estuviere en quiebra, lo cual no debió ser así, en razón de que el IESS se financia también con la ayuda económica del Estado. Este escenario se revirtió gracias a un pronunciamiento favorable de la Corte Constitucional, mediante el cual dispuso que “[el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social] (IESS) comenzará a cobrar el 40% de aporte

¹⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 292.

¹⁴¹ Ecuador, *Constitución Política*, art. 59.

¹⁴² Ecuador, *Constitución de la República*, art. 372.

¹⁴³ El Tiempo, “Biess: ¿‘caja chica’ del Gobierno?”, *El Tiempo*, 31 de enero de 2011.

¹⁴⁴ Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral*.

estatal a partir del 2019 [...]”.¹⁴⁵ Quedando pendientes los rubros respectivos desde el 2015 hasta el 2018, mismos que el IESS ya no percibirá. Lo cual impide al IESS cubrir todas las necesidades de los asegurados.

En esta línea, otro motivo por el cual no es razonable que los recursos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no constituyan conforme lo establece la Constitución de la República del Ecuador, parte del presupuesto general del Estado, es que el Estado regule y controle el destino de los mismos.

Continuando con la idea de la deuda pública, el economista Ramiro Vega Suárez, ex funcionario de la dirección actuarial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su artículo *La deuda del Estado al IESS*, con relación a la deuda estatal, indica que hasta el momento alcanza al suma de 18.500 millones de dólares americanos.¹⁴⁶ Es inaudito pensar que el Estado perjudique a una institución, que bien administrada le permitiría hacer realidad de mejor manera, su obligación de velar por el buen vivir y los derechos de los ciudadanos. Al contrario más bien debería colaborar para cada día mejorar su funcionamiento y la calidad de las prestaciones que otorga a la ciudadanía afiliada.

En espera a mejorar esta realidad y “siguiendo la recomendación de un examen especial de la Contraloría, el IESS y el Ministerio de Finanzas crearon una comisión interinstitucional que debía establecer los valores adeudados por prestaciones de salud y determinar la forma de pago”.¹⁴⁷ Sin embargo, tal iniciativa no funcionó de la manera adecuada, sin solucionar el problema, en vista de que los miembros de dicha comisión no dieron continuidad al caso; sin reunirse periódicamente para analizar, debatir y tomar en serio el papel atribuido de compromiso para con el país.

Posterior al análisis de la normativa, es posible evidenciar que la misma no da a conocer expresamente cuales son los recursos sobre los que se sustenta el sistema objeto de este estudio. Tiempo después en noviembre del 2001, se publica en la herramienta correspondiente una ley que regula todo lo que a la seguridad social respecta (entre otros aspectos, hace alusión a los recursos económicos), encargándose entonces de cubrir la laguna dejada. A continuación, se indicarán expresamente algunos de ellos:

Art. 4.- [Recursos del Seguro General Obligatorio]: Las prestaciones del Seguro General Obligatorio se financiarán con los siguientes recursos:

¹⁴⁵ El Comercio, “El IESS recibirá aporte del 40% del Estado desde el 2019”, *El Comercio*, 23 de marzo de 2018.

¹⁴⁶ Véase en: Henry Llanes, “La deuda del Estado al IESS”, *El Telégrafo*, 07 de enero de 2018.

¹⁴⁷ Patricia González, “La deuda con el IESS suma USD 3101 millones”, *El Comercio*, 16 de julio de 2018.

- 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; [...]
- e. Las reservas técnicas del régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional; [...]
- g. Los ingresos provenientes del pago de los dividendos de la deuda pública y privada con el IESS, por concepto de obligaciones patronales; [...]
- k. Los ingresos por servicios de salud prestados por las unidades médicas del IESS, que se entregarán al Fondo Presupuestario del Seguro General de Salud;
- l. Los recursos de cualquier clase que fueren asignados a cada seguro en virtud de leyes especiales para el cumplimiento de sus fines; y,
- m. Las herencias, legados y donaciones.¹⁴⁸

Como se dijo en el capítulo que precede, a este sistema se lo identifica como *mixto*. Siguiendo esta lógica, todos los afiliados (tratándose de trabajadores bajo relación de dependencia o sin ella (independientes, por cuenta propia, o profesionales en libre ejercicio), quienes están obligados por ley a participar económicamente del mantenimiento del seguro general obligatorio. Diferenciándose entre sí, en el sentido de que para afiliarse voluntariamente se requiere:

[...] 1. Ser ciudadano ecuatoriano, en el caso de afiliación en el exterior; 2. Tener cédula de ciudadanía para el caso de afiliación de ecuatorianos; o, cédula de identidad o carné de refugiado, emitido en el Ecuador, para el caso de afiliación de extranjeros dentro del territorio nacional; y, 3. No registrar mora u obligaciones pendientes con el IESS como afiliado voluntario.¹⁴⁹

Es evidente que el Reglamento del régimen especial del seguro voluntario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vuelve factible la afiliación voluntaria de: ecuatorianos residentes en el exterior, ecuatorianos que residan en territorio nacional, y afiliados extranjeros dentro del territorio nacional, siempre que cumplan con los requisitos previstos por el citado reglamento. Además, deberán ser personas “[...] mayores de dieciocho (18) años, sin límite de edad, que realicen actividades sin relación de dependencia y tengan capacidad contributiva sobre la materia gravada prevista en este reglamento, que no sean sujetos de afiliación al Seguro General Obligatorio [...]”.¹⁵⁰ En definitiva, tendrán que haber alcanzado la mayoría de edad, las actividades que realicen no deberán ser bajo relación de dependencia (no estará presente la clásica subordinación) y, por último, tener capacidad contributiva.

¹⁴⁸ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 4.

¹⁴⁹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D.460*, Registro Oficial 155, 06 de enero de 2014, art. 2.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, art 1.

Por otro lado, cuenta también con el inexcusable pago del porcentaje establecido en el Reglamento para la aplicación de la cesantía y seguro de desempleo.¹⁵¹ El cual ha fijado en 11.15 % el aporte patronal, y el 9.45 % como aporte personal del trabajador, ello correspondiente al sector privado bajo relación de dependencia, de este porcentaje el trabajador destina el 6.64 %, y el empleador 1.02 % hacia el seguro general de pensiones. En cuanto a la cesantía, el aporte del trabajador será del 2.00 %, y en lo que al seguro de desempleo respecta, el empleador contribuirá con 1.00 %.¹⁵² Por otro lado, se encuentran los servidores públicos definidos en la Ley orgánica de servicio público,¹⁵³ en cuyo caso el patrono aporta el 9.15 %, y el trabajador 11.45 %. Con respecto a los funcionarios del servicio exterior residentes en el extranjero, la normativa ha establecido como contribución del patrono el 9.15 %, contribuyendo el trabajador un porcentaje del 9.45 %.¹⁵⁴

Con respecto a las *reservas técnicas del régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional*; y a los ingresos que por concepto de servicios de salud, se entregan al fondo presupuestario del seguro general de salud, la norma hace referencia a la cantidad de dinero que los afiliados destinan a la seguridad social para acceder a estas prestaciones, misma que varía de acuerdo al tipo de seguro (voluntario, general, campesino) y a la modalidad de afiliación bajo la cual se haya registrado el ciudadano en el sistema.

Dentro de los recursos se encuentra además, el reembolso de la deuda de los empleadores del sector público (ministerios, secretarías, subsecretarías, etc.) y privado (empresas cuyos servicios puedan ser catalogados dentro de este ámbito). Ello en razón de compromisos patronales, tales como el pago por concepto de: sueldo o salario, décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones, liquidaciones en caso de despedir a un trabajador, ropa de trabajo, el porcentaje destinado hacia la seguridad social, etc.)

Para entender el contenido del literal *l* del artículo 4 de la ley de la materia, es necesario tener presente el alcance y significado del principio de solidaridad, mismo que se emplea para el financiamiento de la prestación, que por vejez e invalidez se concede a

¹⁵¹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 515*, Registro Oficial 794, 11 de julio de 2016.

¹⁵² Remítase al anexo n.º 1 que consta en la sección de anexos, para visibilizar este ejemplo correspondiente a la tabla de cotización de los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia del año 2018.

¹⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica de Servicio Público*, Registro Oficial 294, Segundo Suplemento, 6 de octubre de 2010.

¹⁵⁴ Véase en: Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 515*, anexo 2.

la clase afiliada que previo a presentar al IESS la respectiva solicitud de jubilación, deberá cumplir con ciertos requerimientos legales y administrativos.

En esta línea, la Ley orgánica de discapacidades, prevé la posibilidad de que las personas con discapacidad accedan a la jubilación con requisitos diferenciados en comparación con el resto de afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Situación a la cual, la ley citada otorga el nombre de *jubilación especial por vejez* y el artículo 85, prevé que “[las] personas con discapacidad afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que acrediten trescientas (300) aportaciones, sin límite de edad, tendrán derecho a una pensión [...] . En los casos de personas con discapacidad intelectual tendrán derecho a la pensión jubilar cuando acrediten doscientas cuarenta (240) aportaciones. [...]”.¹⁵⁵

Del contenido del referido artículo, se desprende que esta norma permite gozar de aquel beneficio, a las personas con *discapacidad física*, quienes deberán acreditar 300 aportaciones o 25 años de aporte para tener derecho a una pensión, aquello sin límite de edad. También están incluidos en esta disposición, quienes han sido debidamente calificados con una discapacidad intelectual; dichos afiliados, tendrán derecho de acceder a una pensión vitalicia, siempre y cuando hayan registrado 240 aportaciones o 20 años de aporte, de igual manera sin límite de edad.

Es necesario aclarar que esta disposición se aplicará únicamente al afiliado que haya sido debidamente calificado por el Sistema Nacional de Salud, organismo legalmente competente en nuestro país para evaluar el tipo y grado de discapacidad. Ahora bien, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debe estar a la par de esta evolución en materia de derechos que favorece a este grupo de atención prioritaria, y adecuar su presupuesto a través de normativa.

En concordancia con lo expuesto, el 12 de diciembre del 2013 el Consejo Directivo del IESS emite el Reglamento del régimen especial del seguro voluntario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Haciendo énfasis en la disposición general cuarta, aquella que al respecto indica que “todos los afiliados del IESS aportarán el 0.10 % adicional sobre la materia gravada para financiar las prestaciones previstas en la Ley Orgánica de Discapacidades”.¹⁵⁶ Poniendo en práctica el apoyo económico hacia estas personas, quienes por su condición de vulnerabilidad no podrían reunir el número de

¹⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Discapacidades*, art. 85.

¹⁵⁶ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 460*, Disposición General Cuarta.

aportaciones y de edad necesarias para jubilarse, por lo cual los demás afiliados cooperarán con un incremento en su cotización.

Lo contenido en el literal *m*, se considera como parte de los ingresos voluntarios de la institución responsable de la seguridad social, en el sentido de que en estos actos jurídicos predomina la *autonomía de la voluntad*.¹⁵⁷ Por lo tanto, se trata de un recurso (bienes muebles e inmuebles) que un individuo por decisión propia pone al servicio del IESS, consecuentemente de los afiliados. Un ejemplo práctico de este escenario, es el caso de un individuo que mediante un testamento elaborado conforme a las leyes que rigen la *sucesión por causa de muerte* (libro tercero del Código Civil¹⁵⁸), hereda al IESS un terreno sobre el cual el heredero podrá disponer libremente y construir hospitales, centros de atención universal, etc.

La Ley de seguridad social en cuanto al aspecto económico imprescindible para el funcionamiento del seguro social, se ha encargado de distinguir los fondos del seguro general obligatorio de los concernientes al seguro social campesino (aquel que dando cumplimiento a la premisa constitucional de la interculturalidad que pregonaba la Constitución de la República¹⁵⁹ protege a la población rural, quienes desarrollen actividades agrícolas, de pesca y pertenezcan a cualquiera de los pueblos y nacionalidades indígenas). Con base a ello su artículo 5, señala que:

Los servicios de salud y las prestaciones del Seguro Social Campesino se financiarán con los siguientes recursos:

- a. El aporte solidario sobre la materia gravada que pagarán los empleadores, los afiliados al Seguro General Obligatorio, con relación de dependencia o sin ella, y los afiliados voluntarios; [...]
- c. El aporte diferenciado de las familias protegidas por el Seguro Social Campesino; [...].¹⁶⁰

El literal *a* refleja una vez más la noción de altruismo entre los seres humanos miembros de una colectividad. En razón de que uno de los medios que facilita al seguro social campesino la materialización de las prestaciones en favor de los afiliados, justamente es un rubro determinado, que se recarga sobre la materia gravada que

¹⁵⁷ Para profundizar lo referente a la autonomía de la voluntad, recomiendo se consulte la obra de: Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª. ed. (Colombia: Temis, 1994), 6-16. De igual manera, se podrá recurrir a doctrina chilena como la de: Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*, tomo II. (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 167-70.

¹⁵⁸ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

¹⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República*.

¹⁶⁰ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 5.

normalmente deberían pagar tanto los empleadores como los trabajadores afiliados al seguro general obligatorio. Aquello sin importar si ejecutan sus actividades laborales bajo relación de dependencia o no, haciendo partícipes también a los afiliados voluntarios, tomando en consideración que la solidaridad como principio no es ilimitado.

Este principio, tiene como límite la *capacidad económica o contributiva* de la población, aquella que es “la noción base para que ese propio deber que se constitucionaliza pueda desenvolverse y orientarse hacia un justo reparto de la carga tributaria”.¹⁶¹ En definitiva, la solidaridad se cristaliza con el deber de contribuir, en otras palabras, con el aporte económico de todos los ciudadanos para el mantenimiento del sistema de seguridad social; pero no sin distinción como dispone la ley de la materia, sino tomando en consideración los ingresos de cada individuo. Esta es una especie de relación proporcional entre los recursos y el monto del aporte, es decir, quienes mayor capacidad contributiva tengan más aportarán; beneficiando de paso a los que menos tienen.

Es necesario reforzar este tema, diferenciando la capacidad económica de la capacidad contributiva. En esta línea, Eddy De la Guerra, expresa con suficiente claridad, que:

[...] se puede recurrir a criterios diferenciadores como los de ventaja y carga, ello permitirá delimitarlo conceptualmente y distinguirlo del derecho a contribuir en la medida de la capacidad contributiva; en esa línea de pensamiento, se entendería que la obligación tributaria propiamente dicha es la “carga” en sí misma, y la “ventaja” vendría a ser el derecho a que dicha “carga”, sea en la medida de la “capacidad económica”.¹⁶²

Por lo tanto, los tributos que son parte de la obligación tributaria, encajan dentro del criterio diferenciador *carga*, aquel que responde a la capacidad contributiva, y va de la mano de la prohibición de confiscatoriedad; a este se lo considera un *deber*. Mientras que la contribución a la seguridad social, se lo entiende como *ventaja*, en virtud de que es el *derecho* a que el monto que se vaya a aportar tenga relación con la capacidad económica.

En concordancia, Christian Aste Mejías expresa que “las cargas fiscales deben fijarse en proporción a los índices de capacidad de pago, de forma que la imposición resulte igualmente onerosa, en términos relativos, a cada contribuyente”.¹⁶³ De este

¹⁶¹ Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario* (Madrid: Iustel, 2010), 74.

¹⁶² Eddy De la Guerra Zúñiga, *El deber de contribución al gasto público: Principios que lo informan y derechos del contribuyente* (Ciudad de México: Editorial Porrúa / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017), 111.

¹⁶³ Christian Aste Mejías, *Curso sobre Derecho y Código Tributario* (Santiago de Chile: LexisNexis, 2007), 54.

modo, si se suponen a las cotizaciones a la seguridad social, como parte del amplio mundo de los tributos, como se verá con posterioridad, entonces es lógico deban establecerse con base a las posibilidades económicas de cada afiliado o empleador, de modo que no afecte el patrimonio de ellos, ni tampoco fortalezca la cultura de la *evasión* de contribuir al sistema.

En esta línea, es correcto que se procure siempre la progresividad y no regresividad en materia de derechos, pero de la mano del principio de progresividad; acerca de él, el derecho tributario “supone que la contribución que ha de hacer un sujeto, a medida que aumenta su capacidad económica, debe resultar mayor en términos relativos al propio incremento de su riqueza”.¹⁶⁴ Principio que como se evidencia, tiene una estrecha relación con la capacidad contributiva, a la cual se hizo ya referencia.

Por lo tanto, la solidaridad será un camino hacia la igualdad de oportunidades en cuanto al acceso al derecho a la seguridad social, en el momento en el que se logre un verdadero equilibrio, es decir, por un lado que no se desfinancie el Estado, al tener que destinar al sistema cantidades extremadamente altas, y por otro lado, los ciudadanos también contribuyan, conforme a sus ingresos.

Quienes deseen insertarse en el sistema de seguridad social, a través de este régimen especial como es el seguro social campesino y cumplan con los requisitos legales y reglamentarios. Conforme lo indica la Resolución n.º C.D. 516, un paso importante es la *encuesta familiar*, “[...] la cual contendrá además la información familiar, que deberá ser realizada por los servidores que delegue el Subdirector Provincial del Seguro Social Campesino.”¹⁶⁵ Aquella reflejará especialmente la situación económica del jefe de familia. Su importancia radica, en que si no se cumple con esta etapa, entonces no será posible el registro en el portal web del IESS, lo cual confirma el artículo 80 del respectivo reglamento, cuando dispone que “[previo al registro de la afiliación,] la Subdirección Provincial del Seguro Social Campesino, emitirá la calificación de la encuesta y la determinación del pago del aporte diferenciado de la familia campesina y/o pescador artesanal. [...]”¹⁶⁶ En definitiva, la dependencia competente evaluará el contenido de la encuesta, y establecerá el monto que aportará la familia beneficiaria.

Siendo así, entonces “la aportación mensual de familia asegurada será igual al dos punto cinco (2.5 %) de dicha base referencial, porcentaje que podrá variar de acuerdo

¹⁶⁴ Martínez y García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero*, 84.

¹⁶⁵ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 516*, art. 81.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, art. 80.

a estudios actuariales y sociológicos”.¹⁶⁷ En definitiva, se toma como referencia el 22.5 % de la remuneración básica unificada vigente al momento de la afiliación. Por lo tanto, actualmente dicho porcentaje se calcula con base a la suma de 386 dólares americanos, dando como resultado (86,85), cantidad que se multiplica por 2.5 % equivalente a (2,17 USD = aporte diferenciado de las familias beneficiarias hacia este seguro.)

Situaciones como estas debilitan el sistema, volviendo cada vez más difícil la sostenibilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Considerando que dicho porcentaje puede modificarse conforme se realice un nuevo estudio socioeconómico, con el fin de reevaluar la situación del jefe de familia y su grupo familiar, entendiéndose por tal (quienes habiten en su mismo domicilio, en efecto dependan de aquel), ya que de este estudio se puede desprender un cambio, sea este positivo o negativo. Con base al resultado del mismo es posible se incremente o disminuya el aporte de la población afiliada bajo esta modalidad. Lo que paralelamente aumentaría o disminuiría los egresos del fisco, quien también aporta hacia este régimen.

También es importante indicar, que las autoridades respectivas harán un control para verificar el cumplimiento de los requisitos de acceso y del pago de los aportes, consecuentemente de la configuración del real derecho a esta afiliación subsidiada. En concordancia, la Resolución n. ° C.D. 516, señala que “[el] Subdirector Provincial del Seguro Social Campesino, [...] efectuará los controles necesarios para verificar el registro de los egresos y la procedencia de la afiliación a este régimen. [...]”.¹⁶⁸ El trasfondo de este control, es evitar cualquier tipo de engaño al IESS acerca de los ingresos, con el fin de aminorar el monto del aporte.

Con la Constitución de la República del 2008 se hace referencia al modo en que se costearán las prestaciones de la seguridad social. Al respecto, en su artículo 371 señala que “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”.¹⁶⁹

Luego de un consciente análisis, es posible darse cuenta que a pesar de un reconocimiento constitucional de las labores de auto sustento y cuidado humano que se realizan en los hogares, como una nueva modalidad de trabajo, el referido artículo

¹⁶⁷ Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 327*, Registro Oficial 279, 15 de septiembre de 2010, art. 26.

¹⁶⁸ Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 516*, art. 82.

¹⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 371.

únicamente recoge las formas de financiamiento de las clásicas formas de trabajo como son: la actividad laboral generada bajo relación de dependencia, el trabajo independiente; además de la afiliación voluntaria de ciudadanos ecuatorianos domiciliados en el exterior, y finalmente el aporte económico del Estado a la materialización de las prestaciones.

En resumen, la disposición constitucional en cuestión evidencia que la seguridad social ecuatoriana, recoge por un lado un sistema asistencial, ya que se financia únicamente por medio de contribuciones públicas, en otros términos, de impuestos. Por otro lado, está un sistema basado simplemente en los aportes de las personas jurídicas y de sus trabajadores.¹⁷⁰ En esta línea, insisto que dentro de su ámbito de protección están tanto quienes carecen de ingresos suficientes para costear sus necesidades, en cuyo caso se hace presente el Estado mediante las contribuciones de la sociedad en general. Así como también, abarca a los trabajadores en sus diversas modalidades, aportando como se ha visto tanto ellos como sus empleadores.

Ante este escenario incompleto, el segundo inciso del artículo 369 de la norma suprema, dispone que: “las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. [...]”.¹⁷¹ Está claro que ignora la carga que recae sobre la *unidad económica familiar*,¹⁷² quienes con base a su situación económica–nivel de ingresos destinarán una cantidad que equivale a un determinado porcentaje, hacia las prestaciones del seguro general obligatorio; quedando la parte restante para completar la contribución en lo que respecta a esta modalidad de afiliación, a cargo del Gobierno Central. Criterio que confirma el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, cuando expresa que “la cotización de la persona trabajadora no remunerada en el hogar se realizará sobre los ingresos de la unidad económica familiar y existirá una contribución del Estado en función de la situación socioeconómica”.¹⁷³

Es trascendente hacer un breve paréntesis para conceptualizar el término *persona que realiza trabajo no remunerado del hogar*. En virtud de ello, me atrevo a citar el artículo 64 de la Resolución n. ° C.D.516 (Reglamento de aseguramiento, recaudación y

¹⁷⁰ Véase en: González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 139.

¹⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 369.

¹⁷² Entiéndase que la unidad económica familiar está conformada, por quienes estén íntimamente relacionados con la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar, tales como: “cónyuge o pareja en unión de hecho legalmente reconocida, hijos solteros que dependan o no económicamente de la unidad familiar y que no formen parte de otra unidad económica familiar. [etc.]”. Véase: Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 516*, art. 66.

¹⁷³ Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, *Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no Remunerado del Hogar: Estudio de sostenibilidad financiera y actuarial* (Quito: El Conejo, 2015), 15.

gestión de cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social), aquel que define a este sector de la colectividad trabajadora como: “aquella que desarrolla de manera exclusiva tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica alguna”.¹⁷⁴ En definitiva, se refiere a quienes dedican su tiempo y esfuerzo al cuidado de su grupo familiar sin recibir a cambio una remuneración que permita ni su propia subsistencia, peor aún la de los suyos.

Tendrán la calidad de afiliados, “desde el día en que se realice la correspondiente solicitud [...] En el caso de las personas que reciben el Bono de Desarrollo Humano, se registrarán en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de forma automática”.¹⁷⁵ Cabe recalcar, que la petición de afiliación se la realizará mediante la página web de la institución *www.iess.gob.ec*; sin embargo, con respecto a las personas beneficiarias del bono de desarrollo humano, se registra en el IESS, sin necesitar de solicitud alguna, en virtud de la cooperación interinstitucional para transferencia de información, existente entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, y el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social.

La afiliación de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar “[...] se hará efectiva luego de realizar una valoración de la situación socioeconómica de la unidad económica familiar, con el fin de determinar cuánto debe aportar la familia y el Estado”.¹⁷⁶ Lo que quiere decir, que se realiza un estudio económico previo de la situación de la unidad económica familiar.

Retomando la línea planteada dentro de este acápite, vale la pena indicar que el 6 de agosto del 2015 se expide en el seno del máximo órgano de gobierno del IESS, es decir, el Consejo Directivo, la Resolución n.º C.D. 492 (Reglamento para la afiliación de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar¹⁷⁷); instrumento legal que regula la situación jurídica de este sector de la población asegurada y en su artículo 14 contiene las denominadas *tablas de aportación* (aquellas que permiten ubicar a la población en cualesquiera de los cuatro niveles de acuerdo a la sumatoria de ingresos de quienes conformen la unidad económica familiar).

¹⁷⁴ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 516*, art. 64.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, art. 68.

¹⁷⁶ Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, *Afiliación a la Seguridad Social*, 31.

¹⁷⁷ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 492*, Registro Oficial 560, 06 de agosto de 2015.

Tabla 1
Tabla de aportación del trabajo no remunerado del hogar

Nivel de Ingresos de Unidad Económica Familiar	Base para el aporte	Porcentaje de Cotización	Subsidio Del Gobierno Central	Aporte Personal
Ingresos inferiores al cincuenta por ciento (50 %) del salario básico unificado	Sobre el veinticinco por ciento (25 %) del salario básico unificado	13.25 %	10.99 %	2.26 %
Ingresos iguales o superiores al cincuenta por ciento (50 %) e inferiores al cien por ciento (100 %) del salario básico unificado	Sobre el cincuenta por ciento (50 %) del salario básico unificado	13.25 %	7.95 %	5.3 %
Ingresos iguales o superiores al cien por ciento (100 %) e inferiores al ciento cincuenta por ciento (150 %) del salario básico unificado	Sobre el setenta y cinco por ciento (75 %) del salario básico unificado	13.25 %	5.95 %	7.3 %
Ingresos iguales o superiores al ciento cincuenta por ciento (150 %) del salario básico unificado	Sobre el cien por ciento (100 %) o más del salario básico unificado	13.25 %	0 %	13.25 %

Fuente: Ecuador, *Resolución n.º C.D. 501*, Registro Oficial 703, 2 de marzo de 2016, disposición séptima.

Elaboración propia

Con fecha 13 de noviembre del 2015 entra en vigencia la Resolución n.º C.D. 501¹⁷⁸ (que contiene las tablas de distribución de las tasas de aportación del IESS, incorporando la tabla de aportación del trabajo no remunerado del hogar). Hay un conflicto cronológico de leyes y en virtud del principio *ius posterior derogat priori*, se entiende tácitamente derogada la Resolución n.º C.D. 492.¹⁷⁹ A pesar de ello, el 30 de marzo del 2016, se aprueba la Resolución n.º C.D. 515,¹⁸⁰ aquella que deroga a la Resolución n.º C.D. 501,¹⁸¹ omitiendo en su contenido lo referente al trabajo no

¹⁷⁸ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 501*, Registro Oficial 703, 02 de marzo de 2016.

¹⁷⁹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 492*.

¹⁸⁰ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 515*.

¹⁸¹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 501*.

remunerado del hogar, sus aportes, con su respectiva distribución para las diferentes contingencias que ofrece el seguro general obligatorio. Esta situación provoca inseguridad en la población afiliada, debido a que no conoce la manera como se ha repartido la cantidad aportada tanto por la unidad económica familiar, como por el Estado. Además con ello se transgrede el principio de transparencia.

2. La obligación de contribución al sistema de seguridad social

Para empezar es indispensable volver al artículo 83 numeral 15 de la Constitución de la República.¹⁸² Es cierto que al realizar un análisis semántico de este, se puede evidenciar una contradicción, en razón de que se refiere a la cooperación en lo que respecta a la seguridad social, como un *deber* de los individuos. Sin embargo, la acción de cooperar se caracteriza por ser voluntaria. En este sentido, iría más acorde con la intención del constituyente de imponer una carga económica a la ciudadanía, el referirse a ella con el término *contribución*.¹⁸³ Es así como el aporte al sistema de seguridad social, tendrá semánticamente el carácter de obligatorio, más no de voluntario como se desprende de su contenido.

Se debe tener presente el significado de este deber, pues el mismo se vuelve efectivo mediante “la cotización [que] es la obligación, impuesta por la ley a ciertos individuos y entidades, de contribuir con el sostenimiento de las cargas económicas de los distintos regímenes de la Seguridad Social, de acuerdo con criterios también fijados legalmente”.¹⁸⁴ En definitiva, aportar a la sostenibilidad de la seguridad social como un sistema configurado, es una responsabilidad-un compromiso adquirido, al ser miembros de una sociedad; esta obligación ha adquirido peso tanto legal como constitucional.

Es necesario desviar la atención un momento, hacia la naturaleza jurídica de tales cotizaciones. En este sentido, existen dos corrientes, la primera de carácter privatista que admite a las cotizaciones como similares a una prima de seguro; la segunda, entiende que

¹⁸² Ecuador, *Constitución de la República*, art. 83.

¹⁸³ “Es la aportación económica determinada por leyes fiscales que hacen las personas naturales o jurídicas, nacionales o [extranjeras] que residan en el país, para satisfacer la atención de los servicios públicos del Estado. [...]”. Véase en: Patiño y Pozo, *Léxico Jurídico Tributario*, 56.

¹⁸⁴ González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 144.

son prestaciones públicas por naturaleza y esencialmente tributarias.¹⁸⁵ La primera de las corrientes, las considera como parte de una prima de seguros, dentro de un modelo de las aseguradoras privadas; mientras que el derecho público las entiende, como prestaciones cuya esencia se asemeja a las del derecho tributario.

De acuerdo con esta última, “las cotizaciones participan de las notas o caracteres esenciales que distinguen a los tributos: son prestaciones coactivas, impuestas unilateralmente por el Estado y su destino es la financiación de necesidades colectivas”.¹⁸⁶ En otras palabras, reúnen todas las características de un tributo, debido a que son atribuidas a los ciudadanos por el Estado mediante la norma suprema, exigidas por vía coactiva como se verá más adelante, teniendo como objetivo principal facilitar económicamente las prestaciones de la sociedad afiliada en su conjunto.

Ahora, es cierto que si se atiende a su régimen jurídico, este es diferente al de los tributos. En este sentido, tendrían que considerarse exacciones parafiscales, en virtud de que son prestaciones netamente de derecho tributario; a pesar de ello, no responden al régimen común de los tributos.¹⁸⁷ En definitiva, existe también el criterio de que el régimen jurídico de las cotizaciones de la seguridad social, es distinto al que reviste a los tributos, por lo cual a decir del autor son exacciones tributarias ubicadas en la parafiscalidad.

Criterio con el cual no comparte Giuliani Fonrouge, debido a que él considera que al hablar de las contribuciones de la seguridad social:

[...] se trata de una *contribución especial*, tanto en la parte patronal como en la de obreros y empleados, por entender que se dan las condiciones que caracterizan esa categoría jurídico-financiera según la definimos anteriormente. Hay un beneficio indudable para unos y otros en la organización de la previsión y de la asistencia [social]; más visible en el caso de los empleados pero no menos real en el de los patronos.¹⁸⁸

Como se conoce, una contribución especial tiene como objetivo, favorecer a una persona o grupo de personas, mediante la efectivización no solo de obras públicas, sino de otros servicios en general de carácter público; sin olvidar que la seguridad social es uno de ellos. En este contexto, dicha contribución especial está conformada tanto por el aporte del empleador como del trabajador y beneficiará a estas dos partes de la relación

¹⁸⁵ Véase en: Fernando Pérez Royo, “Ingresos tributarios de la Seguridad Social”, en *Curso de Derecho Tributario Parte Especial El sistema tributario: Los tributos en particular*, ed. Marcial Pons (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002), 839.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ Véase en: *Ibíd.*

¹⁸⁸ Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, 3ª.ed. (Buenos Aires: Depalma, 1984), 948.

laboral. Por una parte, el empleador cumplirá con su obligación y se evitará las sanciones correspondientes en caso de no pagar los aportes. Por otro lado, el trabajador estará protegido ante las contingencias que oferta el sistema de seguridad social.

Al respecto, Dino Jarach se opone a la idea de que los aportes y contribuciones de la seguridad social, constituyan contribuciones especiales por tratarse de impuestos sobre sueldos y salarios que recaen sobre el monto de las remuneraciones pagadas a los trabajadores. Además, dichos impuestos tienen afectación especial para el pago de los servicios de la seguridad social, sin ser necesario que esté presente una relación directa entre el pago de aquellos aportes y los beneficios del sistema de seguridad social.¹⁸⁹ Participo del razonamiento, en virtud de que considero que las contribuciones a la seguridad social son impuestos que incrementan el monto de la remuneración que el empleador debe cancelar a sus trabajadores, sin dejar de lado el aporte que también corre de cuenta de los trabajadores; cantidad que es descontada del respectivo rol de pagos.

Concuerdo también con el autor, cuando manifiesta que el monto de tales impuestos no debe influir ni tener relación causal ni proporcional con la cantidad ni calidad de las contingencias ante las cuales estará protegida la población, primando siempre el principio de igualdad, aunque este planteamiento dista de la realidad, por lo que se verá más adelante.

Para cerrar este debate, me alinee a lo expresado por Giuliani Fonrouge, en el sentido de que las cotizaciones de la seguridad social son contribuciones especiales, en virtud de su objetivo y su esencia. También es cierto, que su régimen es distinto al de los demás que forman parte del universo de los tributos. Sin embargo, esto no le aleja ni influye para dejarlo de considerar como una contribución especial, ya que no deja de ser un tributo.

En consecuencia, “se trata de una obligación legal de derecho público, basada en el poder soberano del Estado, manifestación de su poder impositivo”.¹⁹⁰ Como se conoce, el derecho se clasifica en dos grandes ramas (derecho público y derecho privado). En este contexto, tanto el derecho constitucional como el derecho laboral forman parte del derecho público. Sin embargo, la norma suprema es en teoría el resultado del poder soberano que radica en el pueblo, aunque esta afirmación diste mucho de la realidad.

¹⁸⁹ Véase en Dino Jarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996), 252.

¹⁹⁰ González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 144.

Conforme lo indica la Oficina Subregional de la OIT en un diagnóstico, que en el 2008 realiza a la seguridad social en el Ecuador, la importancia de la contribución y su control, “ocupa un lugar central en la misión de cualquier institución de seguridad social, puesto que se relaciona directamente con el cumplimiento de la misión: brindar protección social a la mayor cantidad posible de personas”.¹⁹¹ Criterio que es innegable, debido a que el sistema necesita de recursos para efectivizar las prestaciones hacia la población asegurada y que de esa manera no quede en letra muerta este derecho, por lo que su control es vital.

Por su parte entonces, el Código del Trabajo en el numeral 32 del artículo 42, prevé que es una obligación de las personas jurídicas o sociedades, que como empleadoras están registradas en el IESS, la de colocar en lugar de fácil acceso para todos los trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes tanto suyos como de la parte empleadora, los cuales tendrán que estar sellados por el departamento competente del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.¹⁹² Es natural, que lo expresado únicamente inmiscuye a aquellas personas que ejecutan una actividad laboral bajo relación de dependencia; quienes tendrán el derecho de acceder mes a mes a las respectivas planillas de aportes y de esa manera conocer el cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.

En concordancia, al infringir esta disposición, se configuraría entonces una *evasión*. Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo, ha planteado que “existen dos formas [...]: i) cuando un empleador no registra y reporta un empleado en la planilla de la seguridad social, caso en el cual se trata de ‘evasión por no aseguramiento’ y ii) cuando el salario reportado por el empleador es inferior al salario por el que legalmente se debe cotizar”.¹⁹³ Consecuentemente, el hecho de no hacer constar a un trabajador en la nómina de la seguridad social es grave, ya que no es solo escapar del sistema para ahorrar y pretender equivocadamente, no perder dinero al destinar una parte de su presupuesto al seguro social; sino que al hacerlo se le priva al empleado de un beneficio y derecho propio.

En este contexto, nuestro país ha tratado de combatir este fenómeno y el Código orgánico integral penal ha tipificado a esta infracción, en caso de tratarse de una empresa o persona jurídica, como un *delito contra el derecho al trabajo y la seguridad social*. Al

¹⁹¹ Oficina Internacional del Trabajo, *Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador* (Ginebra: Oficina Subregional de OIT para los Países Andinos, 2008), 40.

¹⁹² Véase en: Ecuador, *Código del Trabajo*, art. 42.

¹⁹³ Oficina Internacional del Trabajo, *Diagnóstico del sistema de seguridad social*, 36.

contrario, cuando está involucrada en esta conducta antijurídica una persona natural, física, de carne y hueso, este instrumento rector en materia penal tipifica a esta omisión como una *contravención contra el derecho al trabajo*, siendo que en sus artículos 243 y 244 respectivamente, expresa que:

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, [...] 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.¹⁹⁴

La norma no hace distinción entre personas jurídicas de derecho público o privado (sociedades de capital, ubicadas en esta categoría con base a la clase de actividades que emprenden). Por lo tanto, tal criterio no es de relevancia al momento de la aplicación de esta sanción de carácter pecuniario. Con respecto a la notificación, esta disposición no se aplica hasta la actualidad, en razón de que no ha sido desarrollada en normativa interna del IESS. Además existe un problema y son los diversos procesos en los cuales se requiere de esta herramienta, como por ejemplo: inspecciones, glosas, resoluciones de la comisión de prestaciones y controversias, de la comisión nacional de apelaciones y de providencias dictadas por los jueces ordinarios (por ejemplo: tribunal de lo contencioso administrativo).

Como se dijo, la norma penal también dirige su castigo hacia las personas naturales, por lo cual “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”.¹⁹⁵ De ello llegará a tener conocimiento el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por varios canales. Por medio de la presentación de un *reclamo administrativo*, es decir, a petición de parte interesada. Además conocerá por un cruce de información interinstitucional con el Servicio de Rentas Internas y el Ministerio de Trabajo, y por último como resultado de los controles efectuados por los inspectores en seguridad social. En este sentido, el IESS a través de su normativa, específicamente en la Resolución n.º C.D. 516¹⁹⁶ se ha encargado de prever el procedimiento y respectivo trámite del reclamo enunciado.

Lo que en realidad hace falta es fomentar en la sociedad una cultura de protección a los trabajadores, ya que una manera de hacerlo es insertándolos en el sistema de

¹⁹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 243.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, art. 244.

¹⁹⁶ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 516*.

seguridad social, mediante la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por lo tanto, a más de las sanciones previstas en el COIP,¹⁹⁷ debe estar presente una educación en derechos que le permita conocer a la población que el ordenamiento jurídico ecuatoriano luego de varios años de lucha, y a costa de la pérdida de muchas vidas humanas, ha reconocido a la seguridad social como un derecho. Consecuentemente, podrá exigir a las autoridades correspondientes el pleno goce de este derecho que le pertenece.

Otro mecanismo de fortalecimiento del control contributivo en el ámbito de la seguridad social, está relacionado con la caracterización que por ley se haga a los inspectores como autoridades, para que de esta manera los documentos e informes que realicen dentro de sus funciones sean considerados como un medio válido de prueba, dentro de cualquier asunto jurídico.¹⁹⁸ Lo cual se asemejaría al papel que con su informe, juega un perito en la etapa probatoria de un juicio. Esto es, otorgarle la posibilidad a la parte trabajadora, que cuando demande su derecho a la seguridad social, le sea viable probar sus argumentos de una manera adecuada, y que mejor que con una evaluación de la inspección realizada por este funcionario, quien tenga la calidad de autoridad.

Es trascendente manifestar además, que el término *aporte* corresponde al ingreso que recibe todo afiliado al sistema de seguridad social, para lo cual no se ha establecido un tope máximo, ello en virtud de su actividad laboral susceptible de valoración económica, en consecuencia, forma parte del componente salarial base para el cálculo de las prestaciones.¹⁹⁹ Lo dicho en parte es desacertado, en virtud de que tanto la ley de la materia como la normativa interna del IESS, se han encargado de establecer porcentajes de cotización tanto para el empleador como para el trabajador, tal como se indicó oportunamente. Además, este criterio rompe con el principio de universalidad, debido a que la seguridad social ya no abarca simplemente a quienes realizan una actividad objeto de valoración económica; protegiendo a todos y todas.

González y Barcelón, completan esta definición e indican que “se traduce en el abono, por los períodos estipulados y en los plazos establecidos, por parte de los sujetos obligados [...] o responsables”.²⁰⁰ En consecuencia, este monto predeterminado podrá ser

¹⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

¹⁹⁸ Véase en: Oficina Internacional del Trabajo, *Diagnóstico del sistema de seguridad social*, 41.

¹⁹⁹ Véase en: Universidad de Especialidades Espíritu Santo, *Análisis sobre la seguridad social* (Guayaquil: UESS, 2004), 88.

²⁰⁰ González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 144.

cancelado en el tiempo establecido por la Ley de seguridad social,²⁰¹ y por la Resolución n.º C.D. 516²⁰² en el caso de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, sujetándose a las respectivas sanciones o multas pecuniarias, de no ser acatada esta obligación contenida en la normativa pertinente.

Con respecto al plazo legal durante el cual los ciudadanos afiliados al IESS pueden realizar el pago de sus aportes, la ley vigente en esta materia se pronuncia a través del inciso cuarto de su artículo 73 dispone:

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.²⁰³

En definitiva, el empleador depositará la cantidad resultante de su contribución y la de su trabajador. En el caso del afiliado bajo el seguro voluntario así como el afiliado sin relación de dependencia, deberán coadyuvar con un aporte económico propio del 17.60 %, en virtud de que en esta figura no se evidencia la presencia del empleador; cabe recalcar que no cotizará el 3 % correspondiente a la cesantía, porque el 2 % constituye un ahorro del afiliado y el 1 % restante cubre el seguro de desempleo (derecho que se genera cuando se produzca un despido unilateral). Vale la pena indicar, que la obligación de aportar, se establece en forma mensual y es cancelada sin intereses de mora los quince días del siguiente mes, posterior a este tiempo se generarán a más de intereses, el posible establecimiento de responsabilidad patronal por prestaciones concedidas.

En concordancia, este retraso genera un “interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora”.²⁰⁴ El pago tardío de los aportes a la seguridad social tiene como consecuencia un recargo, pudiendo este ser el máximo establecido por la entidad bancaria estatal, es decir, el Banco Central del Ecuador al momento de liquidar la mora. Por lo tanto, el empleador ya no cancelará únicamente el porcentaje establecido por la ley.

Para mejor comprensión de lo indicado, se toma como ejemplo la legislación española, misma que contempla dos vías de cobro de las cotizaciones y otros recursos de la seguridad social y estas son: la voluntaria y la ejecutiva. La segunda se emplea cuando no se han cancelado las cuotas durante el lapso de tiempo previsto para su voluntaria

²⁰¹ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

²⁰² Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 516*.

²⁰³ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 73.

²⁰⁴ *Ibíd.*, art. 89.

recaudación, por medio de un procedimiento administrativo, en el cual la TGSS, es la dependencia competente, sobre la cual recae la función recaudatoria.²⁰⁵ Este mecanismo es análogo al previsto para el incumplimiento de las obligaciones de carácter civil, ya que un cheque es una orden incondicional de pago, de plazo vencido; mismo que se pagará antes de que este se caduque (vía voluntaria), caso contrario, será requerido por el acreedor a través de la administración de justicia (vía ejecutiva).

Tan similar es, que “tras la pertinente reclamación de deuda o la formulación del acta de liquidación, se expedirá la *providencia de apremio*, mediante la cual se despachará la ejecución contra el patrimonio del deudor. [Por lo tanto], de no efectuar el abono de la misma en el plazo de quince días, se procederá al embargo de sus bienes”.²⁰⁶ Lo cual vuelve factible demandar la omisión de pago al sistema de seguridad social, haciendo constar el listado de bienes del obligado. De manera que una vez levantada la demanda, o presentada un acta donde conste la cantidad adeudada más los respectivos recargos e intereses, tendrá lugar una advertencia para el responsable de la cotización (providencia de apremio), quien al no pagar en el tiempo previsto; se cobrará con sus bienes.

Además este incumplimiento en las obligaciones patronales, acarrea un perjuicio a los trabajadores-afiliados, en virtud de que no podrán acceder o se verá limitado su goce de préstamos (quirografarios e hipotecarios) y de las prestaciones que por ley les corresponden, excepto la de salud que nunca es vulnerada. En este sentido, “[...] [el] IESS concederá tales prestaciones, en la parte debida a la omisión o culpa del empleador, solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de éste, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto”.²⁰⁷ Es decir, el IESS subsanará este daño haciendo suya la obligación; y otorgará a la población afiliada ciertas prestaciones determinadas por la ley, aunque el empleador se encuentre en mora. Esto una vez declarada la responsabilidad patronal.

Sin embargo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social mediante la Resolución n.º C.D. 517 (Reglamento general de responsabilidad patronal), ha considerado que existen circunstancias en las cuales no se configura tal responsabilidad patronal. A continuación, algunas de ellas:

²⁰⁵ Véase en: González y Barcelón, *Introducción al derecho de la seguridad social*, 163.

²⁰⁶ *Ibíd.* Énfasis añadido.

²⁰⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 94.

a) Los pagos de aportes realizados con posterioridad a los quince (15) días del mes siguiente, cuando por caso fortuito o fuerza mayor el IESS amplíe la fecha de pago [...] o cuando los aportes se los realiza en el primer día hábil posterior al quince (15), en caso de que éste sea sábado, domingo o feriado. [...] c) Por aportes del afiliado asumidos por el IESS, debido al subsidio por enfermedad.²⁰⁸

Con respecto al literal *a*, un ejemplo de fuerza mayor que motiva a que el IESS postergue la fecha de pago, sin generar responsabilidad patronal, podría ser un daño general en el sistema informático de la institución o días feriados. Por último, otro caso previsto por dicho reglamento, es en el caso de subsidio por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a la contingencia de enfermedad, dentro del seguro general de salud individual y familiar, pues la institución no tiene la calidad de empleador.

En cuanto a las personas que desarrollan labores de auto sustento y cuidado humano en sus hogares, el artículo 75 del Reglamento de aseguramiento, recaudación y gestión de cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, indica que “el afiliado que realiza trabajo no remunerado del hogar pagará la aportación personal al Seguro General Obligatorio, dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes siguiente, por medio de los mecanismos de recaudación autorizados por el IESS”.²⁰⁹ En el caso de este grupo de la población asegurada, corresponderá el pago de la cantidad equivalente al porcentaje de acuerdo al nivel en el que se encuentre, mismo que con oportunidad se dió a conocer. Evidentemente la obligación es igual para todos los afiliados.

En vista de la situación particular de este sector de la ciudadanía asegurada, no solo coopera como se dijo la unidad económica familiar, sino también el Estado; ente que para cancelar su respectivo aporte, también tendrá un tiempo determinado por el artículo 76 de la citada resolución, aquella que señala que “los valores por concepto de contribución del Gobierno Central, serán transferidos al IESS hasta el último día laborable del mes siguiente del período de aportación”.²¹⁰ De modo que, es el Ministerio de Economía y Finanzas, en teoría el delegado de consignar dentro del plazo, el correspondiente subsidio en la caja del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; ahora en la práctica no se conoce el real cumplimiento del pago de estos fondos.

Ahora, en caso de que tanto la unidad económica familiar como el Estado; quienes contribuyen en esta modalidad de afiliación, incumplan o se atrasen en el pago de aportes, la Resolución n. ° C.D. 516, dispone que “se excluye del cobro de multas por

²⁰⁸ Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D.517*, Registro Oficial 801, 20 de julio de 2016, art.3.

²⁰⁹ Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 516*, art. 75.

²¹⁰ *Ibíd.*, art. 76.

concepto de moras e intereses así como de responsabilidad patronal a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar y a los miembros de la unidad económica familiar”.²¹¹ Ello en razón de que en el trabajo no remunerado del hogar, no está presente la figura de un empleador; condición necesaria y lógica para que se aplique la figura de la responsabilidad patronal.

Sin embargo, no se quiere decir con ello, que el desacato a esta obligación no tenga consecuencia alguna. En este contexto, la normativa interna de la institución responsable de la seguridad social, se ha pronunciado en el sentido de que:

Quando no hubieren cancelado las aportaciones dentro de los plazos y condiciones establecidos [...], el sistema informático del IESS mantendrá dichas obligaciones en estado de planilla hasta por dos aportes no cancelados (sesenta días), de no registrar el pago dentro de este plazo, automáticamente se suspenderá la generación de planillas y se registrará el aviso de salida con la fecha del último día del mes pagado.²¹²

Aquí se evidencia, que la contribución o aporte económico a la seguridad social es un deber constitucional, de cumplimiento obligatorio. En este sentido, se deberá cancelar el monto respectivo en el plazo que la ley ha determinado para ello, caso contrario de manera automática el área de informática del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, conservará dichas obligaciones en estado de planilla²¹³ hasta por dos meses-dos aportes no cancelados. Dejando ese período en pausa a la espera de que se ponga al día en el pago. Consecuentemente, en el caso de no consignar el pago en los sesenta días, en el sistema informático del IESS se registrará inmediatamente y sin procedimiento alguno, el aviso de salida con fecha del último día del mes cancelado.

2.1. El presupuesto: Marco conceptual y naturaleza jurídica

En este punto de la investigación, luego de haber explicado todo lo referente a la seguridad social, considero oportuno fortalecer este debate con un tema por naturaleza económico, pero necesario para comprender la lógica de la materialización de las prestaciones que brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a sus afiliados. Ya

²¹¹ *Ibíd.*, art. 77.

²¹² *Ibíd.*, art. 71.

²¹³ Entiéndase por *estado de planilla*, el documento que genera el sistema informático del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; aquel que determina la cantidad del aporte o contribución que se cancelará.

que son estos recursos y su debido manejo, los que hacen viable la misión protectora del sistema de seguridad social.

En esta línea, se entiende que el presupuesto, es el aproximado de los ingresos fiscales, depositando en cada norma la responsabilidad y dotándoles de la facultad de organizar cada una las rentas que conforman tales ingresos; además de permitir los gastos, siempre limitando sus cantidades a los valores que constan en el presupuesto y estableciendo su destino.²¹⁴ Concepto que aplicado al sistema de seguridad social, consiste en el conjunto de recursos, que como se dijo, posee el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; siendo disímiles a los del Estado. Los cuales se destinarán hacia la satisfacción de las prestaciones en beneficio de los afiliados, constituyendo además un parámetro que mide el gasto. Finalmente, aquel presupuesto es aprobado en sesión del Consejo Directivo del IESS.

Previa a la aprobación por el Consejo Directivo, de acuerdo con el artículo 55 de la Ley de seguridad social, “la proforma presupuestaria será elaborada [...] por el Director General del Instituto, quien la remitirá al Ministro de Economía y Finanzas. Con el informe de dicha autoridad, pasará a conocimiento y aprobación del Consejo Directivo”.²¹⁵ En otras palabras, deberá la proforma presupuestaria, a pesar que de los recursos de la seguridad social no forman parte del presupuesto general del Estado, pasar por el filtro favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

Ahora, “definir el término *presupuesto* en términos de finanzas públicas equivale a describir al elemento que permite la planificación de las actividades financieras del Estado”.²¹⁶ Con respecto al objeto de estudio que se investiga en la presente, el presupuesto servirá de guía; volviendo factible que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se organice económicamente en cuanto a la cobertura que brindará, ya que conforme a este, se decidirá si se amplía o no las contingencias, si implementa o no un mayor número de modalidades de afiliación, etc. En tanto que permitirá la planificación de una serie de actividades, las cuales harán efectiva la misión y visión de la institución.

Una vez comprendido e interiorizado este concepto, es ineludible hacer hincapié en la naturaleza jurídica del presupuesto. En esta línea, “el presupuesto es el resultado de calcular y proyectar ingresos y gastos, consecuentemente su primera fase es técnico

²¹⁴ Véase en: Jaime Ramírez Plazas, *Manual de Control Presupuestal* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001), 8.

²¹⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 55.

²¹⁶ Eddy De la Guerra Zúñiga, *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas* (Quito: CEP, 2013), 17.

administrativa y está a cargo del ejecutivo a través de un órgano técnico, en cuyo caso su naturaleza originaria es la de un *acto administrativo*”.²¹⁷ En definitiva, el presupuesto es el producto final de un análisis profundo sobre aspectos relativos a (ingresos y egresos), por parte del Ministerio de Economía y Finanzas; en consecuencia, al pronunciamiento de este ente del sector público, se le conoce como acto administrativo, debido a que es una declaración unilateral de un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

Al hablar de la naturaleza jurídica del presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la situación es diferente, en virtud a que se considera que este es un *acto normativo*. Puesto que se expresa mediante *reglamento* y el Consejo Directivo del IESS tiene potestad reglamentaria. Criterio que se fortalece, al momento de entender que entre acto administrativo y reglamento, existen algunas diferencias, entre ellas una de trascendencia práctica. En esa línea, “[...] la potestad reglamentaria no corresponde más que a aquellos órganos a quienes específicamente se la atribuye el ordenamiento; en cambio, el poder de dictar actos administrativos es una cualidad general de todo órgano de la Administración, su modo normal de expresarse. [...]”.²¹⁸

Debido a que, si bien es cierto no se aprueba por medio de ley emitida por la función legislativa. Sin embargo, los reglamentos (a las cuales se les considera también disposiciones y mandatos), forman parte del ordenamiento jurídico y al igual que la ley, se encuentran publicados en el Registro Oficial. Lo cual pone en evidencia la facultad que tiene el IESS de administrar responsablemente sus fondos, los cuales no forman parte del Presupuesto General del Estado.

Volviendo al debate sobre las fases o etapas del presupuesto. La fase a la cual Eddy De la Guerra hizo referencia, es la inicial y no hace posible todavía la aplicación del mismo, ya que “el presupuesto se aprueba a través de un conjunto de pasos legislativos, que si bien se asemejan al proceso de aprobación de una ley, no son en *stricto sensu* idénticos”.²¹⁹ En el caso de los recursos que en conjunto forman parte del presupuesto del sistema de seguridad social, lo enunciado cambia, en virtud de que el mecanismo utilizado para su aprobación y ejecución es diferente al utilizado para el presupuesto estatal. Posterior al análisis realizado queda demostrado, que el presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social puede ponerse en práctica inmediatamente, luego de haber sido discutido, estudiado y admitido por el órgano competente.

²¹⁷ *Ibíd.*, 25.

²¹⁸ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (Madrid: Civitas / Thomson Reuters, 2011), 198.

²¹⁹ De la Guerra, *El rol de los ingresos tributarios*, 26.

En concordancia, el Consejo Directivo es el órgano competente para aprobar el presupuesto del IESS, conforme lo dispuesto por el literal *i* del artículo 27 de la Ley de seguridad social, en el siguiente sentido “i. la aprobación del presupuesto general de operaciones del IESS, preparado por el Director General y sometido a informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas, hasta el 31 de diciembre de cada año”.²²⁰ Como se evidenciará más adelante, existe un conflicto de leyes, entre lo dispuesto por el Código orgánico de planificación y finanzas públicas²²¹ y la Ley de seguridad social,²²² en cuanto al tiempo en que será enviada la proforma presupuestaria al Ministerio de Economía y Finanzas.

Retomando el análisis, Eddy De la Guerra sostiene que “el presupuesto es un instrumento técnico-jurídico de *naturaleza mixta*”,²²³ en razón de que está compuesto por dos fases. En primer lugar, se concibe u origina a través de un acto administrativo y en segundo lugar, podrá ser ejecutado y surtirá efectos una vez que haya sido aprobado siguiendo un procedimiento parecido pero no igual al establecido en la norma suprema para la entrada en vigencia de las leyes que conforman el ordenamiento jurídico.

Al respecto, José Ferreiro Lapatza expresa que, “[coexisten] dos actos jurídicos distintos en un solo documento formal. Así se empieza a configurar el presupuesto como *acto jurídico complejo*”.²²⁴ Se trata de la misma figura a la cual se hizo referencia, en razón de que en el presupuesto conviven tanto la declaración de voluntad de la administración pública, como el proceso de aprobación del mismo; lo que marca la diferencia, es como lo denomina el autor.

Ahora bien, como ya se aclaró oportunamente los recursos del IESS no forman parte del presupuesto general del Estado, criterio que es reforzado por el artículo 16 de la Ley de seguridad social, cuando dispone que “sus fondos y reservas técnicas son distintas de los del fisco”.²²⁵ Es un patrimonio autónomo, en virtud de que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es una institución que por disposición legal goza de autonomía financiera y como se indicó, está constitucionalmente prohibida cualquier intromisión en sus fondos.

²²⁰ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 27.

²²¹ Ecuador, *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*, Registro Oficial 306, Segundo Suplemento, 22 de octubre del 2010.

²²² Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

²²³ De la Guerra, *El rol de los ingresos tributarios*, 26. Énfasis añadido.

²²⁴ José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000), 301. Énfasis añadido.

²²⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, art. 16.

Cabe recalcar, que su presupuesto está conformado por ingresos “[...] por aportes personales y patronales, fondos de reserva, descuentos, multas, intereses, utilidades de inversiones, contribución financiera obligatoria del Estado, [...] no podrán gravarse bajo ningún concepto, ni destinarse a otros fines que a los de su creación y funciones”.²²⁶ Lo que quiere decir, que el patrimonio del IESS, debe destinarse únicamente a todo lo relacionado con la realización de las prestaciones del seguro general obligatorio, aquella que es la misión principal de la institución.

Por último, se enfatiza que las proformas presupuestarias de las instituciones del sector público que no se encuentren contenidas en el Presupuesto General del Estado, una vez que cumplan con el proceso interno de aprobación, deberán ser enviados nada más que con fines informativos a la entidad rectora en materia de finanzas públicas, en un plazo de 30 días contados desde su aprobación.²²⁷ Aquí es donde radica la confusión, ya que este código dispone que el presupuesto luego de su aprobación, sea enviado al Ministerio de Economía y Finanzas, únicamente con fines informativos. Mientras que la ley vigente en materia de seguridad social, hace alusión al envío como un requisito previo para que el Consejo Directivo, conozca y apruebe el presupuesto del IESS. En este caso que evidencia un conflicto de leyes, para su solución se aplicarán las reglas del título preliminar del Código Civil.²²⁸

Con respecto a la ejecución de este; como dato relevante y que fortalece esta investigación, es que de acuerdo con la Resolución n.º C.D. 545,²²⁹ el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el 2017 contó con un presupuesto consolidado, que sumando todas las áreas o seguros especializados de la institución (Dirección general, seguro general de pensiones, seguro general de riesgos del trabajo, seguro general de salud individual y familiar, seguro social campesino, y el seguro de desempleo y cesantía), da como resultado la cantidad de ocho mil ciento setenta y tres millones seis cientos cincuenta mil setecientos ochenta y un, dólares americanos con cero centavos (8, 173,650, 781.00 USD).²³⁰

Sin embargo, conforme se desprende del informe de rendición de cuentas n.º 6579, mismo que fue presentado por el director general del IESS ante el Consejo de

²²⁶ *Ibíd.*

²²⁷ Véase en: Ecuador, *Código Orgánico de Planificación*, art. 112. Énfasis añadido.

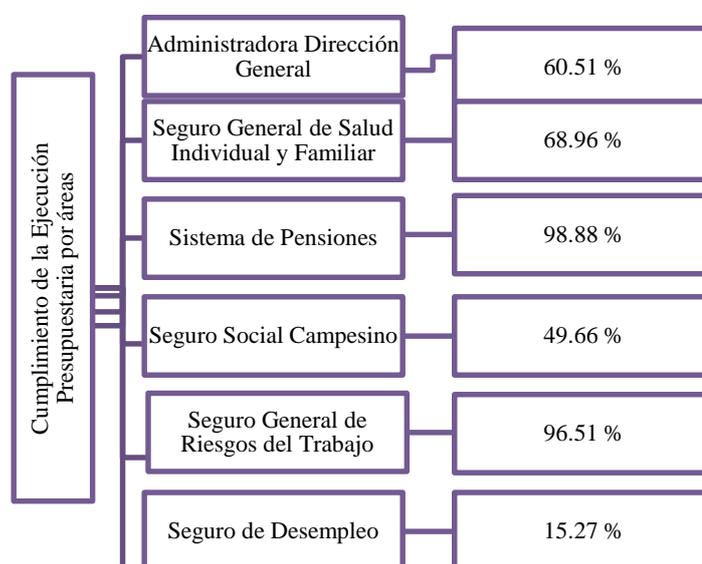
²²⁸ Ecuador, *Código Civil*.

²²⁹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 545*, Registro Oficial 914, Edición Especial, 22 de febrero de 2017.

²³⁰ Para constatar esta información, diríjase al anexo n.º 4, mismo que se encuentra en la sección respectiva.

Participación Ciudadana y Control Social, expone un cumplimiento del presupuesto institucional del 73.00 %, es decir, no ha sido ejecutado en su totalidad; teniendo como gasto corriente ejecutado, únicamente el monto de 5.629.391.837,77 USD, de lo planificado que era 6.791.121.444,42 USD; y destinando 6.721.016.081,89 USD hacia la protección de la población afiliada, ante de las diversas contingencias y sus respectivas prestaciones, aquellas que responderán a las necesidades de la ciudadanía asegurada. En este sentido, se verá que el sistema de pensiones, ha sido el que más ha ejecutado el presupuesto asignado, en un 98.88 %, seguido de riesgos del trabajo con un 96.51 %.²³¹

Cuadro 1
Cumplimiento de la ejecución presupuestaria del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dividido por áreas



Fuente: Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Informe de Rendición de Cuentas n.º 6579* (Quito: IESS, 2017), 5.
 Elaboración propia

Vale la pena aclarar, que por un lado en este informe no se da a conocer el motivo por la cual no se ha utilizado el 100 % del presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lo cual con certeza hubiese permitido optimizar la calidad de este servicio público. Por otro lado, en teoría no existiría un *déficit presupuestario*, debido a que el Estado aparentemente no ha gastado una cantidad mayor de la que dispuso en aquel momento. En definitiva, la situación económica del IESS, no sería mala de acuerdo al informe.

²³¹ Véase en: Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Informe de Rendición de Cuentas n.º 6579* (Quito: IESS, 2017), 5

Ahora, si es tan alentadora la economía de la institución, porque en la práctica el seguro social en el Ecuador, no permite que la población vea satisfecho en plenitud su derecho a la seguridad social. ¿No será más bien, que este informe no revela la crítica realidad del IESS y que existe información que no ha sido visualizada?, ¿porque las autoridades no han hecho uso de todos los recursos económicos?. En este contexto, curiosamente como se indicó, se deroga la Resolución n. ° C.D. 501,²³² misma que contenía la aportación del trabajo no remunerado del hogar y su respectiva distribución hacia las prestaciones del seguro general obligatorio.

Ante esta situación, en relación a los derechos de esta población afiliada, el Consejo Directivo, toma ventaja y emite la Resolución n. ° C.D. 513,²³³ aquella que en su artículo 3 como se verá con posterioridad, exige para acceder a una prestación que la ley les reconoce; destinar un porcentaje del dinero aportado hacia aquella. Cabe recalcar, que si el seguro general de riesgos del trabajo, no ha utilizado todo su presupuesto, mal puede solicitar este requisito a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, a sabiendas de su situación de vulnerabilidad, sino todo lo contrario debería destinar responsablemente ese 3.49 % restante hacia la efectiva protección de lo que este engloba.

El IESS como instituto responsable de la seguridad social en el país, con fecha diciembre del 2014, efectuó a través de la dirección actuarial y de investigación, una *valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado*. Aquello significa que realizó un estudio de la normativa vigente, las contingencias, prestaciones y su financiamiento, rango de edad de la futura población afiliada bajo esta modalidad, hasta hizo una proyección del número de personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, que estarán afiliadas y protegidas por el seguro general obligatorio, etc. El período de valoración fue del 2015 hasta el año 2054.²³⁴

Conforme se puede comprobar en este estudio actuarial, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuando en el año 2015 la cifra de habitantes en el Ecuador ascendía a 15.199.665, de los cuales 7.442.752 pertenecían a la población económicamente activa, se proyectó tener 1.247.115 afiliados al sistema de seguridad social bajo el trabajo no

²³² Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 501*.

²³³ Ecuador IESS, *Resolución n. ° C.D. 513*, Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016.

²³⁴ Se debe tener presente que “el modelo matemático propuesto en este estudio describe la dinámica de ingresos, egresos y reserva de un esquema de pensiones determinado por parámetros demográficos, económicos y financieros definidos previamente”. Véase en: Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado* (Quito: IESS, 2015), 31.

remunerado del hogar. De acuerdo a la planificación, en el 2017, la cifra aumentaría a 1.292.902, teniendo como propósito incrementarla en el 2018 a 1.315.961.²³⁵ Sin embargo, según datos oficiales proporcionados por la subdirección nacional de afiliación, cobertura y gestión de la información del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, hasta diciembre del 2017, se encontraban registrados en la institución en calidad de afiliados, un total de 212.666 personas que realizan labores de auto sustento y cuidado humano en los hogares. Y con corte a septiembre del 2018, estuvieron registrados en el sistema 197.172 afiliados bajo el trabajo no remunerado del hogar.²³⁶

Por lo tanto, no se consiguió la proyección buscada en el estudio actuarial, incumpléndose también con una de las metas formuladas que consta en el informe de rendición de cuentas, esta es la de *ampliar el acceso al seguro universal obligatorio de la población ecuatoriana en general, incluyendo al trabajo no remunerado del hogar*, cuyo patrón de medida es el número de afiliados, siempre que se encuentren en estado activo, en otros términos, con aviso de entrada, sin que hayan sido dados de baja del sistema, mediante un aviso de salida. El IESS, en cuanto al número de afiliados bajo el trabajo no remunerado del hogar, se puso una meta difícil de mantener, al demandar esta una excesiva colaboración económica del Estado.

En tiempo actual, el IESS cuenta con un presupuesto institucional consolidado, de 9, 062,849, 017.00 USD (Nueve mil sesenta y dos millones ochocientos cuarenta y nueve mil diecisiete dólares americanos, con cero centavos), el cual lógicamente se fraccionará para todas las diferentes áreas o sectores, mismo que el 28 de diciembre del 2017, fue aprobado por el Consejo Directivo, mediante Resolución n.º C.D. 567.²³⁷ Cabe recalcar, que sería ilógico que los ingresos fuesen iguales a los egresos, sin embargo, las cifras del fondo presupuestario anual del IESS del 2018, muestran aquello, lo cual es incorrecto. Se aclara, que aún no se conoce el porcentaje en qué se ha ejecutado el presupuesto.

Con respecto a la población afiliada, a la cual la institución debe amparar, de acuerdo a los datos proporcionados por la dependencia correspondiente de esta institución, con corte a septiembre del 2018, constan en el sistema a nivel nacional, sumando el seguro general (incluyendo también a los trabajadores bajo relación de dependencia, personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, etc.), el régimen voluntario, y con el seguro social campesino; tres millones seiscientos noventa mil

²³⁵ Remítase a la sección de anexos, concretamente al anexo n.º 6.

²³⁶ Estas cifras constan en el anexo n.º 3, en la página n.º 119 del presente trabajo.

²³⁷ Para conocer a detalle el presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social correspondiente al año en curso, remitirse a la sección de anexos, específicamente al anexo n.º 5.

setecientos doce afiliados (3.690.712),²³⁸ estando en consecuencia muy por debajo de la meta planteada en la mentada valuación financiera actuarial.

3. Principios que rigen la administración del gasto público del sistema de seguridad social

A manera de introducción, el gasto público es aquel que se reparte con la finalidad de responder a las necesidades de la población. Ante esta afirmación, queda la duda de ¿Qué es lo que demanda la ciudadanía? Existen algunas que no se cuestionan, entre ellas, la seguridad social. Incide en el concepto de gasto público el revelar quienes son los beneficiarios.²³⁹ En otras palabras, es el manejo, la administración o reparto de los recursos, hacia las necesidades de la ciudadanía, expresadas en derechos, tales como la seguridad social. En cuyo caso, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el cual deberá con una correcta distribución de sus ingresos, hacia el seguro general obligatorio, permitir que las distintas contingencias que este oferta, sean un real beneficio para la población afiliada.

Guillermo Ahumada, define al gasto público como “[...] una erogación monetaria, realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinado a fines del desarrollo nacional que se estima como interés colectivo”.²⁴⁰ El autor denomina como tal, al desembolso o distribución de los ingresos públicos, que efectúa el Estado a través de la entidad del sector público legalmente competente. Esta herramienta, tiene como finalidad, alcanzar el progreso de la nación, mismo que se logrará cuando se haya satisfecho por ejemplo: el derecho al trabajo, pagando los salarios a los trabajadores en general, así también, al saldar mediante el pago contratos de obras públicas, como mejora de autopistas, construcción de hospitales, escuelas, etc., lo cual mirará hacia un interés colectivo, el interés de la sociedad.

Héctor Villegas, aporta con una fuerte afirmación, y es que “el concepto [de gasto público] está siempre ligado al de necesidad pública. Ésta es su presupuesto de legitimidad, puesto que es indispensable su preexistencia para que el gasto se

²³⁸ En caso de querer verificar la referida información, dirigirse al anexo n.º 2.

²³⁹ Véase en: José Vicente Troya, “El derecho del gasto público”, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, coord. Catalina Plaza y Roberto Santagata (Bogotá / Napoli: Temis / Jovene Editore, 2011), 355.

²⁴⁰ Guillermo Ahumada, *Tratado de Finanzas Públicas*, 4ª.ed. (Buenos Aires: Plus Ultra, 1969), 69.

justifique”.²⁴¹ Es imprescindible, que dichas erogaciones respondan a las necesidades urgentes e indispensables de la población, en tanto que ahí estará la legitimidad de la figura del gasto público.

Por su parte, con un criterio profundo y acercado a la realidad, Eddy De la Guerra, indica que el gasto público es la mutación del dinero estatal en servicios públicos, aquellos cuyo propósito es el de hacer efectivas las exigencias que en el ámbito presupuestario tiene tanto el Estado como ente, como la colectividad en general, aquella que aporta económicamente a que se cumplan dichos fines; ahí es donde radica el nexo entre ingresos y gastos.²⁴² En definitiva, es una herramienta que permite al Estado, mediante sus fondos costear y responder ante sus mandantes, otorgándoles servicios públicos de calidad, que haga posible una vida digna de su condición de ser humano, resaltando que también los individuos aportarán para ello. Se debe dejar claro, que también serán utilizados para saldar deudas y pagar salarios.

Por otro lado, menciona la autora que del gasto público se deriva una conexión muy fuerte entre los ingresos y gastos o egresos; razonamiento al cual me adhiero, en virtud de que debe existir una relación simétrica entre los recursos y los desembolsos ejecutados por el Estado a través de las distintas instituciones públicas en todas las áreas, ya que ello dará cuenta de una gestión responsable para con la sociedad, transparente, que no juega con el dinero ni las necesidades de la gente, que respeta la Constitución²⁴³ como lo que es, la *norma suprema*; se acoge a la ley, a los principios, pero sobre todo y lo más importante, toma los derechos en serio, sin defraudar la confianza depositada en él como responsable de velar por su bienestar.

En concordancia, José Vicente Troya con base al pensamiento de un autor importante en materia de gasto público, como lo es Juan José Bayona de Perogordo, indica que “la consagración constitucional de un principio de justicia en el gasto crea un nuevo horizonte. Incluso, al gasto público son aplicables los principios generales de orden público; así, el respeto a la propiedad privada y a la libertad económica [...]”.²⁴⁴ En consecuencia, el respeto a la equidad o justicia como principio constitucional, marca un mejor destino en lo que al gasto público respecta. Además, expresa un criterio fundamental y es que el Estado debe gastar en lo necesario, en otros términos, que la falta

²⁴¹ Héctor Villegas, *Manual de finanzas públicas* (Buenos Aires: Depalma, 2000), 126.

²⁴² Véase en: De la Guerra, “Presupuesto, gasto público”, 74.

²⁴³ Ecuador, *Constitución de la República*.

²⁴⁴ José Vicente Troya, *El derecho del gasto público*, 348.

de recursos no sea una causa para que con un número excesivo de impuestos se limite la libertad económica y se viole la propiedad privada.

Criterio que es reforzado, por la idea de que “el principio de reparto que, como regla general, ha de fundamentar e inspirar el sistema de organización financiera de un sistema de Seguridad Social, requiere el establecimiento de mecanismos de *equilibrio entre ingresos y gastos*”.²⁴⁵ En este sentido, para que la solidaridad o el principio de reparto, que caracteriza y es la esencia misma del sistema de seguridad social, cumpla con su finalidad y pueda brindar protección igualitaria a todos los afiliados, debe existir imprescindiblemente un equilibrio financiero entre ingresos y egresos, es decir, una relación directa y real entre el capital del que se dispone y los rubros que se gastan, y en qué. Por lo tanto, se tiene que tratar de no caer en un déficit.

En esta línea, Martínez Giner tomando como punto de partida el pensamiento de otros autores, propone dos teorías, que dan cuenta de la manera en la que se ha configurado el gasto público. En este contexto, la primera de ellas, toma como punto de partida la relación jurídica, para exponer la corriente de gasto del fenómeno financiero; por otro lado, la teoría de la función financiera del gasto público, tiene como base para su concepción del gasto público, al término poder.²⁴⁶ En consecuencia, dos miradas, cada una con enfoques diferentes sobre cómo está estructurado o conformado el gasto público. A continuación, se explicará con detalle el alcance de ellas.

Para la construcción de la teoría de la *relación jurídica del gasto público*, el autor cita a Buscema; de acuerdo con él, este supuesto “construye su concepción del gasto público sobre una relación jurídica que se establecería entre el Estado o ente público y la generalidad de los ciudadanos, a semejanza de la relación jurídico-tributaria existente en el ámbito impositivo”.²⁴⁷ En este contexto, la esencia del gasto público es el vínculo de orden jurídico existente entre el gobierno (benefactor, administrador, mandatario) y la ciudadanía en general (beneficiarios, administrados, mandantes), quien como se indicó, garantizará a través de fondos tanto suyos como de la misma población, la satisfacción de necesidades; vía por la cual, a mi criterio va este punto de encuentro.

Luis Martínez, al desarrollar la citada teoría, toma en consideración la opinión de Ingrosso; citándolo en su texto, para quien “el gasto público se configura como una

²⁴⁵ González et al., *La Articulación de un Sistema*, 90. Énfasis añadido.

²⁴⁶ Véase en: Luis Alfonso Martínez Giner, “Crisis económica y gasto público: Una reflexión jurídica”, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, coord. Catalina Plaza y Roberto Santagata (Bogotá / Napoli: Temis / Jovene Editore, 2011), 365.

²⁴⁷ *Ibíd.*, 366.

relación jurídica y obligacional que surge y se desenvuelve a partir del momento en el que la Administración compromete las cantidades consignadas en el presupuesto”.²⁴⁸ De acuerdo a él, el gasto público deviene en forma de una relación de carácter jurídico, misma que tiene contenido obligacional, dirigido hacia el Estado, como protector de derechos y controlador, en teoría, de las actuaciones de las distintas instituciones públicas, encargadas del manejo de los recursos. En consecuencia, aquella nace cuando la Administración inmiscuye los fondos que forman parte del presupuesto, para las diversas actividades.

En el Ecuador, esto se debe a que “el modelo adoptado por la nueva Constitución aumenta el espacio de la actividad económica del Estado y reduce de modo severo el de la actividad económica del sector privado. Ello redundará en el incremento notable del gasto público”.²⁴⁹ Con la Constitución del 2008,²⁵⁰ se pasa de un modelo alejado y ausente, a uno activo y garantista de derechos, de tinte neo constitucionalista. Consecuentemente a mayor manejo de los recursos públicos, crecerá el control de este sobre el gasto público.

Ahora, una vez agotada la primera hipótesis, es tiempo de pasar a analizar *la teoría de la función financiera del gasto público*. En este contexto, Álvaro Rodríguez Bereijo, considera que la normativa que compone el gasto público como derecho, es de carácter instrumental que regula el ejercicio de la función pública, pero siempre de orden financiero, cuyo ejercicio da lugar a un procedimiento, la ejecución del gasto.²⁵¹ Según esta, la normativa que rija el derecho del gasto público, será de tipo adjetiva y ordenará el ejercicio de la administración pública relacionada con el ámbito financiero, cuya actividad da paso a la materialización o ejecución del gasto.

Como cierre de esta sección, “consideramos que ambos aspectos -relación jurídica y potestad de gasto- no son excluyentes, sino que, al contrario, deben coordinarse e integrarse a pesar de su distinción conceptual, [para configurar] una concepción amplia y novedosa del gasto público”.²⁵² El aporte del autor a la teoría del gasto público, es el logro de un punto de equilibrio entre las dos teorías que anteceden; sin considerar la una

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ José Vicente Troya, *El derecho del gasto público: Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos* (Bogotá: Temis, 2014), 38.

²⁵⁰ Ecuador, *Constitución de la República*.

²⁵¹ Véase en: Álvaro Rodríguez Bereijo, *Introducción al estudio del derecho financiero* (Madrid: Ministerio de Hacienda, 1976), 337.

²⁵² *Ibíd.*, 367.

más relevante que la otra, lo que facilitaría, que estas juntas puedan construir un nuevo concepto de gasto público; sin prescindir una de otra.

Otro punto relevante a tratar, es la conexidad entre el gasto público y los derechos económicos, sociales y culturales. En esta línea, José Vicente Troya en una investigación realizada hace algún tiempo, enseña que la parte económica de la Constitución, tiene indudablemente un vínculo muy sólido con los DESC y con el gasto público. Sienta como antecedente, que desde la Constitución del Weimar en 1919 y antes la de México en 1917, se ha introducido el tema social en las constituciones.²⁵³ El autor da a conocer un hecho histórico, que fortalece a esta clase de derechos. Esta contribución es importante, debido a que ya no solo es el aspecto de la organización del poder el que consta en la norma suprema, sino también el modelo económico con un matiz social.

En este contexto al ser los derechos sociales considerados como prestacionales y depender de un *costo* para hacerse efectivos, son “precisamente [...] estos costos los que hacen imposible comprender a los derechos como una cuestión de absolutos, de carácter inflexible, porque dependen del presupuesto público”.²⁵⁴ Es lógico que la real existencia de los derechos en general,²⁵⁵ en otras palabras, no solo de los *sociales*, dependa del presupuesto del Estado, en razón de que se necesita dinero para invertir en: construcción y adecuación de la infraestructura necesaria, sueldos y salarios de los funcionarios, proceso de selección de servidores públicos ,etc. A decir de la jurista, estaría justificada cualquier limitación en la protección en caso de una crisis económica.

Al contrario, de acuerdo con Carbonell “el Comité se ha encargado de enfatizar que es justamente en tiempos de contracción económica cuando mayor relieve toman las obligaciones estatales para satisfacer los derechos y cuando más atención se debe poner a la correcta utilización de los recursos disponibles”.²⁵⁶ En definitiva los derechos están revestidos de tal importancia, que se ha decidido que los estados no podrán alegar falta de recursos para negarlos o protegerlos de manera parcial o limitada, ya que en tiempos de crisis económica, es cuando el Estado debe prestar más atención a la responsable administración de los ingresos y las necesidades de la gente; de no hacerlo agravaría aún más el sufrimiento.

²⁵³ Véase en: José Vicente Troya, *El derecho del gasto público*, 33.

²⁵⁴ Liliana Galdámez Zelada, “Stephen Holmes y Cass R. Sustein: ‘El Costo de los derechos: Porqué la libertad depende de los impuestos’.”, *Revista Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 810, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200024.

²⁵⁵ Vale la pena explicar, que conforme a lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador del 2008, una de las características de los derechos es que todos tienen la misma jerarquía, lo cual quiere decir que no existe clasificación alguna.

²⁵⁶ Carbonell, *Eficacia de la Constitución*, 84.

Al respecto, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, dispone que “cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, [...] económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.²⁵⁷ En este sentido, lo previsto en dicho convenio internacional es aplicable a la realidad ecuatoriana, en razón de que el Ecuador es parte de la Organización de las Naciones Unidas; organismo dentro de cuyo seno se ha debatido y promulgado aquel tratado. En este caso nuestro país no ha cumplido, por lo cual podrá ser responsable internacionalmente.

No se debe caer en una demagogia constitucional, como un mecanismo para adquirir o aumentar la popularidad de los poderes públicos, prometiendo una cantidad de derechos o garantías, ya que de esa manera la función legislativa siembra ilusiones en los individuos, que posteriormente de incumplirse, la población sentirá se ha cometido un fraude constitucional.²⁵⁸ Antes de continuar, se debe tener clara una idea, y es que los términos *derechos* y *garantías*, no son sinónimos, ya que las “[...] garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. [...]”.²⁵⁹ En definitiva, se trata de los mecanismos o herramientas que contempla el ordenamiento jurídico para volver efectivos los derechos fundamentales hasta su máxima expresión, aquello en respuesta a la esencia del Estado constitucional, como lo es el Ecuador.

En esta línea, la seguridad social es un derecho, y el Estado frente a ello tiene como deber primordial velar por el pleno goce y ejercicio del mismo. En consecuencia, no debería ser simplemente una promesa política hecha por los candidatos presidenciales en tiempos de campaña electoral o instrumento para ganarse la simpatía de los electores. Sin embargo, en la práctica lo único que han hecho los gobiernos de turno, es sembrar expectativas en la gente, a través de *derechos literales* o *irrealizables*.

En esta línea, ante una situación económica difícil, sin dejar de lado con mayor razón el principio de equidad, aquel que debe mantenerse; el rol del gasto público tendrá que ser diferente, es decir, se deberá adecuar a la misma, permitiendo fortalecer el

²⁵⁷ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, 3 de enero de 1976, num. 2, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

²⁵⁸ Véase en: Néstor Sagués, “Notas sobre el trabajo y la seguridad social en la Constitución del Ecuador”, en *Derechos y Libertades*, coord. Luz Entrena Vásquez (Quito: Corporación Editora Nacional, 2005), 68-9.

²⁵⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Editorial Trotta, 2001), 25.

principio de justicia en lo que al gasto público respecta, debido a que la presencia de recursos públicos limitados obliga al Estado a seleccionar minuciosamente y de la manera más equitativa su destino, para conseguir priorizar los gastos que resulten más justos por ser necesarios.²⁶⁰ En otras palabras, el Estado debe tomar medidas y distribuir los ingresos de los cuales dispone de manera equitativa; gastar en lo estrictamente necesario, en atención a la población más vulnerable sin descuidar lógicamente al resto de la ciudadanía, debido a que su presupuesto limitado, habrá de ser suficiente para cubrir las necesidades vitales.

Cabe recalcar que los recursos deben administrarse con responsabilidad. Al respecto, es necesario un desvío para reflexionar acerca de un gran obstáculo que se debe vencer para conseguir sanear las finanzas públicas, este es la corrupción; conducta contraria a la ética, que ha sido en el Ecuador la principal causante de pérdidas fiscales, mismas que “[...] están inexorablemente atados a la inmoralidad anidada en la diversidad de elementos, instancias, procesos, decisiones, instituciones, etcétera, que configuran la compleja telaraña de la administración de las finanzas públicas. [...]”²⁶¹ Criterio que se sustenta con el informe de rendición de cuentas con vacíos de responsabilidad, presentado por el IESS ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, mediante el cual se mantiene una imagen de gestión exitosa ante la población, cuando en realidad ni siquiera se ha ejecutado el total del presupuesto institucional.

De este modo, para alcanzar el equilibrio fiscal, “[...] es indispensable limpiar las actitudes públicas y privadas, aislar el manejo de los fondos del Estado de intereses políticos y particulares, adversos a objetivos del bien común [...]”.²⁶² Por lo tanto, aunque la solución implique recorrer un camino difícil y largo, se debe tomar el riesgo, mantener la esperanza y emprenderlo, reeducando en valores a la niñez, juventud, funcionarios públicos, etc. quienes con esta educación, en un futuro verán a los recursos económicos de carácter público, ya no como un instrumento de lucro ni enriquecimiento personal, sino todo lo contrario, una herramienta que bien administrada permitirá el crecimiento tanto del país como de los ciudadanos y el respectivo progreso en cuanto a sus derechos.

Retomando la equidad en el gasto público, la Constitución Española en el numeral 2 de su artículo 31, señala que “el gasto público realizará una asignación equitativa de los

²⁶⁰ Véase en: Martínez, Crisis económica y gasto público, 379.

²⁶¹ Jaime Carrera Cárdenas, *Hacia el equilibrio fiscal para reducir la pobreza: Última oportunidad para la ética política* (Quito: Abya-Yala, 1998), 242.

²⁶² *Ibíd.*, 243.

recursos públicos [...]”.²⁶³ En otras palabras, el gobierno español por disposición constitucional, al momento de ejecutar el gasto público, repartirá los recursos de la manera más equilibrada y justa posible, con la finalidad de que el gasto público se convierta en una herramienta de desarrollo e igualdad social.

Se debe indicar, que Martínez Lago y García de la Mora, recogen en su obra al principio de equidad dentro de la sección del *principio de justicia material del gasto público*. En este sentido, “el principio de equidad en el gasto constituye una directriz para todos los poderes públicos, para tratar de garantizar unos mínimos de calidad de vida satisfactorios”.²⁶⁴ De manera que los servidores públicos, de cada una de las funciones del Estado, deberán en su afán de cristalizar condiciones de vida digna para todos los ciudadanos, aplicar como una directriz de ineludible cumplimiento, el principio de equidad en el gasto público.

Por su parte, Álvaro Rodríguez Bereijo se refiere a la equidad como:

[...] la función redistributiva de la Hacienda Pública, de modo que funcione de manera desigual en sus dos brazos, el del tributo y el del gasto, para conseguir una distribución más igualitaria y más justa de los recursos públicos. Vinculación, pues, del gasto público a los fines constitucionales del Estado social y democrático de Derecho [...].²⁶⁵

El autor supone al principio de equidad como una herramienta dentro del conjunto de rentas y bienes del Estado que conforman la Hacienda Pública, que cumple un rol redistributivo, en busca de la justicia e igualdad; al funcionar de una manera desigual, se ejecuta sin proporción alguna entre la contribución (tributo) y la erogación de los recursos (gasto), relacionándose de esa manera el gasto público con uno de los objetivos que persigue un Estado social y democrático de Derecho, como es el avance, progreso, libertad, dignidad y bienestar de los individuos, sin importar su condición económica ni ninguna otra característica que los haga diferentes a los demás de su especie.

Para Mauricio Plazas Vega, “[...] el gasto es equitativo por el solo hecho de que se oriente a cubrir las llamadas *necesidades públicas esenciales* de cuya satisfacción depende la subsistencia del cuerpo político y de la colectividad (gastos inherentes a la existencia y funcionamiento del Estado en forma oportuna, suficiente y consolidada)”.²⁶⁶ Lo cual quiere decir, que el gasto público cumple el principio de equidad, cuando

²⁶³ España, *Constitución Española*, art. 31 numeral 2.

²⁶⁴ Martínez y García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero*, 87.

²⁶⁵ Álvaro Rodríguez Bereijo, *La Constitución fiscal de España* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 296.

²⁶⁶ Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario* (Bogotá: Temis, 2006), 349.

responde a las necesidades o servicios de carácter público urgentes e indispensables, ya que al ser las mismas satisfechas, la población subsistirá. El autor hace alusión también a los gastos necesarios para el indispensable funcionamiento y organización del Estado.

Sin embargo en el Ecuador, la realidad ha sido distinta a lo expresado por la doctrina, sobre todo durante el período presidencial del economista Rafael Correa Delgado. En aquella época se malgastaron los fondos públicos en cualquier cosa menos asegurar el verdadero cumplimiento de derechos y el aclamado *sumak kawsay*; destinándolos a la preparación y transmisión de las *sabatinas*,²⁶⁷ creación de la criticada *Secretaría del Buen Vivir*,²⁶⁸ dependencia que fue suprimida con el gobierno de Moreno, escuelas del milenio en zonas rurales alejadas, mismas que no han respondido a las expectativas,²⁶⁹ etc.

Últimamente los medios de comunicación, han sacado a luz pública otro escándalo que evidencia el desperdicio y mala administración de los recursos por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En esta línea y con base a un examen realizado por la Contraloría General del Estado, se comprobó que en algunos hospitales del IESS, por ejemplo en el hospital de Esmeraldas, se entregaban medicinas caducadas para pacientes portadores de VIH.²⁷⁰ Lo cual es totalmente perjudicial para su salud, dando cuenta entonces de la poca importancia que se dió a los derechos. Por todo lo expuesto, se ha calificado a la revolución ciudadana de una manera equívoca, cuando se le conoció como la *década ganada*.

En este contexto, considero que la ejecución del gasto público no respetó el principio de equidad, en razón de que las situaciones planteadas desfinanciaron al Estado, impidiéndole a este cubrir las necesidades básicas de la población. Además si se sigue la línea de Rodríguez Bereijo, se incumplió con el principio de equidad, al momento de que se actuó de manera proporcional entre los tributos (capacidad de contribución al sistema de seguridad social) y el gasto (erogación de los recursos estatales para servicios públicos). Un ejemplo, es el caso de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, acentuándose más sobre quienes pertenecen al nivel de subsistencia y reciben el

²⁶⁷ Véase en: Ivonne Gaibor, “La Secom gastó \$6,7 millones en cuatro años para las sabatinas”, *Diario Expreso*, 21 de febrero de 2018.

²⁶⁸ Véase en: Multicanal Catamayo, “Freddy Bravo critica función de la Secretaría del Buen vivir”, video de YouTube, a partir de una declaración para el canal televisivo Ecuavisa, 2015, min 2:34, <https://www.youtube.com/watch?v=khBF7vmj7BU>.

²⁶⁹ Véase en: Rhonny Rodríguez, “Las escuelas del Milenio no cumplieron su objetivo”, *Diario Expreso*, 16 de agosto de 2017.

²⁷⁰ Véase en: Diario la Hora, “Imperdonable desperdicio de medicinas”, *Diario la Hora*, 13 de octubre de 2018.

bono de desarrollo humano, en razón de que para este grupo el Estado contribuye un porcentaje mayor, debido a que también están aquellos que pertenecen al nivel alto, en cuyo caso no está presente el subsidio del gobierno central. A este sector de la población afiliada, se le niega el acceso al seguro general de riesgos del trabajo, generando desigualdad en lugar de responder a la verdadera finalidad del gasto público.

Continuando con la investigación, Luis Martínez considera que “[...] la adopción de medidas de inversión pública muy importantes en relación con obras públicas y servicios públicos, en muchas ocasiones orientados a la creación de empleo [...]”.²⁷¹ Ahora bien, el gobierno debe destinar su capital hacia nuevas y necesarias instituciones públicas en distintos ámbitos, aquellas coadyuvarán a lograr los fines del Estado para con los ciudadanos; consecuentemente ayudarán a los individuos a enfrentar escasez por sus propios medios, con un ingreso producto de un trabajo estable.

Como se conoce la Constitución,²⁷² ha catalogado al deber de contribuir al gasto público, como una obligación. A pesar de ello, existe parte de la doctrina que no considera a aquel, precisamente como un *deber*, debido a que los deberes jurídicos por lo general contienen sanciones o represalias que se aplican en caso de incumplimiento. Sin embargo, en cuanto al deber de contribuir al gasto público, la norma suprema al describir esta conducta, no contempla una sanción para la conducta contraria.²⁷³ En cuanto al sistema de seguridad social, el escenario es diferente, ya que tanto el Código orgánico integral penal como la Ley de seguridad social establecen sanciones en caso de inobservancia de este compromiso legal.

En el sistema ecuatoriano, el problema es la ausencia de ley (laguna legal) que mediante un castigo, pudiendo ser este de carácter pecuniario, administrativo, penal, etc., fortalezca este deber constitucional, ya que conforme a la cultura bajo la cual se ha desarrollado nuestra vida, es natural que se espere siempre de una sanción para acatar cualquier disposición, caso contrario aquella es invisibilizada. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado esta sección del gasto público; debiendo estar presente para ello una ley tanto sustantiva como adjetiva, que como lo ha hecho el COIP,²⁷⁴ detalle tanto la infracción como el procedimiento y la pena respectiva, en otros términos, la causa y el efecto de la conducta; el silogismo jurídico.

²⁷¹ Martínez, Crisis económica y gasto público, 371.

²⁷² Ecuador, *Constitución de la República*.

²⁷³ Véase en: De la Guerra, *El deber de contribución al gasto público*, 63.

²⁷⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*.

Es cierto que la repartición del gasto público, habrá de guiarse por los principios de solidaridad y equidad. En esta línea “el gasto público debe erogarse en forma que se actúe la solidaridad referida”.²⁷⁵ La solidaridad, es un concepto que se repite con frecuencia en la legislación actual ecuatoriana; con base a ella, el Estado al adjudicar el gasto tomará en cuenta que todos inclusive quienes carezcan de suficientes recursos, tengan la posibilidad de ver satisfechas sus elementales demandas.

Con respecto al principio de equidad, José Vicente Troya en su obra *El derecho del gasto público*, cita a Gabriel Casado Ollero, quien indica que “la justicia en el gasto ayuda a nivelar la justicia en el ingreso”.²⁷⁶ En definitiva, la seria aplicación de este permitirá lograr un equilibrio en la economía estatal, en virtud de que se dará un destino correcto a los fondos públicos. En consecuencia, se contaría con el capital suficiente para responder efectivamente ante la sociedad y se respetarían los derechos del contribuyente-ciudadano, sin que por un déficit provocado se termine incurriendo en la confiscatoriedad.

Para ultimar esta sección, expertos en política fiscal, consideran que “mientras el gasto se democratice y responda a las preferencias de las mayorías, la sociedad percibirá como justo el gasto y creará los lazos de confianza hacia el Estado y sus políticas”.²⁷⁷ En primer lugar, debe entenderse que el gasto público es democrático cuando es transparente, sociabilizado y no se oculta ante la sociedad. Además, debe dar respuesta a las necesidades del común de la población, de los antes *invisibilizados*, más no solo de intereses de grupos que ostentan el poder, de las *élites*; dos factores que afianzarán la credibilidad del Estado frente a sus mandantes.

4. Análisis del artículo 3 del Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo

Para empezar, la Constitución de la República del Ecuador reconoce a la clase trabajadora, entre otros; el derecho a “desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”.²⁷⁸ De modo

²⁷⁵ José Vicente Troya, *El derecho del gasto público*, 354.

²⁷⁶ *Ibíd.*

²⁷⁷ María Dolores Almeida Sánchez et al., “Ingresos y gasto público en democracia: De la rigidez fiscal al pago de la deuda social”, en *Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir: La equidad como soporte del pacto fiscal*, coord. Carlos Marx Carrasco y Ximena Amoroso (Quito: Servicio de Rentas Internas / Centro de Estudios Fiscales, 2012), 112.

²⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 326 numeral 5.

que, la norma suprema en busca del rendimiento efectivo de los trabajadores en general, se ha preocupado de reconocer a este como un derecho que forma parte de la gran esfera del derecho laboral. Es más, el respeto a las políticas de higiene, salud y seguridad en el lugar de trabajo, se ha vuelto una obligación que deberá ser acatada por las dos partes de la relación laboral, debido a que su incumplimiento, en el caso del trabajador, es una de las causales por las que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo.

Por su parte, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se ha adaptado a esta realidad, y en el 2016, por medio de su órgano de gobierno, aprueba el Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo;²⁷⁹ normativa interna que regula todo lo concerniente a los percances que puede atravesar un trabajador durante la ejecución de sus actividades laborales, lo cual debe responder a la pretendida seguridad jurídica. En consecuencia, esta resolución codificará lo relativo a las: prestaciones a las que tienen derecho los afiliados, sujetos protegidos, valoración del grado de incapacidad, accidente in itinere, aviso del infortunio, etc. En definitiva, el ámbito de aplicación del seguro general de riesgos del trabajo, son los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Lo expresado, confirma el artículo 2 del citado reglamento, al disponer que este seguro abarca toda lesión corporal y estado mórbido, siempre que tenga como consecuencia inmediata el trabajo que realiza el ciudadano afiliado al IESS, también regula el otorgamiento de las prestaciones para reparar los daños ocasionados, ya sea por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional que disminuya su capacidad laboral.²⁸⁰ De este modo, el Seguro general de riesgos del trabajo, a través de las distintas prestaciones atenuará los efectos dañinos que han afectado a la salud de la población trabajadora, aminorando su eficaz productividad; ello como resultado de la exposición a múltiples factores de riesgo, dependiendo del tipo de trabajo que realiza.

Previo a precisar el significado de dos elementales términos para el desarrollo de este punto, mismos que son: accidente de trabajo y enfermedad profesional, es útil tener presente que el principal aspecto que los diferencia es, el tiempo que pasa entre la exposición al factor de riesgo y el efecto, a lo cual se denomina *período de latencia*.²⁸¹ Por lo tanto, en el caso de la enfermedad profesional, se requiere que el lapso de tiempo

²⁷⁹ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 513*.

²⁸⁰ Véase en: *Ibíd.*, art. 2.

²⁸¹ Véase en: Fernando Benavides, Carlos Ruiz- Frutos y Ana García, “Trabajo y salud” en *Salud Laboral Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, ed. Elsevier / Masson (Barcelona: Elsevier / Masson, 2007), 38. Énfasis añadido.

para que la sintomatología se manifieste sea mayor, pues en el accidente de trabajo las fatales consecuencias, ocurrirán en un espacio menor. Cabe recalcar, que este período de latencia como lo conocen los autores, en lo que a la enfermedad profesional respecta, complica aún más relacionar este padecimiento con el trabajo.

En referencia al accidente de trabajo, Anna Goñalons Benavent²⁸² dice que es “cualquier suceso anormal que se presenta de forma brusca e inesperada, normalmente evitable, que interrumpe la continuidad del trabajo, pudiendo causar o no lesiones a las personas y genera pérdidas económicas”.²⁸³ En otras palabras, se trata de un acontecimiento que se presenta de manera violenta e imprevista en la vida laboral de un individuo; evitable si la empresa educa al trabajador y pone a su disposición la protección adecuada, como: guantes, botas, mascarillas, etc., impidiendo además, que el trabajador desarrolle sus actividades laborales como lo hacía antes de que ocurriese. Sin embargo, la norma le otorga el derecho de reincorporarse a su lugar de trabajo, y la respectiva rehabilitación.

Los especialistas Fernando Benavides, Carlos Ruiz y Ana García, proponen una diferencia entre enfermedad profesional y enfermedad relacionada con el trabajo. En este sentido, “se habla de enfermedades profesionales cuando la relación causal está reconocida legalmente, y de enfermedades relacionadas con el trabajo cuando hay evidencias científicas de esta relación causal, pero no son reconocidas legalmente”.²⁸⁴ Con ello se quiere indicar, que previo a otorgar las prestaciones, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, verificará si existe científicamente, y si la ley reconoce el nexo causal entre las condiciones de trabajo y los problemas de salud de los trabajadores. A continuación, una lista no taxativa de enfermedades reconocidas como profesionales, debido a que aparte de estas, están aquellas que la Subdirección Nacional de Gestión y Control de Riesgos del Trabajo, considere encajan en este grupo.

²⁸² Téngase presente que si se recurre a la obra citada en la referencia anterior, se evidenciará que la autora no cita textualmente ni tampoco realiza el ejercicio de parafraseo, con respecto al criterio que consta entre comillas.

²⁸³ Anna Goñalons Benavent, “Patología del Trabajo”, en *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, coord. Susana Moreno Cáliz (Barcelona: Atelier / Librería Jurídica Cevallos, 2012), 422.

²⁸⁴ Benavides, Ruiz- Frutos y García, Trabajo y salud, 38.

Tabla 2
Resumen de las enfermedades que a efectos del Seguro General de Riesgos del Trabajo, se consideran como profesionales

<p>1. Enfermedades profesionales según el órgano o sistema afectado</p>	<p>2.3 Enfermedades del sistema osteomuscular: Síndrome del túnel carpiano debido a posturas extremas de la muñeca, Tenosinovitis crónica de la mano y la muñeca debido a movimientos repetitivos, esfuerzos intensos y posturas extremas de la muñeca, Bursitis prerrotuliana debida a estancia prolongada en posición de rodilla.</p>
<p>2. Otras enfermedades</p>	<p>Otras enfermedades específicas causadas por ocupaciones o procesos no mencionados en esta lista, cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición que resulte de las actividades laborales y la (s) enfermedad (es) contraída (s) por el trabajador.</p>

Fuente: Ecuador IESS, *Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo*, Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016, anexo n.º 1.

Elaboración propia²⁸⁵

Estos siniestros pueden acarrear consecuencias nefastas para la salud de la ciudadanía productiva, tales como “a) Incapacidad Temporal; b) Incapacidad Permanente Parcial; c) Incapacidad Permanente Total; d) Incapacidad Permanente Absoluta; y, e) Muerte”.²⁸⁶ Clasificación que está en una escala de gravedad y será de utilidad para determinar los días de reposo o inactividad, como también el tipo de prestación que recibirá el afiliado. Por ejemplo, en caso de una incapacidad temporal, la prestación se otorga al afiliado-siniestrado hasta por dos años (un año de subsidio y otro de pensión provisional), tomando en consideración que al finalizar el período se le realizará una nueva evaluación, resultando de ella: la recuperación del afiliado, la reinserción laboral (en funciones distintas a las que realizaba antes de ocurrir el siniestro) o una jubilación por invalidez.

El reglamento también hace referencia a la muerte del asegurado, como una de las consecuencias de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Ante esta situación, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social protege a sus deudos, quienes

²⁸⁵ Aclaro que la referida lista, es similar a la versión efectuada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el año 2010; basada en la Recomendación n.º 194. Revisar el siguiente link: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/publication/wcms_125164.pdf.

²⁸⁶ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 513*, art. 19.

tendrán derecho a recibir una pensión de montepío, que al cónyuge superviviente se le pagará mensualmente siempre que no contraiga nuevas nupcias. En el caso de sus descendientes, les corresponderá hasta que acrediten la mayoría de edad, o de manera vitalicia en caso de sufrir alguna discapacidad que les imposibilite valerse por sí mismos, debiendo ser esta calificada con anterioridad al reclamo de la pensión.

Con respecto a los sujetos amparados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a través de su seguro especializado, ante las adversidades laborales, la Resolución n.º C.D. 513 señala que dentro de este grupo se encuentran:

[...] el trabajador en relación de dependencia, [...] el trabajador afiliado sin relación de dependencia o autónomo, independiente o por cuenta propia, el menor trabajador, y los demás asegurados [...] al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales y que cotice para este Seguro.²⁸⁷

En principio, y en virtud de la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar,²⁸⁸ se entendería que las personas que realizan labores de auto sustento y cuidado humano en los hogares, están protegidas frente a esta contingencia. Sin embargo, este reglamento contiene una condición que en lugar de desarrollar el derecho a la seguridad social; en este caso lo limita, debido a que no es un requisito de acceso destinar un porcentaje de la aportación a dicho seguro, sino únicamente tener ante el IESS la calidad de afiliado (condición que este grupo tiene). Cabe recalcar, que el dinero que aporta este sector de la población asegurada, debió haber sido distribuido equitativamente para el cumplimiento de cada una de las contingencias, incluyendo a los riesgos del trabajo, así es que no se justifica la exigencia contemplada en el citado reglamento.

Criterio que el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, núm. 121, con una visión de igualdad se encarga de fortalecer, y en el numeral 2 de su artículo 9, dispone que “la iniciación del derecho a las prestaciones no puede ser subordinada [...] al pago de las cotizaciones”.²⁸⁹ En definitiva, esta se convierte en una visión de carácter internacional, recogida por un tratado que forma parte del ordenamiento jurídico de los estados que lo han ratificado, incluido el Estado ecuatoriano. Con base a lo manifestado, el Ecuador puede ser responsable

²⁸⁷ *Ibíd.*, art. 3.

²⁸⁸ Ecuador, *Ley Orgánica para la Justicia Laboral*.

²⁸⁹ OIT Conferencia General, *Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, núm. 121, 28 de julio de 1967, num. 9, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121.

internacionalmente por haber incumplido una obligación de carácter internacional, ya que esta es más que una recomendación.

En este contexto, Ana María Bestard, Maximiliano Carrasco y Laura Pautassi, en su trabajo citan a los autores Paganini y Pautassi, para quienes, resulta evidente que no se ha desarrollado completamente el principio de universalidad, en virtud de que ha persistido como un requisito ineludible registrar ciertas credenciales para acceder a la cobertura, haciendo entonces en lo que respecta a los beneficios una diferencia basada en la capacidad contributiva. Situación contraria al sentido de la seguridad social, ya que ella no persigue intereses individuales.²⁹⁰

Concuerdo en parte con lo planteado, en el sentido de que la protección si bien no es inmediata, debido a que el afiliado deberá cumplir con ciertos requisitos establecidos por el reglamento aplicable, tanto para el derecho al subsidio por incapacidad temporal, como también habrá un plazo previamente determinado para notificar al IESS el accidente de trabajo y la enfermedad profesional; transcurrido el mismo, se caducará el derecho. Sin embargo, esto no quiere decir que no se cumpla con el principio de universalidad. Ahora lo que si transgrede aquel principio, es negar la protección a quienes no cuentan con los recursos económicos suficientes para contribuir de igual manera al sistema, exigiéndoles una condición que no está ni en la Constitución²⁹¹ ni en la Ley de seguridad social.²⁹²

Por lo expuesto, se deduce que este grupo se encuentra en clara situación de indefensión, ya que por el hecho de no contar con la figura de un empleador a quien exigirle el cumplimiento de sus obligaciones laborales; una de ellas la de responder en caso de llegar a presentarse una adversidad o riesgo durante la ejecución de su actividad laboral. Ante este escenario, la solución sería al considerar a la seguridad social como un derecho, reclamar al Estado el haber diferenciado a la ciudadanía por su capacidad económica, sin garantizar la igualdad de condiciones, ni su real y efectivo goce; y en caso de suponerla en el grupo de los servicios públicos, es viable demandar al Estado por la falta de prestación del mismo; situación que la ley no ha regulado.

²⁹⁰ Véase en: Ana María Bestard, Maximiliano Carrasco y Laura Pautassi, “Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: Una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina” en *Marginaciones Sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*, Dir. Laura Pautassi. (Buenos Aires: Editorial Biblos, 2014), 34.

²⁹¹ Ecuador, *Constitución de la República*.

²⁹² Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

Otro aspecto fundamental a tocar dentro de este acápite, son las *prestaciones* que otorga el seguro general de riesgos del trabajo ante esta contingencia, las cuales son:

- a) Servicios de prevención de Riesgos Laborales.
- b) Servicios médico asistenciales, [...] a través del Seguro General de Salud Individual y Familiar.
- c) Subsidio por incapacidad, cuando el riesgo ocasione impedimento temporal para trabajar;
- d) Indemnización por pérdida de capacidad profesional o laboral, según la importancia de la lesión cuando el riesgo ocasione incapacidad permanente parcial que no justifique el otorgamiento de una pensión de incapacidad laboral.
- e) Pensión de incapacidad laboral;
- f) Pensión de montepío, cuando el riesgo hubiese ocasionado el fallecimiento del afiliado; [...].²⁹³

En definitiva, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en materia de riesgos del trabajo, tiene una política no solo de tratamiento, sino lo más importante se preocupa por prevenir, poniendo en conocimiento de la ciudadanía interesada las normas y políticas de higiene y salud en el trabajo, verificando su cumplimiento por medio de las respectivas inspecciones, sobre todo en el área industrial o empresarial (Vale la pena señalar, que el IESS en materia de riesgos del trabajo únicamente tiene la facultad de monitoreo, en razón de que el poder sancionatorio está reservado para el Ministerio de Trabajo). Además mediante capacitaciones, pone al tanto a los trabajadores y a los empleadores de sus derechos y obligaciones en lo que a riesgos del trabajo respecta. Por lo tanto, una vez ocurrido el incidente, actuará otorgando a la población afectada ciertas prestaciones, a las cuales se hizo referencia con anterioridad; se las clasifica en:

Tabla 3
Clasificación de las prestaciones

Económicas	Pensiones, subsidios e indemnizaciones pagaderas en forma de pensión o de capital, según corresponda; serán otorgadas por la Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo.
Asistenciales	Se le otorgará al afiliado: atención médico-quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria o de rehabilitación, así como la provisión o renovación de los aparatos de prótesis y órtesis.
Servicios de prevención	Se refieren a la asesoría técnica legal, divulgación de los métodos y normas legales técnico científicas de seguridad y salud en el trabajo, para el estudio, análisis y evaluación de los factores de riesgo.

Fuente: Ecuador IESS, *Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo*, Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016, art. 5.

Elaboración propia

²⁹³ Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 513*, art. 4.

De esta manera, el trabajador en caso de sufrir un accidente o enfermedad vinculada directamente con su trabajo, recibirá por parte del seguro general de riesgos del trabajo y, del seguro general individual y familiar, atención médica (consulta, exámenes de laboratorio, cirugía), rehabilitación física y psicológica en caso de requerirlo, así como la entrega de sillas de ruedas, muletas, etc. Con respecto a la prestación económica, la cantidad y periodicidad con la que se entregará aquella, estará sujeta al grado de incapacidad que resulte de la valoración efectuada por el médico ocupacional del IESS. Por último, si la consecuencia es la muerte del afiliado, se entregará a sus deudos una cantidad mensual, denominada pensión de montepío.²⁹⁴

Como se indicó, el trabajador no está inmediatamente amparado ante un infortunio laboral, lo cual quiere decir, que deberá cumplir previamente con ciertos requisitos previstos por la normativa aplicable al campo de los riesgos del trabajo. Ahora bien, esta situación varía si se trata de un accidente de trabajo, o una enfermedad profesional; lo cual se sintetiza en el siguiente cuadro:

Cuadro 2
Diferentes requisitos para el acceso a las prestaciones que otorga el Seguro General de Riesgos del Trabajo

<p>Accidente de Trabajo</p> <p>El derecho a las prestaciones suscitadas por esta contingencia, se forjará desde el primer día de actividad del trabajador en la empresa o lugar de trabajo, pudiendo ser bajo relación de dependencia o sin ella.</p>	<p>Enfermedad profesional</p> <p>El afiliado, deberá acreditar mínimo seis aportaciones mensuales consecutivas, o 180 días inmediatos anteriores y consecutivos, previo al diagnóstico inicial de la enfermedad, determinada por el médico ocupacional de las unidades provinciales de Riesgos del Trabajo</p>
--	---

Fuente: Ecuador IESS, *Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo*, Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016, arts. 16-7.

Elaboración propia

²⁹⁴ Si bien el artículo 4 de la Resolución n.º C.D. 513, no categoriza expresamente al *auxilio de funerales*, como una de las prestaciones que el seguro general de riesgos del trabajo, concederá como consecuencia de la muerte del asegurado, víctima de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Por su parte, y a manera de complemento, el mismo reglamento del seguro general de riesgos del trabajo, dispone que “la concesión de auxilio de funerales de acuerdo con la ley y las normas reglamentarias correspondientes, otorgará el IESS a través de la Dirección del Sistema de Pensiones.” Véase: *Ibid.*, art. 42.

Justamente la diferencia que se hace con el artículo del citado reglamento, es por el tiempo que debe transcurrir para que los efectos nocivos del infortunio laboral, ya sea este accidente de trabajo o enfermedad profesional, se presenten en la vida y salud del afiliado siniestrado. En este contexto, la Resolución n.º C.D. 513, dispone que el trabajador estará protegido ante un accidente de trabajo de manera inmediata, en otras palabras, desde el primer día de labores, en razón de que este suceso es fortuito. Siendo distinto el caso de una enfermedad profesional, debido a que el lapso de tiempo es mayor para que aparezcan los síntomas en el organismo del afectado. Por lo tanto, para poder acceder a las prestaciones que el seguro general de riesgos del trabajo concede por esta contingencia, deberá registrar en el sistema un mínimo de seis aportaciones mensuales consecutivas, contadas a partir de un diagnóstico previo e inicial realizado por el médico ocupacional de las unidades provinciales de riesgos del trabajo.

En definitiva, la limitación al pleno derecho a la seguridad social está presente, pero no al exigir ciertos requisitos para estar amparados ante un infortunio laboral, sino cuando condiciona su amparo a la situación económica de los afiliados. En consecuencia, la realidad de lo relativo a las prestaciones del seguro general obligatorio en el Ecuador, dista mucho de lo que enuncia gran parte de la doctrina, debido a que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ha sido utilizado como *plataforma política* por los gobiernos de turno para conseguir sus fines y así ganar adeptos; situación que bajo ningún concepto se puede permitir en un Estado constitucional de derechos y justicia.

No obstante, lo más grave de todo esto, es que el gobierno de los últimos diez años, yéndose en contra de la ley; violando la autonomía financiera y administrativa de la institución, ha convertido al IESS en una caja chica.

A pesar de todo, aún no se puede hablar de una quiebra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en otras palabras, todavía se está a tiempo de remediar el problema financiero de la institución de los afiliados, siempre y cuando se adopten medidas urgentes y determinantes. No obstante, se debe tener claro, que la administración a lo largo de estos últimos años, ha tomado decisiones erróneas, que han puesto en riesgo la estabilidad y sostenibilidad de la seguridad social en el país; como la de extender la cobertura e implementar nuevas modalidades de afiliación sin estudios actuariales serios, que generen certeza sobre el costo económico que va a implicar para la institución responsable de la seguridad social, y si esta será rentable o no.

En esta línea, el IESS a pretexto de cumplir con el principio de universalidad, que es uno de los que rige el sistema de seguridad social, se ha propuesto metas muy altas, sin

tomar en consideración la situación financiera tanto de la institución, como del Estado, lo cual afecta su sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, sin poder responder efectivamente a las necesidades de la población afiliada.

Aquello ha convertido a la totalidad de las prestaciones del seguro general obligatorio, mismas que otorgadas en igualdad de condiciones para la ciudadanía en general, configuran el pleno y efectivo goce del derecho a la seguridad social, en falsas promesas hechas en tiempo de campaña electoral, que seguirán siendo simplemente promesas sin resultados, mientras que no se efectúen responsablemente los estudios actuariales y financieros correspondientes para elaborar una verdadera propuesta política, que haga realidad el buen vivir.

En este contexto, y para mejorar la realidad del IESS, considero conveniente que ante este escenario, tome cartas en el asunto, el máximo organismo internacional en materia laboral, como es la Organización Internacional del Trabajo; convocando a reuniones al Jefe de Estado, autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, representantes tanto de los trabajadores como de los empleadores, quienes conjuntamente analizarán y podrán encontrar una medida para reparar este escenario económicamente adverso.

En el caso que no se tomen medidas responsables de manera urgente, se producirá una inevitable crisis. En el desarrollo del hipotético escenario, generará desilusión en la población afiliada y en los jóvenes de este país, en virtud de que se sentirán aún más inseguros, al no tener certeza alguna de su futuro como afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, especialmente en cuanto al acceso a una pensión de jubilación por vejez o invalidez, cuando cumplan con la edad y el número de aportaciones previstas por la ley vigente en esta materia.

Al contrario, si se toma en serio la circunstancia actual y se camina por la vía del cambio, el futuro será prometedor, volviéndose realidad lo pregonado por la Constitución. De modo que, la población gozará de derechos y garantías que le son propios por su sola condición de seres humanos, sin que permanezca latente una preocupación, de que una eventual crisis atente contra las prerrogativas ya concedidas.

Conclusiones

1. Conclusión general

Vale la pena señalar, que esta investigación no responde a todas las preguntas formuladas, sino más bien permite notar lo mucho que está pendiente por estudiar, analizar y profundizar todavía acerca de una rama tan importante como es la seguridad social. En otras palabras, es una puerta abierta, una motivación para que los investigadores abran cada vez más su campo de estudio, sin limitar su conocimiento a las clásicas áreas del derecho que han sido trabajadas. De esa manera, la academia podrá hacer aportes específicos a esta amplia esfera del derecho, los cuales teóricamente hablando, permitirán fortalecer aún más el derecho a la seguridad social.

Esta situación sería posible si los centros de estudios superiores del país, brindarían la posibilidad a las futuras generaciones de profesionales del derecho, de conocer lo básico y explorar esta área tan vinculada al derecho laboral. Así como también, incide el escaso número de ofertas de programas de posgrado, que en seguridad social, existen en el país. Hago hincapié en ello, debido a que la academia es la que más relación tiene o debe tener con la sociedad y sus problemas, ya que solo desde un pensamiento crítico e inconforme con la realidad, es posible transformar el sistema actual.

Sin embargo, con respecto a la pregunta planteada y que dió origen al presente trabajo, debo indicar que el único camino para que el sistema de seguridad social sea realmente de cohorte universal y su protección alcance a la totalidad de la población en igualdad de condiciones, es el responsable manejo de los recursos estatales y de los que son propios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En otros términos, que la administración del gasto público en materia de seguridad social, se guíe por el principio de equidad, respondiendo siempre a las necesidades esenciales de los individuos. Además, que se rinda cuentas de manera transparente a la ciudadanía sobre la situación económica de la institución.

Otro aspecto de vital importancia, es que la recaudación de los ingresos para el sistema de seguridad social, respete la capacidad contributiva de la población como un límite al principio de solidaridad, de manera que el Estado no se desfinancie, tomando en consideración también mecanismos de control para evitar la evasión.

A continuación, los motivos que como resultado de la investigación se concluye que en la práctica el Estado ha sido indiferente y se ha mantenido renuente a cumplir con uno de sus deberes constitucionalmente previstos, como es el de garantizar a todos los individuos sin distinción alguna, el efectivo goce de los derechos, entre ellos la seguridad social.

2. Conclusiones específicas

2.1. En lo relativo al principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la igualdad formal y material se puede concluir que el mismo es quebrantado, en virtud de que el trato diferenciado que recibe este sector vulnerable de la población afiliada es injustificadamente diferenciado, por lo tanto arbitrario e ilegítimo. Consecuentemente, no supera el test de razonabilidad, en razón de que por no contar con los recursos económicos suficientes para contribuir al sistema de seguridad social en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía, se lo priva del pleno goce de un derecho reconocido tanto en la Constitución como en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador; encajando perfectamente en una de las categorías sospechosas por las cuales es constitucionalmente prohibido discriminar, como es la *condición socio-económica*.

2.2. Con respecto al principio de progresividad y prohibición de regresividad, es posible evidenciar que el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desobedeció este principio al emitir normativa interna que en lugar de desarrollar el contenido del derecho a la seguridad social para quienes ejecutan labores de auto sustento y cuidado humano en los hogares, lo restringe y menoscaba. Cabe recalcar, que tal regresividad contenida en el primer inciso del artículo 3 del Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo, goza de una fuerte presunción de inconstitucionalidad, correspondiendo a la autoridad pública responsable desvirtuarla.

Siendo más grave aún, en razón de que el Ecuador suscribió el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; y una de las obligaciones que prevé este tratado internacional para los estados parte, es justamente la toma de medidas para alcanzar la progresividad y avance en materia de derechos. En esta línea,

nuestro país ha incumplido esta obligación de carácter internacional, pudiendo afrontar las consecuencias de una posible responsabilidad internacional.

2.3. Vale la pena recordar que la seguridad social, es un derecho irrenunciable. Por lo tanto, cualquier norma o contrato que contenga una cláusula o disposición que implique renuncia, aquella será inconstitucional. Consecuentemente, se pone en duda la constitucionalidad de la Resolución n.º C.D. 513. Por lo tanto, y al poseer el inciso primero del artículo 3 un contenido que implica renuncia al pleno derecho a la seguridad social, debería ser reformado.

2.4. Como resultado de la investigación, se evidenció también que la solidaridad tal como se ha aplicado no constituye un verdadero camino hacia la igualdad de oportunidades, ya que en el caso ecuatoriano, el gobierno central ha asumido grandes costos económicos, sin ejecutar seriamente un estudio previo, que permita evaluar las condiciones presupuestarias y financieras del país. En definitiva, se ha aplicado el principio de solidaridad como si fuese este absoluto, sin tomar en consideración la capacidad contributiva de los demás actores sociales, como el límite de este principio; pudiendo quienes poseen mayores recursos económicos contribuir en mayor medida, de manera que el Estado pueda cubrir las necesidades sociales, sin desfinanciarse, ni desequilibrarse económicamente.

La manera como se ha aplicado este principio, lo que ha generado es desigualdad, en virtud de que el Estado no ha podido responder efectivamente a los derechos que a la población le corresponden, incurriendo en una demagogia constitucional, siendo ello motivo de protestas por parte de la ciudadanía.

2.5. Para que el IESS materialice todas las prestaciones que oferta el seguro general obligatorio al total de la población asegurada en igualdad de condiciones, es de urgente y suma importancia que el Estado se ponga al día en el pago de la totalidad de la deuda que mantiene con la institución de los afiliados. De modo que como se dijo en el presente trabajo, el Estado ha utilizado al IESS como su caja chica, situación que es ilegal en razón de que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social goza de autonomía para administrar sus fondos, mismos que como se indicó, estarán destinados únicamente al financiamiento de las distintas prestaciones.

2.6. Se concluye también, que la administración del gasto público no se ha guiado por el principio de equidad, en razón de que como se afirmó con el debido sustento, el Estado en la época de la década ganada, no respetó el vínculo entre egresos e ingresos; gastando más de lo que su capacidad económica le permitía, sin dar prioridad a las

necesidades básicas y urgentes de la población, ya que son estas las que dan legitimidad al gasto público. En resumen, no se ha cumplido con el principio de equidad en el gasto público, sin permitirlo ser una herramienta de igualdad social.

Recomendaciones

Con base a lo expuesto, recomiendo como posibles medidas para subsanar el atropello, que en lo referente al derecho a la seguridad social sufre este grupo vulnerable de afiliados:

1. Que cada seguro especializado (seguro general de salud individual y familiar, seguro general de riesgos de trabajo, etc.) debería tener un control presupuestario en función de las distintas modalidades de afiliación (bajo relación de dependencia, trabajadores sin relación de dependencia, seguro voluntario, trabajo no remunerado del hogar, etc.), lo cual permitiría a la administración tener un conocimiento efectivo de la rentabilidad o costo económico que implica para el IESS cada una de las modalidades de afiliación. De este modo se medirá el grado de responsabilidad o conciencia institucional, con la que los diferentes períodos de administración se han manejado al momento de implementar políticas que incrementen las modalidades de afiliación al seguro general obligatorio.

2. Sería factible también una reforma al Reglamento para la aplicación de la cesantía y seguro de desempleo (Resolución n.º C.D. 515), en el sentido de que incluya en su contenido la disposición séptima de la derogada Resolución n.º C.D. 501, correspondiente a las tablas de distribución de los aportes del trabajo no remunerado del hogar.

3. Además, considero necesario se implementen serios y responsables mecanismos de fiscalización en cuanto al gasto público en materia de seguridad social.

4. Para cerrar lo investigado, podría servir de base para proponer una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, acerca del inciso primero del artículo 3 del Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo (Resolución n.º C.D. 513), ya que este reglamento es un acto normativo, que tiene contenido violatorio de derechos. Uno de los efectos de la sentencia, debería ser la reforma del inciso primero de este artículo, en el sentido de que se omita la frase y *que cotice para este Seguro*.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto / Librería Jurídica Cevallos, 2006.
- Ahumada, Guillermo. *Tratado de Finanzas Públicas*, 4ª.ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1969.
- Alessandri, Arturo, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*, tomo II. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Almeida Sánchez, María Dolores, Carlos Marx Carrasco, Nicolás Oliva y Paúl Carrillo. “Ingresos y gasto público en democracia: De la rigidez fiscal al pago de la deuda social”. En *Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir: La equidad como soporte del pacto fiscal*, coordinado por Carlos Marx Carrasco y Ximena Amoroso, 111–56. Quito: Servicio de Rentas Internas / Centro de Estudios Fiscales, 2012.
- Arango, Rodolfo. “La prohibición de retroceso en Colombia”. En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis, 153-71. Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006.
- Aste Mejías, Christian. *Curso sobre Derecho y Código Tributario*. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino: Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 19-38. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- . *Los derechos y sus garantías Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Barreto Rodríguez, Edgar. “La necesidad de una reforma tributaria de la Seguridad Social frente a su paradigma de origen y los retos que enfrenta”. En *Derecho Laboral y*

- de la Seguridad Social*, coordinado por Luis Manuel Díaz y Álvaro Altamirano, 457-98. Ciudad de México: Editorial Porrúa / Centro de Investigación e Informática Jurídica, 2012.
- Benavides, Fernando, Carlos Ruiz-Frutos y Ana García. “Trabajo y salud”. En *Salud Laboral Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, editado por Elsevier / Masson, 33-42. Barcelona: Elsevier / Masson, 2007.
- Bestard, Ana María, Maximiliano Carrasco y Laura Pautassi. “Límites interpretativos al derecho a la seguridad social: Una mirada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina”. En *Marginaciones Sociales en el área metropolitana de Buenos Aires: Acceso a la justicia, capacidades estatales y movilización legal*, dirigido por Laura Pautassi, 33-84. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2014.
- Bonilla García, Alejandro y Jean Victor Gruat. “Protección Social: Una inversión durante todo el ciclo de vida para propiciar la justicia social, reducir la pobreza y fomentar el desarrollo sostenible”. *Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra*. Noviembre de 2003.
<http://www.ilo.org/public/english/protection/download/lifecycl/ciclodevida.pdf>.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Argentina: Editorial Heliasta, 1997.
- Cañón Ortigón, Leonardo. “La solidaridad como fundamento del Estado social de derecho, de la seguridad social y la protección social en Colombia”. *Revista Páginas de Seguridad Social* 1, n.º 1 (2017): 10.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/pagss/article/view/4844/5746>.
- Caracol Radio. “El déficit de la salud en Colombia es de 11 billones de pesos al año y por eso la crisis se está ‘acumulando’”. *Caracol Radio*, 25 de septiembre de 2015.
- Carbonell, Miguel. “Igualdad y Constitución”. En *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, editado por Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y CONAPRED, 13-55. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / CONAPRED, 2007.
- . “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: Esbozo de algunos problemas”. En *La protección judicial de los derechos sociales*, editado por Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, 55-87. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2009.

- Carrera Cárdenas, Jaime. *Hacia el equilibrio fiscal para reducir la pobreza: Última oportunidad para la ética política*. Quito: Abya-Yala, 1998.
- Courtis, Christian. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: Apuntes introductorios”. En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis, 3-52. Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006.
- De la Guerra Zúñiga, Eddy. *El rol de los ingresos tributarios en las finanzas públicas ecuatorianas*. Quito: CEP, 2013.
- . “Presupuesto, gasto público y compra pública responsable en Ecuador”. En *Foro Revista de Derecho n.º 25*, editado por Dr. Ramiro Ávila Santamaría, 57-84. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2016.
- . *El deber de contribución al gasto público: Principios que lo informan y derechos del contribuyente*. Ciudad de México: Editorial Porrúa / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2017.
- El Comercio. “El IESS recibirá aporte del 40% del Estado desde el 2019”. *El Comercio*. 23 de marzo de 2018.
- El Tiempo. “Biess: ¿‘caja chica’ del Gobierno”. *El Tiempo*. 31 de enero de 2011.
- Diario la Hora. “Imperdonable desperdicio de medicinas”. *Diario la Hora*. 13 de octubre de 2018.
- Diazgrana, Sonia. “La problemática del SISBEN es que el Gobierno lo asume como denuncia y no como administración propia”. *LAUD Universidad Distrital Francisco José de Caldas*. 11 de octubre de 2015.
- Dinero. “¿Trampa o solución de pobreza?”. *Dinero*, 18 de mayo de 2010.
- Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001.
- . *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código del Trabajo*. Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas*. Registro Oficial 306, Segundo Suplemento, 22 de octubre del 2010.

- . *Ley Orgánica de Discapacidades*. Registro Oficial 796, Suplemento, 25 de septiembre de 2012.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Registro Oficial 483, Tercer Suplemento, 20 de abril de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia”. En *Caso n.º 0445-11-EP*. 09 de octubre de 2013.
- Ecuador IESS. *Resolución n.º C.D. 265*. Registro Oficial 624, 1 de julio de 2009.
- . *Resolución n.º C.D. 327*. Registro Oficial 279, 15 de septiembre de 2010.
- . *Resolución n.º C.D. 357*. Registro Oficial 400, 10 de marzo de 2011.
- . *Resolución n.º C.D. 460*. Registro Oficial 155, 06 de enero de 2014.
- . *Resolución n.º C.D. 492*. Registro Oficial 560, 06 de agosto de 2015.
- . *Resolución n.º C.D. 501*. Registro Oficial 703, 2 de marzo de 2016.
- . *Resolución n.º C.D. 515*. Registro Oficial 794, 11 de julio de 2016.
- . *Resolución n.º C.D. 513*. Registro Oficial 632, Edición Especial, 12 de julio de 2016.
- . *Resolución n.º C.D. 517*. Registro Oficial 801, 20 de julio de 2016.
- . *Resolución n.º C.D. 516*. Registro Oficial 687, Edición Especial, 15 de agosto de 2016.
- . *Resolución n.º C.D. 545*. Registro Oficial 914, Edición Especial, 22 de febrero de 2017.
- . *Resolución n.º C.D. 567*. Registro Oficial 265, Edición Especial, 8 de febrero de 2018.
- Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. *Valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado*. Quito: IESS, 2015.
- . *Informe de rendición de cuentas n.º 6579*. Quito: IESS, 2017.
- Ecuador Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. *Cuentas Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares 2007-2013*. Quito: INEC, 2013.
- Ecuador Tribunal Constitucional. “Resolución”. En *Casos acumulados n.º 052 y n.º 054-2001-TC*, 14 de febrero del 2005.
- España. *Constitución Española*. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.

- España Real Academia Española. “Diccionario de la lengua española”. *Real Academia Española*. Accedido 20 de septiembre de 2018, *igualdad* <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>.
- . “Diccionario de la lengua española”. *Real Academia Española*. Accedido 24 de septiembre de 2018, *montepío*. <http://dle.rae.es/?id=PjrAw3G>.
- Fernández Retamar, Roberto. *Calibán: Apuntes sobre la cultura en nuestra América*. Ciudad de México: Diógenes, 1972.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- . *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- Ferreiro Lapatza, José. *Curso de Derecho Financiero Español*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Figueroa, Rodolfo. “Acción afirmativa en la jurisprudencia del tribunal constitucional”. *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2 (2016): 403. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177048407003>.
- Gaibor, Ivonne. “La Secom gastó \$6,7 millones en cuatro años para las sabatinas”. *Diario Expreso*. 21 de febrero de 2018.
- Galdámez Zelada, Liliana. “La progresividad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 15, n.º 1 (2008): 147. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041322006>.
- . “Stephen Holmes y Cass R. Sustein: ‘El Costo de los derechos: Porqué la libertad depende de los impuestos?’”. *Revista Estudios Constitucionales* 9, n.º 2 (2011): 810. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002011000200024.
- García De Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas / Thomson Reuters, 2011.
- Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1984.
- González, Horacio. “El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina”. En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis, 193-253. Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006.

- González, Patricia. “La deuda con el IESS suma USD 3101 millones”. *El Comercio*. 16 de julio de 2018.
- González, Santiago, y Susana Barcelón. *Introducción al derecho de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- González Ortega, Sebastián de Soto Rioja, Susana Barcelón Cobedo, Rafael Gómez Gordillo y Margarita Arenas Viruez. *La Articulación de un Sistema de Seguridad Social*. Quito: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015.
- Goñalons Benavent, Anna. “Patología del Trabajo”. En *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo)*, coordinado por Susana Moreno Cáliz, 415-29. Barcelona: Atelier / Librería Jurídica Cevallos, 2012.
- Herrera, José. “Condición más beneficiosa, expectativas legítimas y progresividad”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI Derecho Laboral*, editado por la Pontificia Universidad Javeriana, 517-48. Bogotá: Temis, 2010.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. *Manual para Afiliados y Empleadores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*. Quito: IESS, 1984.
- Jarach, Dino. *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- Jordán, Tomás. “El principio de contribución constitucional y la abrogación el principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales”. En *Estudios de Derecho Público: El principio de separación de poderes*, coordinado por Juan Carlos Ferrada Bórquez, 553-73. Chile: Abeledo Perrot / Thomson Reuters, 2011.
- Laval, Christian y Pierre Dardot. “La praxis instituyente”. En *Común: Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, editado por Gedisa Editorial, 459-512. Barcelona: Gedisa Editorial, 2015.
- Llanes, Henry. “La deuda del Estado al IESS”. *El Telégrafo*. 07 de enero de 2018.
- Mancilla Castro, Roberto. “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* n. ° 33 (2015): 83-4. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6098/8039>.
- Martínez Lago, Miguel Ángel, y Leonardo García de la Mora. *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Iustel, 2010.

- Martínez Giner, Luis Alfonso. “Crisis económica y gasto público: Una reflexión jurídica”. En *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, coordinado por Catalina Plaza y Roberto Santagata, 361-88. Bogotá / Napoli: Temis / Jovene Editore, 2011.
- Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. *Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no Remunerado del Hogar: Estudio de sostenibilidad financiera y actuarial*. Quito: El Conejo, 2015.
- Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis, 2015.
- Morón Díaz, Fabio. “La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, editado por Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung y CIEDLA, 665-87. Buenos Aires: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung / CIEDLA, 2000.
- Multicanal Catamayo, “Freddy Bravo critica función de la Secretaría del Buen vivir”. Video de YouTube, a partir de una declaración para el canal televisivo Ecuavisa, 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=khBF7vmj7BU>.
- Muñoz León, Fernando. “Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, editado por Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 243-57. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007.
- Navarro Fallas, Román. “El derecho fundamental a la seguridad social, papel del estado y principios que informan la política estatal en seguridad social”. *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social* 10, n. ° 1 (2002): http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-12592002000100002.
- Nun, José. “El sentido común y la construcción discursiva de lo social”. En *Culturas políticas y políticas culturales*, compilado por Alejandro Grimson, 15-23. Buenos Aires: Ediciones Bol Cono Sur / Fundación de Altos Estudios Sociales / Clacso, 2014.
- Obando Camino, Iván. “El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: Un continente en busca de su contenido”. *Revista Estudios Constitucionales* 10, n. ° 1 (2012): 293-4. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258008>.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador*. Ginebra: Oficina Subregional de OIT para los Países Andinos, 2008.

- OIT. “Seguridad social para todos: La estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: Establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social”. *Organización Internacional del Trabajo*, Ginebra. 11 de enero de 2012. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_secsoc_34193.pdf.
- OIT Conferencia General. *Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, núm.121,. 28 de julio de 1967. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121.
- . Conferencia General. *Recomendación sobre los pisos de protección social*, núm. 202,. 14 de junio de 2012. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf.
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*. 3 de enero de 1976. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, 4ª. ed. Colombia: Temis, 1994.
- Patiño Ledesma, Rodrigo y Teodoro Pozo. *Léxico Jurídico Tributario*. Quito: CLD, 1996.
- Patiño Ledesma, Rodrigo. “Estado de derechos: Seguridad jurídica y principios constitucionales en el régimen tributario ecuatoriano”. En *Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador*, editado por José Vicente Troya y Fausto Murillo Fierro, 3-24. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Pérez Luño, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Pérez Royo, Fernando. “Ingresos tributarios de la seguridad social”. En *Curso de Derecho Tributario Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular*, editado por Marcial Pons, 917-935. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.
- Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Bogotá: Temis, 2006.

- Porras Velasco, Angélica. “La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas”. *Foro Revista de Derecho* n.º 24 (2015): 89-116.
- Prieto Sanchis, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En *Igualdad y no discriminación: El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 95-153. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Proaño Maya, Marco. *Seguridad Social y Sociedad Democrática*. Quito: Editorial Americana, 2014.
- Ramírez Plazas, Jaime. *Manual de Control Presupuestal*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2001.
- Rendón Vásquez, Jorge. *Derecho de la Seguridad Social*. Lima: Grijley, 2008.
- Rodríguez Bereijo, Álvaro. *Introducción al estudio del derecho financiero*. Madrid: Ministerio de Hacienda, 1976.
- . *La Constitución fiscal de España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Rodríguez, César Augusto. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”. En *Observatorio de justicia constitucional: Balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional el año de la consolidación*, coordinado por Manuel José Cepeda, Isabel Cristina Jaramillo y César Rodríguez, 257-89. Bogotá: Facultad de Derecho Universidad de los Andes / Siglo del Hombre Editores, 1998.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús y Miguel Carbonell. “Derechos Humanos”. En *Diccionario de Derecho Constitucional*, coordinado por Miguel Carbonell, 481-4. Ciudad de México: Editorial Porrúa / UNAM, 2009.
- Rodríguez Zepeda, Jesús. “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?”. En *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, editado por Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y CONAPRED, 59-95. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / CONAPRED, 2007.
- Rodríguez Mesa, Rafael. *Estudios sobre Seguridad Social*. Barranquilla: Universidad del Norte / Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- Rodríguez, Rhonny. “Las escuelas del Milenio no cumplieron su objetivo”. *Diario Expreso*. 16 de agosto de 2017.

- Rosenfeld, Michel. “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas”. En *Acciones afirmativas*, coordinado por Mario Santiago Juárez, 11-64. Ciudad de México: CONAPRED, 2011.
- Rubio Velasco, Fuencisla. “Los derechos laborales y de seguridad social de los inmigrantes irregulares en España”. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016. <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/36666/TESIS%20DOCTORAL%20DERECHOS%20LABORALES%20Y%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20DE%20T.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.
- Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- Sagués, Néstor. “Notas sobre el trabajo y la seguridad social en la Constitución del Ecuador”. En *Derechos y Libertades*, coordinado por Luz Entrena Vásquez, 63-78. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Salgado Álvarez, Judith. “Discriminación y acciones afirmativas”. En *Del dicho al hecho: Sistematización del proceso de reflexión en torno a la situación del pueblo afro ecuatoriano y la aplicación del derecho a la igualdad*, editado por CODAE, 24-7. Quito: CODAE, 2010.
- Sepúlveda, Magdalena. “La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente”. En *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, compilado por Christian Courtis, 117-50. Buenos Aires: CEDAL / CELS, 2006.
- Tovar, Javier. “Los inmigrantes irregulares recuperan la misma sanidad que los españoles”. *EFE Salud*. 17 de julio de 2018.
- Troya, José Vicente. “El derecho del gasto público”. En *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, coordinado por Catalina Plaza y Roberto Santagata, 341-58. Bogotá / Napoli: Temis / Jovene Editore, 2011.
- . *El derecho del gasto público: Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos*. Bogotá: Temis, 2014.
- Universidad de Especialidades Espíritu Santo. *Análisis sobre la seguridad social*. Guayaquil: UESS, 2004.
- Vignolo Cueva, Orlando. “El principio de subsidiariedad (en su vertiente social) y los servicios públicos en el ordenamiento peruano”. En *Teoría de los Servicios Públicos*, coordinado por Orlando Vignolo Cueva, 125-163. Perú: Grijley / Estratégica, 2009.

Villegas, Héctor. *Manual de finanzas públicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

Viteri, Joaquín. Entrevistado por Andrés Carrión. *Hora 25*, Teleamazonas, 26 de junio de 2017.

Anexos

Anexo 1: Tabla de cotización de los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia (Año 2018)

De los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia			
Conceptos	Personal	Patronal	Total
<i>Seguro General de Pensiones:</i> pensiones mensuales de invalidez, vejez y muerte, XIII y XIV pensiones y auxilio de funerales.	6.64	1.02	7.66
Ley orgánica de discapacidades.	0.10	0.00	0.10
<i>De Salud:</i> enfermedad y maternidad, general, subsidio enfermedad, enfermedad riesgos.	0.00	8.14	8.14
<i>Seguro General de Riesgos del Trabajo:</i> pensiones mensuales, XIII y XIV pensiones, y prevención.	0.00	0.20	0.20
<i>Seguro de Cesantía:</i>	2.00	1.00	3.00
Cesantía	2.00	0.00	2.00
Desempleo	0.00	1.00	1.00
<i>Seguro Social Campesino</i>	0.35	0.35	0.70
<i>Gastos de Administración</i>	0.36	0.44	0.80
Total aportes	9.45	11.15	20.60

Fuente: Ecuador IESS, *Reglamento para la aplicación de la Cesantía y Seguro de Desempleo*, Registro Oficial 794, 11 de julio de 2016, anexo 2.

Elaboración propia

Anexo 2: Total de la población afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Afiliados (Num)	Total Seguro General	Total Jefes de familia SSC	Total
2017/Jan	3.163.961	392.978	3.556.939
2017/Feb	3.161.099	393.172	3.554.271
2017/Mar	3.186.028	393.989	3.580.017
2017/Apr	3.188.110	394.342	3.582.452
2017/May	3.198.299	395.285	3.593.584
2017/Jun	3.196.890	395.323	3.592.213
2017/Jul	3.202.188	394.256	3.596.444
2017/Aug	3.215.772	392.742	3.608.514
2017/Sep	3.224.560	392.112	3.616.672
2017/Oct	3.240.812	391.772	3.632.584
2017/Nov	3.254.218	391.055	3.645.273
2017/Dec	3.252.640	389.705	3.642.345
2018/Jan	3.248.999	388.247	3.637.246
2018/Feb	3.248.225	386.302	3.634.527
2018/Mar	3.262.660	383.798	3.646.458
2018/Apr	3.277.891	382.045	3.659.936
2018/May	3.289.490	380.165	3.669.655
2018/Jun	3.282.806	379.068	3.661.874
2018/Jul	3.292.268	379.550	3.671.818
2018/Aug	3.303.430	381.577	3.685.007
2018/Sep			3.690.712

Fuente: Subdirección Nacional de Afiliación, Cobertura y Gestión de la Información del IESS
Elaboración propia

Anexo 3: Total de trabajadores afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social bajo el trabajo no remunerado del hogar

Afiliados (Num)	Trabajador no remunerado del hogar - Nivel Subsistencia (No recibe bono de desarrollo humano)	Trabajador no remunerado del hogar - Nivel Medio	Trabajador no remunerado del hogar- Nivel Medio Alto	Trabajador no remunerado del hogar - Nivel Alto	Trabajador no remunerado del hogar - Nivel Subsistencia (recibe bono de desarrollo humano)	Total
2017/Jan	2.462	787	549	198	189.899	193.895
2017/Feb	2.260	730	529	180	192.663	196.362
2017/Mar	2.522	777	543	182	197.682	201.706
2017/Apr	2.716	804	545	189	201.511	205.765
2017/May	2.723	768	504	176	199.124	203.295
2017/Jun	2.507	741	502	176	198.373	202.299
2017/Jul	2.140	647	477	185	202.949	206.398
2017/Aug	2.024	595	441	191	203.712	206.963
2017/Sep	1.733	520	383	148	205.335	208.119
2017/Oct	1.726	491	374	142	205.612	208.345
2017/Nov	1.887	524	409	177	208.386	211.383
2017/Dec	1.696	499	372	154	209.945	212.666
2018/Jan	1.408	423	313	109	208.604	210.857
2018/Feb	1.211	382	274	89	209.261	211.217
2018/Mar	1.135	364	257	75	210.969	212.800
2018/Apr	1.077	348	247	62	211.265	212.999
2018/May	1.035	333	238	58	210.844	212.508
2018/Jun	989	319	225	52	197.537	199.122
2018/Jul	1.028	325	245	82	197.785	199.465
2018/Aug	1.094	366	274	111	198.624	200.469
2018/Sep	1.161	363	292	134	195.222	197.172

Fuente: Subdirección Nacional de Afiliación, Cobertura y Gestión de la Información del IESS
Elaboración propia²⁹⁵

²⁹⁵ Se resaltan los períodos de diciembre 2017 y septiembre 2018, en razón de que han sido utilizados para el análisis dentro de la presente investigación.

**Anexo 4: Presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
correspondiente al año 2017**

Presupuesto Consolidado de IESS Administradoras y Fondos Año 2017 (Cifras en USD.)	
Concepto	Total
Administradora "Dirección General"	181.126.317.00
Seguro General de Pensiones	4.247.815.903.00
Seguro General de Riesgos del Trabajo	142.932.328.00
Seguro General de Salud Individual y Familiar	2.914.380.270.00
Seguro Social Campesino	460.440.142.00
Seguro de Desempleo y Cesantía	226.955.821.00
Total	8.173.650.781.00

Fuente: Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 545*, Registro Oficial 914, Edición Especial, 22 de febrero de 2017, art. 1.

Elaboración propia

**Anexo 5: Presupuesto del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
correspondiente al año 2018**

Presupuesto Consolidado de IESS Administradoras y Fondos Año 2018 (Cifras en USD.)	
Concepto	Total
Administradora "Dirección General"	188.989.947
Seguro General de Pensiones	4.500.303.198
Seguro General de Riesgos del Trabajo	180.407.013
Seguro General de Salud Individual y Familiar	3.497.267.337
Seguro Social Campesino	411.058.306
Seguro de Desempleo	284.823.216
Total	9.062.849.017

Fuente: Ecuador IESS, *Resolución n.º C.D. 567*, Registro Oficial 265, Edición Especial, 8 de febrero de 2018, art. 1.

Elaboración propia

Anexo 6: Proyección del número de afiliados activos del trabajo no remunerado del hogar

Año	Población	Población económicamente activa (PEA)	Afiliados
2015	15.199.665	7.442.752	1.247.115
2016	15.399.757	7.615.135	1.269.948
2017	15.601.024	7.787.519	1.292.902
2018	15.801.677	7.959.903	1.315.961

Fuente: Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación financiera actuarial para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realicen trabajo en el hogar no remunerado* (Quito: IESS, 2015), 40.

Elaboración propia