

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Laboral y Seguridad Social

**Análisis de la Sentencia Modulatoria No. 019-16-SIN-CC por la Corte
Constitucional sobre la inconstitucionalidad diferida del inciso segundo
del Art. 28 de la Ley de Seguridad Social**

Cinthy Patricia Cabrera Macías

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2022



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Cinthya Patricia Cabrera Macías, autora del trabajo intitulado “Análisis de la Sentencia Modulatoria No. 019-16-SIN-CC por la Corte Constitucional sobre la Inconstitucionalidad diferida del inciso segundo del Art. 28 de la Ley de Seguridad Social”, mediante el presente documento de 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 Laboral y Seguridad Social 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, 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 autor/a 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.

13 de junio de 2022

Firma: _____

Resumen

La problemática social, cultural y jurídica que atraviesa actualmente el Seguro Social respecto a su funcionamiento y toma decisiones no inició en el año 2016, pero sí desencadenó una serie de acciones inconstitucionales en el manejo del IESS, puntualmente en los gobiernos de turno. Esta tesis, pretende demostrar todas las falencias que se encuentran a nivel institucional, gobierno y administración, con el fin de plantear criterios de representatividad que contribuyan a un mejor proceso de selección del consejo directivo. Para ilustrarnos un poco de lo que conllevó la sentencia, objeto de la presente investigación, a inicios la acción pretendía solucionar la limitada participación de “empleadores” sobre al proceso de selección del consejo directivo IESS, como sabemos, según la ley esta debe estar integrada de forma tripartita y paritaria. En este sentido y siendo una norma de carácter infraconstitucional, la Corte Constitucional invocó la “inconstitucionalidad diferida de dicho artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, por cuanto retirar esta norma desencadenaría una situación peor desde el punto de vista constitucional. Por lo que establece un tiempo prudencial para que el legislador corrija dicha inconstitucionalidad”¹ a través de una reforma a la ley que actualmente se encuentra vigente. Situación que hasta la fecha no ha ocurrido y es por esta razón esta sentencia debería ser objeto de análisis en todas sus disposiciones, por cuanto la Corte según mi criterio, no contempló factores igual de importantes a la hora de resolver estos puntos controvertidos. De este modo, el derecho a la participación se goza y se ejerce sin ningún tipo de discriminación. Por otra parte, no hay materia pública que esté excluida del derecho de participación. Así como también, la consulta es un elemento del derecho a la participación, la que puede materializarse de diversas formas jurídicas, lo cual está abierto a la legislación; y, finalmente el ingreso al empleo público o la selección para cumplir funciones públicas deben incluir requisitos dispuestos por la Constitución: un proceso transparente, incluyente (sin discriminaciones), equitativo, pluralista y democrático.

Palabras clave: criterios de representatividad, participación, tripartismo, paritaria, infraconstitucional

¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Sentencia N° 019-16-SIN-CC*, 22 de marzo de 2016.

A mi familia, el soporte más grande de mi vida y la razón que me impulsa a seguir adelante en el cumplimiento de mis objetivos trazados.

Agradecimientos

Agradezco infinitamente a mi familia, por su incondicional apoyo en el cumplimiento de esta meta, pues son mi motor principal. Con el mismo cariño, a mi novio, por su apoyo en esta noble profesión que tanto nos apasiona. De la misma manera, un agradecimiento especial a mis profesores, tutor y colaboradores en general de la Universidad Andina Simón Bolívar, por compartir esas importantes experiencias y conocimientos, que perdurarán por siempre en mi vida profesional.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capitulo primero Descripción del problema. La falta de funcionalidad tripartita del Consejo Directivo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	15
Capitulo segundo Marco teórico. La importancia de una adecuada composición y funcionamiento del máximo órgano de toma de decisiones de la entidad rectora de la Seguridad Social	17
1. El mundo de la Seguridad Social ecuatoriano y su falta de legitimidad institucional	
19	
2. La acefalía como ausencia del poder entorno al Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS.	32
3. Nudos críticos entre la aplicación del Test de razonabilidad y la Inconstitucionalidad diferida determinada en sentencia	36
Capitulo tercero Descripción del producto. Análisis de la Sentencia Modulatoria No. 019-16-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional.....	45
1. Contenido del producto	57
2. Propuesta de criterios de representatividad en la elección del Consejo Directivo respecto al análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional	59
Conclusiones.....	69
Bibliografía.....	72

Introducción

En la actualidad, la seguridad social en el Ecuador representa dos ejes sobrevalorados. La primera, como un derecho irrenunciable dentro de un sistema que brinda protección contra las contingencias que da cobertura a los aportantes del país; y, la segunda, como una problemática social de mayor impacto económico, que afecta de manera directa a la sociedad. En los últimos 10 años han existido fuertes cambios en nuestros modelos de seguridad social, iniciando por su surgimiento, estructura, legitimidad, protección en sus diferentes prestaciones, cobertura y demás, que han beneficiado a una gran parte de ecuatorianos aportantes. Sin embargo, como todo surgimiento y cambio, trae consigo partes negativas que lamentablemente al no ser subsanadas con el tiempo debido, crea grandes conflictos operativos y reglamentarios, que es precisamente en donde se desestabiliza la institución.

Entre los grandes cambios que existe en nuestro sistema social, se encuentra la estructura con la que se manejan principalmente procesos de gran impacto a favor del bienestar de los asegurados, entre estos, la cobertura de salud y las distintas prestaciones de las cuales son beneficiados una parte de los aportantes del país, y en este especial sentido, para que existe una correcta sistematización, es necesario que las autoridades que tienen el poder suficiente para la toma de decisiones, manejen un criterio justo y acertado, sin dejar de contemplar las garantías y principios básicos que le asiste al asegurado.

En otras palabras, para crear una legitimidad institucional, se ha podido observar la falta de participación dentro del proceso de selección del Consejo Directivo, por limitar el acceso a este tipo de concurso a los empleadores y trabajadores del país. En lo que respecta, nuestro modelo actual siempre ha sido de selección y no de elección popular en razón de que indirectamente han existido los “elegibles” de los poderes económicos del país, que no obedecen a una representación social de gremios de trabajadores y empleadores, cuando lo correcto, es que la elección de los representantes debe ser definida de forma democrática y universal por sus propios aportantes.

Una vez identificado el problema, este producto, pretende desarrollar una propuesta de sentencia moduladora aditiva, cuyo fin es plantear criterios de representatividad tanto para trabajadores, jubilados y empleadores que conforman la

Seguro Social con el objeto de que exista una correcta participación para la elección del Consejo Directivo de IESS.

Para ello, este producto se compone de cuatro apartados, siendo esta introducción el primero. El segundo, aborda el marco teórico de la memoria escrita, detallando en los tres primeros puntos del producto, la institución, su gobierno y la sentencia. El tercero, aborda la descripción del producto profesional aplicado o la propuesta a presentar, y finalmente, en la conclusión se encontrarán los puntos más relevantes de la investigación, con el objeto de entender las razones por las cuales se realiza la propuesta.

Para el desarrollo de este producto partiremos desde el método analítico-sintético, a fin de descomponer en todas sus partes y extraer los elementos más importantes que se relacionan con el producto. El método inductivo-deductivo, partiendo de lo más general a lo específico. El método histórico-lógico, debido a que no se especulará sobre los hechos, sino más bien que se partirá desde la historia, para desde lo lógico, explicar el desarrollo de la misma. Finalmente, el método de interpretación o hermenéutica, consistirá en realizar una correcta interpretación de la norma basándonos en los planteamientos sostenidos por la Corte Constitucional en su sentencia, cuyos soportes serán debidamente justificados a través de bibliotecas virtuales, repositorios, jurisprudencia, doctrina, con el objeto de analizar los distintos criterios jurídicos y legales sobre la falta de análisis de la sentencia, objeto de este producto profesional.

Para evidenciar el análisis de la sentencia, se utilizará métodos como la revisión documental, con el fin de tomar información y registrar para su posterior análisis, determinando el objeto, crítica, datos observados e interpretados por diferentes aristas, con sus respectivas conclusiones basadas en los resultados del producto investigado.

Finalmente, se acompañará a esta investigación, fuentes bibliográficas que sirven de base para el desarrollo y propuesta de este producto, con una amplia gama de juristas e investigadores que, a lo largo de su vida, realizaron propuestas muy concluyentes que merecen ser analizadas, y de esta manera, crear un modelo de Seguridad Social para nuestro país.

Capítulo primero

Descripción del problema. La falta de funcionalidad tripartita del Consejo Directivo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

En el año 2016 dentro de la sentencia No. 019-16-SIN-CC del caso No. 0090-15-IN, la Corte Constitucional ecuatoriana, “declaró la inconstitucionalidad diferida del inciso segundo y tercero del Art. 28 de la Ley de Seguridad Social”², manifestando la limitada participación de un gran grupo de trabajadores y empleadores en la integración del Consejo Directivo del IESS; y, validando toda resolución definitiva por parte del mismo sin la completa intervención de todos los representantes hasta que la Asamblea promulgue una nueva ley o en su defecto, reforme alguna.

Esto ha ocasionado que dicho Consejo emita resoluciones con efectos administrativos, procedimentales, y legales, contando únicamente con dos de los miembros, careciendo de forma tripartita y paritaria, debido a que hasta finales del año 2020 no se contaba con un representante de los trabajadores en la toma de decisiones por parte de los asegurados, y que de hecho, en la actualidad todavía no existe un rol determinado dentro del Consejo Directivo para el correcto funcionamiento de la institución.

La ausencia de los afiliados en el Consejo Directivo ha complicado la defensa de la Seguridad Social en su eje general, rector y autónomo, tal es así, que todas las decisiones que sigue tomando son ilegítimas, por cuanto la norma es clara en determinar que la conformación del Consejo Directivo debe ser tripartito³ y eso al momento, no existe.

Tampoco se observa que existe voluntad política en la legislatura para que se aplique de forma inmediata los correctivos necesarios para iniciar con el proceso de concurso, como se debería, a fin de que la misma sea de forma universal. El Consejo Directivo del IESS claramente ha demostrado la ausencia dentro de su estructura, al no encontrarse representado los trabajadores. Pueden incluso hacer quórum, tomar decisiones que cambien el ritmo administrativo, pero no son decisiones legítimas, porque

² Ibid.

³ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Registro Oficial 465, 30 de noviembre de 2001, LSS, art. 28.

no hay voz y voto del representante de los afiliados, demostrando que existen muchos intereses afectando directa o indirectamente al colectivo.

Como resultado de aquello, se pueden observar 3 cosas: La primera, este escenario desafortunadamente crea un problema real de representatividad en el manejo institucional del IESS; la segunda, todos los efectos causados por las resoluciones emitidas a raíz de la sentencia serían nulos; y la tercera, no existe norma expresa que regule el proceso de convocatoria a participación en donde se garantice una elección justa, transparente y universal del consejo directivo.

Por tanto, a fin de no afectar el derecho a la participación se deberá optar por seleccionar a los representantes en base a criterios de mayor representatividad, tal como lo sugiere el estudio comparado como aportes para el caso ecuatoriano de “Participación democrática en la gestión de la Seguridad Social, elaborado por la OIT en el año 2019”.⁴

No obstante, hay dos materias que el fallo constitucional no aborda con la debida profundidad. Por un lado, no reconoce la diferencia entre la regulación de la elección del representante de los empleadores y la elección del representante de los trabajadores. En la primera se le otorga la decisión directamente, mientras que la segunda se produce en dos momentos: el reconocimiento de las organizaciones de los trabajadores que gozan de la potestad y la decisión consensuada que deben alcanzar para designar al representante. En esto último radica la fundamentación para privilegiar a los gremios empresariales y organizaciones sindicales más representativas del país en la elección de sus representantes ante la seguridad social. Sin embargo, la Corte no considera que este sea un argumento justificado en el caso de los empleadores.

Esto último lleva a interpretar que solo una elección universal y directa de los asegurados, resulta válida para la selección de los miembros en el Consejo Directivo del IESS; y, por tanto, la falta de regulación de la misma por parte de la Corte Constitucional en prever criterios de representación, ha generado una problemática que merece ser analizada y abordada con detenimiento.

⁴ Miguel F Canessa Montejó, “La participación democrática en la gestión de la Seguridad Social. Resultados de un estudio comparado.” (Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, 2019).

Capítulo segundo

Marco teórico. La importancia de una adecuada composición y funcionamiento del máximo órgano de toma de decisiones de la entidad rectora de la Seguridad Social

En esta sección, se presentarán los tres contenidos teóricos principales que fueron indispensables para la construcción del producto profesional. El primero, se dividirá en dos partes, con el fin de poder demostrar el nacimiento y surgimiento de la Seguridad Social en el Ecuador, para que finalmente se pueda comprender la estructura y legitimidad en la toma de decisiones. En este sentido, como primer abordaje, se realizará un análisis categórico del mundo de la Seguridad Social y su falta de legitimidad institucional.

Una vez comprendida la estructura organizacional de la Seguridad Social, corresponde un segundo abordaje, cuyo contenido radicará en la acefalía que gira en torno al Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, a fin de poder demostrar desde una perspectiva socio jurídica, las consecuencias ante la ausencia tripartita de este directivo.

Finalmente, entre el análisis de la sentencia de manera más detallada, se abordará los verdaderos nudos críticos entre la aplicación del Test de razonabilidad e igualdad y la inconstitucionalidad diferida declarada por la Corte Constitucional, con el fin de poder determinar soluciones para el correcto proceso de elección del Consejo Directivo.

Es importante recalcar, que la Constitución ecuatoriana se caracteriza por incluir una amplia regulación sobre la seguridad social, a la cual otorga un marco jurídico con múltiples derechos y obligaciones a los que está sujeta la legislación, por ejemplo:

Art. 34: El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectiva el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.⁵

⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, Segundo Suplemento, 20 de octubre de 2008, art. 34.

El texto constitucional destaca que el sistema de la seguridad social nace como un principio constitucional. Por otra parte, en el Título VII sobre el capítulo del Buen Vivir de la Constitución se ubica, en su sección tercera, un conjunto de regulaciones sobre el sistema de la seguridad social, que medularmente haré mención a lo que respecta con el derecho a la participación:

Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad⁶

Más allá de lo mencionado en líneas anteriores sobre este artículo, lo interesante es que en su segundo párrafo no se menciona el principio constitucional de la participación en las instituciones de la seguridad social, como sí lo hace el artículo 34, lo que llevaría a suponer *prima facie* que socava su relevancia.

Una mención especial de la Constitución ecuatoriana es el derecho de participación de la ciudadanía estipulado en el Capítulo Quinto del Título II sobre los derechos. Conforme al artículo 61:

Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: 1. Elegir y ser elegidos. 2. Participar en los asuntos de interés público. (...). 4. Ser consultados. 5. Fiscalizar los actos del poder público. (...). 7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional (...)⁷

De este modo, el derecho a la participación atraviesa la estructura estatal del país, que incluye, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La norma Constitucional resalta aspectos por considerar en el análisis. En primer lugar, el derecho a la participación se goza y se ejerce sin ningún tipo de discriminación. En segundo lugar, no hay materia pública que esté excluida del derecho de participación. En tercer lugar, la consulta es un elemento del derecho a la participación, la que puede materializarse de diversas formas jurídicas, lo cual está abierto a la legislación. En cuarto lugar, el ingreso al empleo público o la selección para funciones públicas, deben cumplir una serie de requisitos dispuestos

⁶ Ibid., art. 367.

⁷ Ibid., art. 61.

por la Constitución: un proceso transparente, incluyente (sin discriminaciones), equitativo, pluralista y democrático.

1. El mundo de la Seguridad Social ecuatoriano y su falta de legitimidad institucional

A lo largo de este producto, corresponderá precisar dentro de este punto, los inicios del Sistema de la Seguridad Social ecuatoriano, sus componentes, estructura, organización, división y demás, con el fin de demostrar la necesidad que existe en nuestro país, respecto a un modelo social y económico de la seguridad social. Además, se articulará las precisiones importantes entorno a la legitimidad institucional del IESS, sobre su gobernanza y las atribuciones contempladas en la norma.

El mundo de la Seguridad, es un conjunto de sinergia, tantos cambios realizados, pocos ejecutados y otros que, en la actualidad, presentan un problema que merece la importancia suficiente para ser revisada, analizada y encontrar una solución que marque el principio de una nueva protección social hacia la comunidad ecuatoriana. Con el surgimiento de la protección social, nace la denominada “Seguridad Social en el Ecuador”, cuyos inicios y cambios, fueron de la siguiente manera:

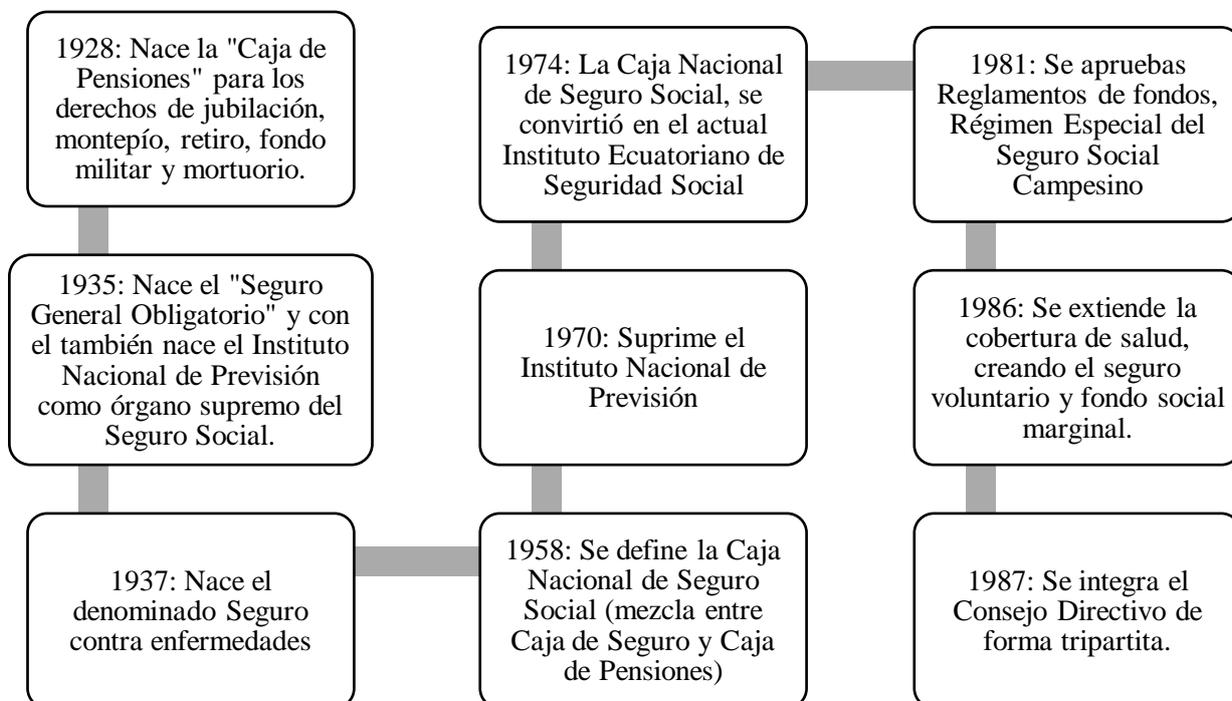


Figura 1. Historia de la Seguridad Social en el Ecuador
Fuente y elaboración propia.

En esta primera figura se demuestra la historia, como a lo largo de los años surgió una institución cuyo fin social, fue construir un organismo dedicado a salvaguardar los derechos e impulsado totalmente por los trabajadores, empleadores y personas jubiladas. Tradicionalmente, existieron dos modelos inspirados a crear una institución que asegure el acceso y cobertura de salud, esto es: el modelo bismarkiano y Beveridge. Sin embargo, actualmente no se garantiza la seguridad de quienes tienen escasos recursos económicos, pues no se identificaron las posibles debilidades que con el tiempo generarían consecuencias a nivel de estructura y gobernanza.

Por otra parte, la Organización Internacional de Trabajo, realiza una excelente apreciación respecto al nacimiento que rodea la esfera de la Seguridad Social en el Ecuador, que además de sus inicios, también plantea un breve ejemplo de la distribución y financiamiento del gasto social que tiene el seguro social en nuestro país. Cabe mencionar que las cifras de referencia que el especialista optó ejemplificar, demuestran el cambio drástico que ha tenido el presupuesto asignado en el año 2000 al 2006, y este a la actualidad, no se acerca a lo más mínimo.

Tabla 1
Ecuador, Evolución Histórica del Gasto Social por Sectores Base Presupuesto Inicial
en Millones de Dólares

Años	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Gasto Total Gobierno Central (GTGC)	978,20	4 082,91	4.275,08	5.240,93	5.742,48	5.560,20	6.401,50
Tesoro Nacional	14,27	2 698,27	2.346,27	3.468,97	3.362,90	3.585,30	4.044,30
Legislativo	35,4	20,5	25,3	30,6	368,7	52,3	68,5
Jurisdiccional	14,2	34,6	81,6	124,8	139,8	145,3	143,3
Administrativo	14,2	15,9	17,4	24,8	44,5	45,6	84,7
Ambiente	5,5	7,6	17,2	24,8	26,2	22,1	23,0
Asuntos Internos	167,2	243,6	336,0	447,4	463,1	507,7	522,9
Defensa Nacional	254,6	345,3	558,0	641,2	589,6	593,4	653,6
Asuntos del Exterior	34,0	44,4	121,3	99,4	94,7	80,0	112,4
Finanzas	95,6	160,4	157,4	34,0	229,4	30,1	35,0
Agropecuario	131,4	160,2	216,1	60,8	70,1	124,5	124,4
Recursos Naturales	6,0	5,1	12,4	21,3	18,2	21,8	50,6
Comercio e Industria	6,6	11,4	14,6	15,3	13,1	13,9	16,4
Turismo	1,9	6,7	5,7	6,9	11,9	7,3	9,7
Comunicaciones	189,5	321,9	365,8	223,4	264,2	311,8	462,2
Otros	7,8	7,0	38,5	17,4	46,2	19,1	50,5
Gasto Social Total (GST)	761,71	1 187,68	1.680,14	2.285,23	2.540,88	3.160,14	2.466,74
Gasto Social del Gobierno Central	761,71	853,91	1.314,18	1.369,00	1.470,82	1.783,50	2.160,60
Educación y Cultura ¹	356,4	456,2	601,8	781,6	853,4	950,5	1096,5
Bienestar Social	249,0	187,8	217,6	143,9	148,8	320,4	341,8
Trabajo y Empleo	6,6	6,5	7,0	9,5	11,4	11,8	12,1
Salud Pública	125,8	151,8	311,1	373,3	387,2	420,0	561,7
Vivienda	24,0	51,7	176,7	60,8	70,1	80,8	148,5
Bono de Desarrollo Humano	-	147,30	137,10	168,06	172,34	-	-
Transferencia a Universidades	-	186,5	228,9	266,2	279,7	296,6	0,344
Subsidios Petroleros ²	-	-	-	482,00	618,00	1.080,00	305,80
Subsidio al gas	-	-	-	219,0	277,0	329,0	125,2
Subsidio compañías eléctricas	-	-	-	118,0	28,0	58,0	14,0
Subsidio al diesel	-	-	-	145,0	313,0	693,0	166,6
Gasto Total en Protección Social (GTSPS)	24,50	38,40	220,90	260,74	342,64	449,79	342,97
IESS	24,5	38,4	156,3	166,0	242,5	343,8	343,0
ISSFA & ISSPOL	-	-	-	64,60	94,70	100,12	105,95
Dato Referencial del PIB	15.933,70	21.249,60	24.899,50	28.635,90	32.635,70	36.488,90	39.823,70

Fuente: Observatorio de Política fiscal, Ministerio de Finanzas, Banco Central del Ecuador

Para mejor ilustración, el diagnóstico realizado por el especialista de la OIT, simplificó el último cambio que dio fuerza a lo que hoy se conoce como Consejo Directivo, resaltando lo siguiente:

(...) La comisión inició un profundo proceso de transformación para sistematizar la conformación una estructura moderna de gestión y descentralización, optimización, extensión de cobertura y financiamiento. En el año 2001 se publicó la Ley 2001-55 en el Registro Oficial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional registró dos demandas de inconstitucionalidad en contra de varios artículos de la ley. Para marzo del 2003 la Comisión Interventora abandonó sus funciones, dando lugar al nuevo Consejo Directivo integrado de conformidad con la ley. Finalmente, debido a que la resolución de inconstitucionalidad de la Ley 2001-55 ha sido inaplicable hasta el punto que no ha llegado a ser reglamentada hasta el 2006, se ha llegado a expedir resoluciones

coyunturales administrativas. Como resultado de esta declaratoria, el estancamiento del IESS se torna evidente (...) ⁸

Respecto a la cita planteada, desde la creación de la Ley 2001-22 en el Registro Oficial, o también llamada Ley de Seguridad Social, trajo consigo demandas cuyo planteamiento de inconstitucionalidad recayó en un gran número de artículos, para no decir todas, ocasionando que, desde entonces, se sigan planteando acciones de la misma naturaleza, por los artículos que no fueron previamente declarados inconstitucionales. Entre los artículos en mención, tenemos brevemente los siguientes:

Tabla 2
Detalle de artículos declarados inconstitucionales

DEMANDANTES	ARTÍCULOS INCONSTITUCIONALES	RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículos 2,9,10,18,72,78,103,104,167,176,199,200,201,202,203,204,222 de la LSS	Se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2,9,72,103,167,176,204,222
Pachacutic	Artículos 2 y 9	
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículo. 72 LSS	Se declara inconstitucional el fragmento del artículo 77 sobre la administradora de fondos provisionales, cuyo fin es ser manejado por el sector privado cuando se contrapone con la norma
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículo 103	Se eliminó el texto respecto a la sujeción del seguro general de salud
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículo 167 inciso 4 de la LSS	Se impugna el artículo en mención, corrigiéndolo de la siguiente manera: «A través de la empresa adjudicataria administradora del fondo provisional»
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículo 176 – Regímenes de jubilación de la LSS	Es inconstitucional todo el artículo
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Respecto al Art. 204 inciso 2 de la LSS	Es inconstitucional el porcentaje máximo de las pensiones por jubilación considerando el máximo por 82.5% de USD 165.
MPD (Movimiento Popular Democrático)	Artículo. 222 de la LSS	Se declara inconstitucional que la Función Ejecutiva sea la que determine los aportes máximos entre el patrono y el afiliado

Fuente y elaboración propia.

En esta segunda figura, la Ley de Seguridad Social anterior, refería que en su artículo 2,” aparece la palabra *solicitar protección* cuando en su momento”⁹, “la

⁸ Fabio Durán Valverde, “Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador”, Informe de investigación (Ecuador: Organización Internacional del Trabajo OIT, junio de 2008), <https://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action;jsessionid=vY1tYvwZjJYyPg2pkQPgJnCRWqclvdCq2hTnHDG1K2MPRj3TkBD!475858318?ressource.ressourceId=6093>.

⁹ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 2.

Constitución en su Art. 57 expresa que el seguro general obligatorio es un derecho irrenunciable e imprescriptible de los trabajadores y su familia, y que es inconstitucional porque se limita solo a *solicitar* un derecho obligatorio e irrenunciable”¹⁰, poniendo en peligro la universalidad con la que se debería garantizar. Por lo que, el texto del articulado cambió a “*obligados a solicitar la protección* como también, del Art. 9 interpuesta por Pachacutic, respecto a la interpretación que tiene la palabra *habitualmente* en el articulado porque tiende a condicionar el derecho al habitante rural para acogerse al régimen del seguro social o para que solicite la protección”¹¹ violando las garantías constitucionales del Art. 55 y 57 de la Constitución, en concordancia al “Art. 24 del Convenio No. 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes”¹², por lo que de ese texto, el Tribunal Constitucional de aquel tiempo, eliminó la frase *habitualmente*.

Por otra parte, del Art. 72, inciso tercero de la LSS, se planteó una violación al Art. 30 de la Constitución, por cuanto “determina la propiedad de un derecho como lo es el fondo de reserva, y al ser administrado por externos privados”¹³, cobrando un 4% por administrar el fondo de reserva, más el interés del Banco Central, era inconstitucional la forma y fondo de dicho articulado, por lo tanto, el Tribunal Constitucional, “declaró inconstitucional la frase *adjudicataria administradora de los fondos provisionales de su elección* es decir, la iniciativa privada que en su momento planteó el IESS, no es obligatorio sino opcional”¹⁴.

El Art. 103 respecto a la prestación de salud que refería la LSS, indicaba que *son* “sujeción a los protocolos médicos, en enfermedades crónico degenerativas o catastróficas es desconocer los principios constitucionales”¹⁵ encontrados en sus Art. 3 numeral 2, 23 numeral 20 y 35 numeral 3, limitando los derechos y garantías de los afiliados en la salud, por lo que el Tribunal Constitucional resolvió ubicar el texto como “sujeción por parte del seguro general de salud, a los protocolos elaborados por el Ministerio de Salud con asesoría del Consejo Nacional de Salud, para otorgar las distintas prestaciones y servicios”.¹⁶

¹⁰ Ecuador, *Constitución* a art. 57.

¹¹ *Ibid.*, Art. 9.

¹² Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, eds., *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, vol. 169 (Lima: OIT, 2009), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

¹³ Ecuador, *Constitución*, Art. 30.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 103.

¹⁶ *Ibid.*, Art. 3 numeral 2, 23 numeral 20 y 35 numeral 3.

El Art. 167 inciso 2, fue contraria al Art. 58 de la Constitución, respecto al crear y promover el ahorro individual sin interferir en “administradoras de fondos provisionales que transfieran a los particulares el manejo de los recursos de los afiliados”.¹⁷ Tal es así, que el TC, eliminó dicha frase, sujetándose al criterio de la Comisión Técnica de Inversiones, que en ese momento existió.

El Art. 176 sobre el régimen de jubilación precisaba “tres niveles de ingresos mensuales por los afiliados”¹⁸, entre \$165 a \$500 y pasado el monto, pretende que el principio de solidaridad, por tal razón, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucional del artículo 176. Por otra parte, del Art. 204 inciso 2, no supera el 82% de \$165, por lo que transgrede el Art. 54 de la Constitución, en virtud de que transgrede el monto de jubilación y no existe trabajo alguno que pretenda mantener condicionar cuyos ingresos sea igual al promedio. De esta manera, el TC declaró inconstitucional el techo de la jubilación sin exceder el 82.5% de USD 165.

El Art. 222 motivo de inconstitucionalidad, indica que “la función ejecutiva determinará los topes tributarios máximos al monto o porcentajes de estos depósitos, cuando en realidad, el presidente no tiene capacidad tributaria para establecer, modificar o extinguir tributos que le corresponden al legislativo, peor aún, fijar tributos al ahorro de ellos afiliados y jubilados”¹⁹ por lo que transgrede totalmente al Art. 257 de la Constitución de la República del Ecuador. Dicho esto, la decisión que adoptó el TC, declaró que es inconstitucional que “la función ejecutiva determine los aportes tributarios máximos al monto o los porcentajes de los depósitos convenido, dejando al IESS la atribución a determinar los montos”²⁰, que es lo que en la actualidad sucede.

Sucede que, a la actualidad nos encontramos analizando una Ley que no tiene los sustentos constitucionales suficientes para que la misma siga vigente, y lo que es peor, aplicándola continuamente no solo en la institución sino, generando obligaciones que perjudican directamente a los aportantes, cuando lo ideal sería plantear una nueva Ley que logre reunir todos los supuestos constitucionales y garantice que todo tipo de ciudadano afiliado o jubilado, asegure su afiliación ya sea bajo relación de dependencia/voluntariamente o su fondo de retiro, en su posteridad.

¹⁷ Ecuador, *Constitución*, Art. 58.

¹⁸ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 176.

¹⁹ Ecuador, *Constitución*, art. 222.

²⁰ *Ibid.*, art. 257.

Desde la esfera de lo constitucional, la Seguridad Social se regirá “según el Art. 56 de la Constitución de la República del Ecuador por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad y suficiencia, para la atención de las necesidades individuales y colectivas, en procura del bien común”²¹; a su vez, en el mismo informe, caracteriza singularmente los puntos que componen este sistema, los cuales son:

- a) Crea el Seguro General Obligatorio y define las contingencias que cubre
- b) Establece el mandato de la extensión de dicho Seguro, al ámbito urbano y rural, y a la población asalariada y no asalariada (Artículo 57)
- c) Define al IESS como institución gestora del Seguro General Obligatorio, con carácter tripartito en su gobierno
- d) Establece el carácter descentralizado y desconcentrado de su organización y gestión
- e) Permite la creación y promoción de terceros administradores de recursos para fortalecer el sistema provisional y mejorar la atención en salud
- f) Establece la posibilidad de que la fuerza pública tenga su propio esquema de seguridad social
- g) Establece las obligaciones del Estado en cuanto al presupuesto público, y la obligación de pagar en forma oportuna
- h) Manda a establecer las prestaciones sobre bases técnico –actuariales
- i) Establece la separación patrimonial de los fondos de Reserva, con respecto al Estado
- j) Dispone de los mecanismos para hacer las inversiones, y crea una comisión técnica de inversiones, y establece la supervisión de una superintendencia
- k) Manda a ajustar anualmente las pensiones, en función de las disponibilidades
- l) Crea el Seguro Social Campesino, define su campo de aplicación y aspectos de financiamiento; así también, define las prestaciones que otorgará este Seguro.
- m) Incluye a los seguros públicos y privados como parte del sistema nacional de seguridad social
- n) Establece la vigencia de seguros complementarios para cubrir prestaciones adicionales a los del seguro general obligatorio. Convoca a las entidades públicas, privadas o mixtas, para su gestión.²²

Respecto a esta cita, los fuertes avances realizados desde la creación del IESS y su respectiva Ley de Seguridad Social, plantea definiciones donde expresan la autonomía que mantiene esta institución a diferencia de otras como servicio público, financiado por sus aportantes. En este amplio sistema de protección social que tenemos, en nuestro país el seguro social se encuentra en varias instituciones con diferentes nombres, pero a la final, con el mismo fin y la misma estructura, lo que lo hace totalmente innecesario, porque todos cumplen exactamente la misma función y existen, exactamente por la misma razón. Entre estas, instituciones cómo: IESS, ISSFA e ISSPOL. Entidades que de conformidad al Convenio 102 de la OIT, manejan nueve ramas de seguridad social. Sin

²¹ Ibid., art. 56.

²² Fabio Durán Valverde, “Fabio Durán Valverde, Junio 2008”, s. f., 197.

embargo, dentro de esta esfera, con significados problemas, el IESS resulta ser la principal institución que administra cuatro seguros, más prestaciones cómo:

- Seguro Social Campesino (Salud y pensiones de vejez)
- Seguro de Salud Individual y Familiar Individual y Familiar (prevención y recuperación), incluyendo prestaciones económicas
- Seguro General de Riesgos del Trabajo
- Seguro General de Pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte
- Fondos de Reserva
- Cesantía
- Otras prestaciones económicas de corto plazo.²³

Para que estas instituciones, cumplan funciones en razón de la demanda social que representa la seguridad social ante la esfera laboral, salud y bienestar, también cuenta con instituciones del Estado, encargadas de supervisar y regular, hasta de cierta manera sancionar conductas que perjudiquen a un tercero o que ese tercero, considere se le ha desprotegido o desatendido cierto derecho que implique el control y manejo de fondos como lo es la Contraloría General del Estado; y, la Superintendencia de Bancos y Seguros, intermedio de la Intendencia Nacional de Seguridad Social que en la actualidad, sigue operando. Sin embargo, para ser una institución completa, liderada por varios tipos de seguros, la seguridad social es una sola, y no existe suficientes razones que logren justificar por qué el ISSFA e ISSPOL, tengan un instituto social diferente, cuando todos contemplan contingencias, mantienen pensiones y reciben aportaciones, lo que implica a la vista del investigador y del que fácilmente se da cuenta, los intereses políticos que se perciben en estos tres tipos de seguros, cuando todos son financiados por el pueblo que decide afiliarse. Tal es así, que en la sentencia No. 83-16-IN/21 más reciente de la Corte Constitucional respecto a este punto, el pasado 10 de marzo de 2021, declaró la inconstitucionalidad de varios artículos tanto del “ISSPOL e ISSFA, respecto al financiamiento del sistema de los aportes, prestaciones en los regímenes especiales y evaluar críticamente por parte de la Asamblea Nacional, la procedencia de mantener el acceso al montepío y sus beneficiarios”.²⁴

Esta institución dentro de su origen funcional y estructura tripartita como lo es el Consejo Directivo, integrado por sus representantes, lo sigue la “Dirección General y Subdirección General a cargo de sus representantes respectivos. Como órgano de asesoría

²³ Organización Internacional del Trabajo, “CONVENIO OIT 102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social”, 1952.

²⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, *Sentencia N° 83-16-IN/21 y acumulados*, 10 de marzo de 2021.

técnica a nivel superior, se encuentra la dirección actuarial, auditoría interna, comisión nacional de apelación y la comisión técnica de inversiones”.²⁵

Dentro de un nivel intermedio, se encuentra la “fiscalización y control a través de la Procuraduría General y Secretaria General, dependientes de la Dirección General”²⁶. Por último, a nivel operativo desencadena un sin número de direcciones, entre estas, tres atienden programas de prestaciones específicas “(Dirección del Seguro de salud individual, familiar individual y familiar; Dirección del sistema de pensiones y Dirección del seguro general de riesgos del trabajo); y, una atendiendo al régimen de protección para los campesinos como lo es la Dirección del Seguro Social Campesino”²⁷, desde luego esta estructura maneja subdirecciones orientadas a prevenir riesgos.

En la misma línea a cargo de la Dirección General, se encuentran tres direcciones adicionales: “Dirección de servicios corporativos, de desarrollo institucional y económica financiera”²⁸. Entre lo operativo, las dependencias provinciales, las cuales manejan funciones parecidas a las de órgano central. Sin embargo, actos administrativos de naturaleza apelable a nivel provincial, la competencia inicial la tiene la “Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias y una Subdirección de servicios al asegurado con sus respectivos departamentos de afiliación, control patronal”²⁹, fondos de terceros, agencias, montes de piedad.

Las principales observaciones focalizadas por la OIT mediante diagnóstico, resaltan las siguientes con características que, sin lugar a duda, han generado inestabilidad institucional, entre estos, un ejemplo:

Dentro de esta estructura orgánica y funcional destacan algunos elementos, los cuales se desarrollan a continuación:

- a) La cantidad de integrantes del Consejo Directivo es muy baja en comparación con la práctica de este tipo de organizaciones de carácter tripartito. Usualmente los consejos directivos de las instituciones de seguridad social se integran al menos por dos representantes de cada parte constituyente.

- b) En estrecha relación con lo anterior, existe una relación directa de los órganos asesores con el Consejo Directivo. Esto podría ser bondadoso desde el punto de vista de la estrecha

²⁵ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 20.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS” (Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, junio de 2020).

²⁸ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 21.

²⁹ Ibid., Art. 22.

comunicación con el nivel directivo, pero es contraproducente pues genera el riesgo de que los órganos de asesoría técnica, como el caso de Actuarial y la Comisión de Inversiones, estén influidos por decisiones del nivel político. En la práctica, esta parece ser una situación reconocida e institucionalizada en el IESS.³⁰

- c) Es notable la ausencia de un estamento encargado de la función de planificación institucional, que en las empresas modernas puede estar encargada a un consejo gerencial que permita no solo la fijación de estrategias conjuntas para toda la organización, sino también la coordinación entre áreas funcionales, direcciones y departamentos. Esta es una carencia importante a la que hay que prestar atención.³¹
- d) Destaca el relativamente bajo nivel estratégico concedido a la gestión de tecnologías de información, que en organizaciones grandes como el IESS tienden a ubicarse más cerca del nivel superior, entendiéndolo su función en un plano más estratégico y cediendo espacio para que la gestión informática operativa pueda ser desempeñada en un plano más operativo. El modelo vigente de gestión informática tiende a conservar rasgos sumamente centralistas, lo que se convierte en un obstáculo para el desarrollo institucional de las tecnologías de información. Es recomendable visualizar un modelo alternativo para esta área, en concordancia con los requerimientos de una organización grande y compleja.³²

Respecto al primer elemento, efectivamente el peso de las decisiones no bien abordadas recae únicamente en cada representante de las tres figuras más importantes entorno al IESS, por lo que el problema es su gobernanza, pues en la práctica no se evidencia que exista una coherencia en el proceso de selección, porque sencillamente, no existe un proceso como tal, sigue siendo uno de los grandes vacíos que tiene la normativa que rige a la seguridad social, como también la institución que lo regula.

El segundo y tercer elemento, expresan una realidad que en efecto, se encuentra naturalizada en la institución, pues el acaparar funciones evitando la delegación y desconcentrando el poder, desatiende los intereses indirectos que las autoridades con los años, se han mantenido en el mismo lugar desde el momento que fueron elegidos, sin la debida oportunidad de cumplir su única función que debería ser, crear normas que encaminen a una política pública como una respuesta más efectiva a los aportantes.

Entre el cuarto y quinto punto, la ausencia y centralismo se repite en todas las dependencias del Seguro Social, ubicados en los distintos puntos del país, nos referimos a que el nivel de afiliados es incluso, más grande en ciertos cantones de la costa que de la sierra, incluido los propios asegurados perteneciente al seguro campesino. Ahora bien, entre un consejo gerencial y la planificación institucional que podría desempeñar, existe en el organigrama funcional del IESS, direcciones encaminadas para planificar por

³⁰ Valverde, "Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador".

³¹ Ibid.

³² Ibid.

provincia la gestión operativa de la zona cuya cobertura fue creada. Sin embargo, entre lo más crítico y real, es que pese a ser divididas por provincias, sigue una dependencia centralizada, lo que impide totalmente la gestión administrativa, operativa y demás incorporaciones que deban realizarse para prestar el servicio que corresponde.

En este sentido, la crítica constructiva de países con sistemas más organizados y fuertes donde no solo tres, sino dos por representantes de empleadores, asegurados y ejecutivo, podría ser una solución al problema, dado que el proceso democrático que efectivamente no existe en esta institución en nuestro país, es lo que ha ocasionado tantos vacíos reglamentarios donde decisiones superan los intereses y favores políticos, que la propia sincrónica y bien común de sus aportantes.

El deber ser entre las funciones que regula el Consejo Directivo vs las distintas Direcciones, se encuentran tan extralimitadas que, por crear nuevas dependencias, desatendieron importantes funciones de carácter normativo que si estaban en la obligación de cumplir. Entre la inestabilidad y la falta institucional de directivos más fuertes, con frente unido, en el año 2016 uno de los tres representantes del Consejo, faltó, ocasionando a mi punto de vista, un desbalance institucional entre la validez en la que se emitían las resoluciones.

Si bien es cierto, se ha tratado en los últimos años cambiar el modelo institucional en el que se ha manejado el IESS, a través de importantes cambios internos y reformatorios a la normativa con la que se llevan los procesos administrativos y de simple administración que deviene propiamente de actuaciones de funcionarios públicos, como parte de la institución. Para esto, como órgano central más importante del país, se puede identificar gestiones transversales de programas que administra referente a las afiliaciones, recaudaciones y control contributivo que no ha sido resuelto por la máxima autoridades del IESS, esto es, el Consejo Directivo.

Otro de los aspectos poco abordados en el país, es la falta de legitimidad institucional que posee el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ¿Por qué?, de los informes y recomendaciones emitidos por la OIT respecto a las decisiones que ha socavado el órgano de administración máxima de la institución, evidenció la gobernabilidad con la que se maneja internamente el IESS y sus falencias a nivel público. Principalmente, se puede demostrar que la normativa que lo rige, limita la institucionalización y desconcentración de poderes, ocasionando un debilitamiento de la participación y representación del Consejo ante los aportantes.

Entre lo que se conoce, la OIT acertó en identificar la representatividad que tiene la Seguridad Social a nivel normativo, “dentro de su informe sobre ¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?”³³, ratifica que “la gobernanza de una institución de seguridad social empieza por la Ley en la que se establece el programa de seguridad social, ya que ahí se sientan las bases en las que se define el mandato del programa, así como los poderes y responsabilidades que otorga a la autoridad responsable de aplicar ese mandato”³⁴

Además, profundiza de manera más detallada los problemas en el marco normativo de nuestra Seguridad Social, iniciando primordialmente por la falta del Reglamento General de la Ley de Seguridad Social y que, en su lugar, se emitan resoluciones para regular procedimientos que van en contra de la norma y debido proceso, pues lo que desatienden son los derechos de los asegurados y perjudican sus intereses.

Para esto, según la OIT, existen y persisten grandes problemas en la gobernanza institucional y la misma se reduce en la representación del “Directorio, mala gestión de la institución y falta de transparencia en los procesos, especialmente en el seguro de salud, donde se concentra la contratación de talento humano y la adquisición de bienes y servicios. Finalmente, el informe señala que la conformación del Comité de Ética y Transparencia”³⁵, cuyos únicos integrantes son el Consejo Directivo, no es autónomo tal como se dice en la norma. “Esto porque quienes deciden son los que finalmente también controlan y velan por el cumplimiento de la política de transparencia y ética institucional, donde existe exagerada concentración de poderes en una sola persona, quien hace de delegado del Ejecutivo en el Consejo Directivo es el director, lo que impide que la Institución sea plural e inclusiva”³⁶.

Ante esta problemática social, se han planteado varias soluciones por parte de organismos como la Organización Internacional de Trabajo, CEPAL entre sus encuestas y criterios representativos respecto a la gobernanza institucional del IESS, expertos en seguridad social y ciudadanos activos frente a los cambios que ha surgido nuestro sistema de protección social.

³³ Pablo Casali et al., “¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo” (Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, 2019).

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

Existe mucho contenido explicando las mejores vías para aterrizar el problema y centrarnos en una solución. Sin embargo, esta inestabilidad política, entre cambios de mandos y puro centralismo absoluto, ha imposibilitado el avance hacia un proceso transparente, equitativo y aseguramiento a las prestaciones de salud que, en medio de la emergencia sanitaria, que aún no se ha regularizado del todo, es importante garantizarla a través de los directivos.

La legitimidad que enfrenta el IESS respecto a su administración, generó un proceso de asistencia técnica que mantiene directamente la OIT con el fin de brindar herramientas más sostenibles que fortalezcan a la institución, con la única manera que se conoce, cambiando el sistema y por ende a los grandes mandos, permitiendo más participación volviéndola rotativa con resultados ágiles y prácticos.

La importancia que merece este grupo de representantes en la mesa principal del IESS, ha demostrado que, pese a la cantidad significativa de reformas recientes con el fin de avanzar a un sistema u modelo desconcentrado, lo cierto es que hoy en día esta gestión sigue siendo netamente centralizada. Esta desconcentración, sería altamente indispensable no solo desde la necesidad de hacer más efectiva y eficiente el trabajo o ciertos procesos administrativos, sino de evitar engorrosos procesos e innecesarios, que, a la final, terminan dilatando recursos que el afiliado no puede esperar, esto se espera precisamente con la finalidad de que el poder se lo distribuya de manera desconcentrada, evitando las famosas cuotas políticas que interrumpen la armonía de un sistema transparente y equitativo para el aportante.

2. La acefalía como ausencia del poder entorno al Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS.

Para mayor entendimiento, considero importante iniciar por el concepto básico y etimológico de “acefalía”, de esta manera podemos comprender el abordaje de este segundo punto, y a su vez, analizar con detenimiento el entorno del Consejo Directivo del IESS. Para esto, conviene dilucidar que esta palabra hace referencia a raíces griegas “*kephalé*”, cuyo significado radica en “sin líder” como carencia de cabeza e inexistencia de jefe en una comunidad.

Para efectos de la presente investigación, se profundizará sobre los aspectos más importantes y relevantes entorno a la ausencia del Consejo Directivo desde su forma tripartita institucional. Así mismo, se pudo evidenciar directrices propuestas por tratadistas de la materia y evaluadores de procesos democráticos en cualquier esfera pública del país, cuyo importante aporte es sobre “la buena gobernanza”, y una “correcta administración”.

En primera instancia, el Consejo Directivo básicamente se encargaría de la creación de políticas; mientras que, la Dirección General, emitiría pronunciamientos a través de las resoluciones. “Sin embargo, en la Ley de Seguridad Social el Consejo Directivo se le asignan atribuciones como: elaborar y aprobar políticas públicas; emitir normas técnicas y reglamentos internos del IESS, aprobar el presupuesto general de operaciones y designar al director general y otras autoridades”³⁷.

Esta situación, no responde a los principios de forma correcta hacia una “buena gobernanza, ya que no distingue las atribuciones de ambos órganos y limita la actuación de la Dirección General, donde se ve comprometido la dirección para administrar la institución”.³⁸

Analizando un poco más afondo el tema, la “Ley de Seguridad Social le delega atribuciones al Consejo Directivo del IESS para designar los directores de las distintas dependencias que ejecutan funciones nivel gerencial, sin contar con el perfil y/o instrucción formal de cada uno de los puestos”³⁹. Sin embargo, esta situación no influye en la normativa vigente, pero no es menos cierto que está claramente determinado que las

³⁷ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 28.

³⁸ Casali et al., “nudos críticos”.

³⁹ Ibid.

directrices que promueven una buena gobernanza en el IESS y su aplicación o no en el caso concreto, sumado a la transparencia con la que se tiene que regular los procesos internos, más aún cuando son para formalizar dignidades que por un largo periodo, desarrollarán cambios que generen consecuencias de carácter administrativo y procedimentales.

En nuestro país, la construcción de un sistema de seguridad social y participativo, se encuentra claramente establecido en la Constitución, por lo tanto, es una norma de carácter obligatorio que el Estado debe bajo toda premisa, extender el derecho a las personas que realizan un trabajo diferente, que no cuenta con protección social obligatoria porque su situación laboral es lo desventajosa, y no ha sido resuelta, como también a quienes están en desempleo. El IESS ha sufrido, una constante inestabilidad que han impedido su desarrollo normal y se ha demostrado la deficiente cultura del servicio público, por el centralismo que se mantiene como en la toma de decisiones.

Un importante hecho es la administración del presidente del Consejo Directivo en el IESS, cuando el Consejo Directivo emite políticas de conformidad al “Art 27 de la Ley de Seguridad Social”⁴⁰, y al mismo tiempo es interesante porque siendo una institución orgánicamente creada para satisfacer cada necesidad de los aportantes, el papel que juega el Consejo Directivo, en la práctica asume tareas en el campo administrativo, como por ejemplo, participa en los procesos de gestión, en el nombramiento de funcionarios, cosas que no están directa ni indirectamente ligadas a sus competencias. Y esta forma de participar es completamente inusual en las instituciones de seguridad social, porque normalmente se entiende que el papel de un consejo directivo es más en función de crear políticas y normativas para el correcto manejo de los afiliados, más no, asumir un papel de control o supervisión que no está en el marco de sus competencias, sino en las de otros, por lo que de acuerdo a los tratadistas en el tema, ese es uno de los factores más trascendentales, que obstaculiza y detiene la correcta administración.

El IESS no tiene capacidad suficiente para crear perfiles ampliamente capacitados, y con un soporte técnico de base que funciona, iniciando por la designación y participación impuesta por las altas esferas del gobierno para nunca salir del poder y siempre rotar entre los más allegados al mismo.

Sin esta base de personal técnico con experiencia, que pueda sustentar el conocimiento que la institución requiere, cada administración que llega, implica la salida

⁴⁰ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 27.

de otras y respecto a los cargos de libre remoción. Criterio como “La administración técnica del IESS no solamente tiene que ver con el equipo técnico operativo de colaboradores que se requiere, sino también con el equipo de administradores del nivel jerárquico superior que, de manera general, acceden a sus cargos, por mecanismos diferentes a concurso o selección con base en perfiles de competencia definidos por niveles de educación formal y experiencia laboral”⁴¹. Que, a su vez, permitan obtener un trabajo adecuado, que pueda establecer mecanismos que contribuyan al cambio del IESS, integrado por trabajadores capacitados para responder con su propio trabajo.

Por otra parte, “el artículo 20 de la Ley de Seguridad Social, la dirección superior del IESS se encuentra integrado por: *el Consejo Directivo; La Dirección General; y, La Dirección Provincial*”.⁴² Situación que ha sido desarrollada en párrafos anteriores.

Además, “el Consejo Directivo es el máximo órgano de gobierno y de conformidad con el artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, norma cuyos incisos segundo y tercero fueron declarados inconstitucionales con efecto diferido hasta que la Asamblea Nacional realice la reforma pertinente, según lo dispuesto mediante Sentencia N° 019-16-SIN-CC, de la Corte Constitucional, la estructura de este órgano es tripartita y paritaria”⁴³. Se puede considerar como motivo de ingobernabilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; las normas que han sido aprobadas, son precisamente aquellas que han generado muchos problemas; Un ejemplo de esta problemática, planteada por expertos en la materia, la “expedición de la Resolución C.D. 501 que redujo las tasas de aportación destinadas al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y al Seguro de Riesgos del Trabajo y, a la par, incrementó la tasa de aporte destinada al Seguro de Salud Individual y Familiar, para cuya emisión contó únicamente con el voto del representante del Ejecutivo (presidente del Consejo Directivo) y con el voto del representante de los asegurados. Dicha decisión ha sido una de las causas del desfinanciamiento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, conforme consta en el Estudio actuarial de dicho Seguro, con corte al 31 de diciembre del 2018”⁴⁴, situación que sigue vigente y sin resolver.

Desafortunadamente, la conformación actual del CD es “el representante del Ejecutivo y el de los empleadores, limitando la capacidad de toma de decisiones por parte

⁴¹ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

⁴² Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 28.

⁴³ *Ibid.*, Art. 28.

⁴⁴ Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, “Resolución”, *Resolución No CD 501*, 13 de noviembre de 2015.

del presidente del Consejo Directivo, cuyo voto dirimente constituye un motivo de mayor preocupación por la dependencia de la entidad al Gobierno de turno”⁴⁵, situación que sigue ocurriendo al año 2021 con los tantos cambios realizados.

Finalmente, a pesar de que el tripartismo quedó únicamente contemplado en la norma más no en la práctica, de acuerdo a la investigación de la OIT a sus entrevistados, “hay actores que han coincidido que no debería contar con un delegado en el máximo órgano de gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, porque moralmente es muy cuestionable que el mayor deudor de esta Institución tenga incidencia en la toma de decisiones”.⁴⁶

Es cuestionable, que durante muchos años de intentos por encontrar un Seguro Social “ideal” mediante las distintas reformas de carácter normativo, no se haya conseguido hasta la actualidad, una estabilidad que genere confianza y seguridad en los afiliados, por la cantidad de aportes mensuales que representa a la institución y por las grandes cantidades de recomendaciones que importantes organismos internacionales, han realizado para el efecto, con el fin de mejorar el sistema de salud y protección social, que permite responder a las verdaderas necesidades de la comunidad, sin dejarse influenciar por cuotas políticas, reducidas en cargos innecesarios que no cumplen con las funciones que la norma suprema y la propia Ley especial, han creado para el efecto.

Por tanto, desde el punto de vista investigativo, el verdadero tripartismo que representa el Consejo Directivo, o lo que conocemos como las competencias y funciones que ejercen este grupo de personas, en la actualidad, no es suficiente material humano para gobernar equitativamente los procesos, con la transparencia que se requiere, solventando todos los conflictos administrativos y legales, por cuanto lo que menos se ha focalizado, es cumplir con las necesidades de los aportantes, y lo que en pocas palabras significa que en la práctica el tripartismo en el seguro social, no existe. Se necesitan, más mentes que contribuyan a un verdadero cambio o definir mediante norma expresa, verdaderos procedimientos que aseguren la elección de directivos altamente capacitados, con un interés común en pro de obtener un Seguro General que asegure las vidas de los afiliados.

⁴⁵ Casali et al., “nudos críticos”.

⁴⁶ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

3. Nudos críticos entre la aplicación del Test de razonabilidad y la Inconstitucionalidad diferida determinada en sentencia

En esta sección, se desarrollará el análisis de la sentencia de manera más detallada, puntualizando los verdaderos nudos críticos entre la aplicación del test de razonabilidad y la inconstitucionalidad diferida declarada por la Corte Constitucional, con el fin de poder determinar soluciones prácticas y efectivas para el correcto proceso de selección del Consejo Directivo. Entre este importante abordaje, resulta necesario dilucidar el por qué el máximo organismo jurisdiccional, esto es, la Corte Constitucional, interviene en este tipo de acciones especiales, que generan efectos de gran relevancia legal a nivel normativo sobre organismos públicos que cumplen una necesidad de carácter público.

La norma suprema ha determinado que para este tipo de acciones especiales, en su “Art. 436 numeral 2, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver acciones públicas de inconstitucionalidad, ya sea de fondo o forma que presente una norma de obligatorio cumplimiento, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado, a su vez, al ser declarados inconstitucional, tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”⁴⁷ y por ende, importantes cambios que desembocarán, reformas para un bien superior⁴⁸.

Este tipo de declaratoria, analiza la norma y sus incompatibles razones de fondo y de forma de aquellas disposiciones que integran el sistema legal de nuestro país. Para esto, la Corte Constitucional, cumple con identificar los vacíos legales mediante el correcto análisis de la norma y realizando un examen abstracto de la misma.

Al analizar un control de constitucionalidad “formal y material” en la que se encuentra la norma, corresponde según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, analizar si la norma impugnada “fue presentada dentro del plazo que estipula la ley, esto es, según el Art. 78.- Plazo. - El plazo para interponer las acciones de inconstitucionalidad se regirá por las siguientes reglas: (...) 2. por razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente, a su entrada en vigencia”.⁴⁹

Claramente, la norma sujeta a la acción, excedió el tiempo de vigencia. Sin embargo, la CC, muy acertadamente, procedió a realizar el control “material” de la norma,

⁴⁷ Ecuador, *Constitución*, Art. 436 numeral 2.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 436 numeral 2.

⁴⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 78.

la misma que involucra el análisis detallado al fondo del acto normativo en relación a las normas y preceptos previstos en la Constitución de la República del Ecuador. Entre el desarrollo del análisis que realiza la Corte Constitucional, involucra “la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto al principio de igualdad, cuyo Art. 24 menciona todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”,⁵⁰ lo cual está íntimamente relacionado con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su Art. 26 dispone:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵¹
Más allá de la evidente vulneración a la igualdad, participación, discriminación,

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado expresamente que: “El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley (...) pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico (...).”⁵²

Entre el análisis de la sentencia se menciona que no todo trato tiende a transgredir el principio a la igualdad, sino que más bien, según la “Opinión Consultiva N° OC-17/2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana (...) sino sólo cuando la distinción carece de justificación, objetiva y razonable.”⁵³

En base aquello, la “Corte Constitucional, mediante sentencia No. 019-16-SIN-CC”⁵⁴ indica:

En virtud de lo expuesto, el mandato de igualdad en la formulación del derecho exige *prima facie* que todos sean tratados igual por el legislador al momento de la configuración normativa; sin embargo, este principio puede ser limitado siempre que existan criterios razonables que justifiquen un trato diferenciado a determinados sujetos.

⁵⁰ “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Acuerdo Ministerial 202.pdf”, s. f.

⁵¹ Naciones Unidas, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.pdf”, 16 de diciembre de 1966, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf, Art. 26.

⁵² “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Acuerdo Ministerial 202.pdf”.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-4-84”, 19 de enero de 1984, <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/OPINION-CONSULTIVA-4.pdf>.

⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, 22 de marzo de 2016.

En aquel sentido, la Corte Constitucional procederá a realizar un **test de razonabilidad** con el objeto de determinar si la medida empleada por el legislador ecuatoriano en cuanto a la integración del Consejo Directivo del IESS, con relación a los empleadores es razonable y por tanto no afecta el principio de igualdad.

Al respecto, es necesario señalar preliminarmente que el test de razonabilidad constituye una guía metodológica cuya finalidad es responder a la pregunta ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato legal desigual? Para ello, en atención a los argumentos de la accionante y de las instituciones demandadas, se analizará la razonabilidad de la norma impugnada mediante las tres etapas que componen el test de razonabilidad: 1) La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento de trato desigual; 2) La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución y, 3) La razonabilidad de trato desigual, esto es la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, es decir una relación medio-fin. (...)

Pues bien, en relación a la primera etapa del test de razonabilidad, se establece que los objetivos perseguidos a través del establecimiento de la norma es garantizar la representatividad del sector empleador ecuatoriano en la integración del Consejo Directivo del IESS.

En este orden, una vez identificados los objetivos, en la segunda etapa del test de razonabilidad, es preciso establecer si estos son constitucionalmente válidos, es decir, si encuentran sustento en disposiciones constitucionales.

Llegamos así a la tercera etapa del test de razonabilidad que tiene relación con la proporcionalidad entre la desigualdad expresada en la norma y el fin perseguido, de esta manera, conviene determinar si la medida que consiste en contar exclusivamente con representantes de la Federación de Cámaras de empleadores del país permite garantizar una efectiva representatividad de este sector en la integración del Consejo Directivo del IESS. (...)⁵⁵

El llamado test de razonabilidad desde el punto de vista doctrinario, analiza la razonabilidad desde su etimología hasta la forma de su aplicación. Con este fin, muchos investigadores y juristas constitucionales, refiere sobre la diferencia que existe entre la razonabilidad y proporcionalidad, aunque ambas puedan verse ligeramente parecidas en un determinado caso. Por su parte, Daniel Vásquez en su libro, expresa qué:

La razonabilidad y, en específico, los distintos test de razonabilidad o proporcionalidad que existen, nos permiten analizar bajo qué determinadas circunstancias, en un caso concreto, un principio predomina sobre otro, se ponderan dos principios para que ambos sobrevivan, o se establecen directrices de acción para los poderes Ejecutivo y Legislativo a fin de que un determinado principio efectivamente exista.

Un test no es otra cosa que la construcción de una serie de categorías que se integran por un objetivo específico, una construcción de varios criterios tipo *check list*. Se trata de criterios o categorías objetivas que se aplican de forma prudencial a partir de las circunstancias del caso. [...] En este sentido, la justicia lo es siempre a la luz y a partir

⁵⁵ Ibid.

del caso, y es también un proceso de construcción en la medida que se van resolviendo las categorías que integran el test. Finalmente, otro aspecto central de los test de razonabilidad o proporcionalidad es que se trata de herramientas argumentativas que, a través de criterios como la idoneidad o adecuación, o el estudio de la necesidad, permiten analizar cuestiones de derecho, cuestiones de hecho, y la combinación de ambas.⁵⁶

Del texto citado podemos concluir que la finalidad del “test de razonabilidad permite analizar qué principio predomina sobre otro, sin afectar directa o indirectamente el derecho de un tercero”⁵⁷. Por otra parte, el tesista Daniel Rodríguez en su investigación sobre el “test de razonabilidad como un mecanismo para garantizar el debido proceso en la aplicación de medidas cautelares, manifiesta que la Corte Constitucional de Colombia, creó para una mejor interpretación y análisis, el objetivo de la razonabilidad en tres pasos”:⁵⁸

Alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, (iii) análisis de proporcionalidad determinando si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

Estos tres pasos fundan en el test de razonabilidad y el principio de proporcionalidad, constituido por tres elementos básicos, la idoneidad representada en fin constitucionalmente perseguido y legítimo; la necesidad como el fin propuesto, sin que exista otro medio posible que implique vulneraciones; la proporcionalidad encaminada a la justificación constitucional existente en la diferencia de trato. Una vez establecido los pasos, surgió la necesidad de instituir una intensidad en el test, donde la influencia norteamericana fue determinante, la Corte acogió los tres criterios de intensidad acordes a la jurisprudencia norteamericana, su implementación se ve contenida en la sentencia C-673 de 2001 así:

El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado, este es el comienzo del análisis de la razonabilidad. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad.

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e

⁵⁶ Daniel Vázquez, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar: restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, Primera edición, Serie estudios jurídicos, núm. 287 (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016).

⁵⁷ William Jhony Muñoz Valeriano, “El test de igualdad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: reflexiones sobre la sentencia recaída en el Expediente N.º 00045-2004-PI/TC y 00004-2006-PI/TC”, *Revista de Derecho* 5, n.º 2 (27 de octubre de 2020): 27–36, doi:10.47712/rd.2020.v5i2.92.

⁵⁸ Daniel Alfredo Rodríguez Castro y Daniel David Sierra Fandiño, “Test de razonabilidad: un mecanismo para garantizar el debido proceso en la aplicación de medidas cautelares innominada” (Tesis de grado, Institución Universitaria Los Libertadores, Facultad de derecho, ciencias políticas y relaciones internacionales, 2016).

importante, pero además imperioso, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.

Un test menos intenso es para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.⁵⁹

En pocas palabras, de la cita realizada podemos concluir que dicho test, es un juicio de valor que te permite analizar una correcta aplicación de la norma, sin desatender el derecho de un tercero. Aunque exista conceptos parecidos entre la razonabilidad y la proporcionalidad, José y Francisco Zuñiga en su artículo dice que “la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin”⁶⁰, por lo que sí implica una transgresión entre la igualdad y debido proceso cuando no se analiza de manera correcta, o no se la emplea entre los fallos que se deben desarrollar por los organismos jurisdiccionales.

Ahora bien, respecto a la primera etapa que refiere la sentencia objeto de esta investigación, si bien es cierto se observó la coexistencia de principios que se encuentran relacionados entre sí y en el texto constitucional, como lo son, los principios de representatividad, participación, incluyente y equitativo, entre otros importantes, que, a su vez, se encuentran también plasmados en la Ley de Seguridad Social, con el que se supone, regularía los procesos de selección del Consejo Directivo.

Sin embargo, el sistema de seguridad social, tiene características tan amplias, que pese a considerarlas dentro del análisis de la sentencia, en la práctica no se logra visibilizar de qué manera se producen esos criterios de selección. Está claro que el objetivo constitucional es verificar si la norma impugnada, cumple con estos principios, lo cual evidentemente no es así, no se observa una crítica inicial de qué modelos de participación se pueden adoptar.

Por otra parte, en su segunda etapa claramente se evidenció que dicho artículo impugnado, hace mención de un grupo específico de empleadores, sin la oportunidad de considerar que, dentro del proceso de selección, participen grupos externos que no

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ José Ignacio Martínez y Francisco Zúñiga Urbina, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional.”, Centro de estudios constitucionales de Chile Universidad de Talca, 9, n° 1 (2011): 199–226, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en.

necesariamente se encuentren afiliados a grandes instituciones reconocidas legalmente y que, en su defecto, tampoco consideran a los empleadores cuya aportación es de manera voluntaria.

Finalmente, en su tercera etapa, se puede determinar la proporcionalidad que existe en la norma, pues las evidentes características de desigualdad que existe vs el fin democrático que debería ser el proceso de selección, está muy alejado de la realidad y por ende, la representatividad que carece el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, causa conflictos en su gobernabilidad, administración y toma de decisiones legítimas.

Efectivamente, la misma Corte Constitucional en su análisis, menciona:

En el caso sub examine se observa que lo que busca regular la norma, es la representación del sector empleador en el país en cuanto a la integración del Consejo Directivo del IESS, frente a lo cual mientras mayor participación exista por parte del sector empleador, mayor será el grado de satisfacción del principio de representatividad. En aquel contexto, tanto los empleadores agremiados en la Cámaras, así como los empleadores autónomos e independientes, forman parte del sistema de seguridad social en el país, contribuyendo con sus aportes a tutelar los principios que rigen la seguridad social; en ese orden de ideas, los destinatarios de la norma en análisis, se encuentran en situaciones jurídicas idénticas por lo que el trato a ser observado en la configuración normativa del legislador debe ser igualitario. [...] El tercer mandato revela un trato paritario a los destinatarios cuyas similitudes sean mayores que las diferencias; ostensiblemente pueden existir diferencias en cuanto a la naturaleza de la agremiación de empleadores y los empleadores autónomos e independientes en el contexto cuantitativo, así como en el valor de aportaciones económicas por concepto de su trabajo dentro del sistema de seguridad social ecuatoriana; sin embargo, las similitudes en cuanto al objeto que persigue la norma en análisis - representatividad del sector empleador para la integración del Consejo Directivo del IESS- son superiores, puesto que todos tienen la misma categoría (empleador), todos forman parte del sistema de seguridad social y tanto el trabajo autónomo como el agremiado, se encuentran reconocidos por la Constitución; ante lo cual el trato que debe darse en la configuración de la norma por parte del legislador debe ser igualitario.⁶¹

Sobre los puntos citados de la Corte Constitucional, en efecto, se observa que la intencionalidad de que exista un gran número de representación al gremio de empleadores a través de la acción de inconstitucionalidad, es precisamente, regular la oportunidad de que más gremios que no necesariamente sean entre los más reconocidos, pero aportantes finalmente, participen en el proceso de selección del Consejo Directo. Por otra parte, este reconocimiento se extiende también para los trabajadores del país que no necesariamente generan una dependencia sino aportan voluntariamente al seguro.

⁶¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, 22 de marzo de 2016.

Si bien es cierto, se realiza un extenso análisis de lo que a nivel normativo carece y de aquellas garantías y/o principios que no son concordantes con la disposición en la Ley de Seguridad Social. Pero no es menos cierto, que tampoco la Corte Constitucional, realiza un planteamiento provisional de cómo obtener un verdadero proceso de selección, pues evidentemente declara la inconstitucionalidad del articulado, sin proponer un proceso de selección justo, que cumpla con las características democráticas que todos los aportantes intervinientes, sean estos del grupo de empleador o de trabajadores/jubilados, deben conocer para ser democráticamente elegidos.

Un importante señalamiento entre la declaratoria de inconstitucionalidad, es la que de “oficio” realiza la CC sobre las normas conexas, pues además de determinar que el inciso tercero del Art. 28 de la Ley de Seguridad Social, es inconstitucional por limitar el derecho a la participación e igualdad, también lo es el articulado que determina aquellos aportantes que también deben incluir el proceso de selección.

Desde este punto, la “declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas, cuyo abordaje por la Corte Constitucional en el análisis de la sentencia, fue declarar de oficio con la intención de que, en los casos sometidos a su conocimiento, concluya que una o varias normas son contrarias a la Constitución”⁶², y se encuentra expresamente contemplado “en el Art. 436 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, donde textualmente indica:”⁶³

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

(...) 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.⁶⁴

Este tipo de atribución, se la conoce en doctrina como *inconstitucionalidad por “omisión u omisión inconstitucional”*⁶⁵, permitiéndole al órgano jurisdiccional, el control en las omisiones realizadas por las instituciones públicas, a través de iniciativa como lo son, las acciones constitucionales. En este especial sentido, Iván Patiño en su artículo

⁶² Jorge Alberto Taylor Santos y Angelica Saraí Santos Hernández, “Sentencias Aditivas y los Principales Conflictos en el Ámbito de la Interpretación Constitucional”, *La Revista de Derecho* 42 (15 de diciembre de 2021): 117–36, doi:10.5377/lrd.v42i1.12936.

⁶³ Ecuador, *Constitución*, Art. 436 numeral 3.

⁶⁴ *Ibid.*, art. 436 numeral 3.

⁶⁵ Ab Iván Castro Patiño, “La inconstitucionalidad por omisión”, 3 de julio de 2003, https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2003/01/16_Inconstitucionalidad_por_Omision.pdf.

analiza el alcance de la omisión en dos enfoques y define, que el “enfoque restringido considera que la inconstitucionalidad por omisión se produce únicamente por la inacción de la función legislativa al omitir dictar la norma que la Constitución le obliga”⁶⁶, y por el contrario, el enfoque amplio “considera que la inconstitucionalidad por omisión no sólo puede producirse por la inercia de los deberes del legislador sino también cuando en ello incurren otros órganos del poder público y funcionarios públicos”⁶⁷

A su vez, con la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, las garantías que se encuentran plenamente en el nuevo modelo de constitucionalismo en un Estado constitucional de derechos y justicia, crean a este nuevo órgano de control constitucional, cuya competencia en la actualidad, permiten analizar más allá de la norma, los vacíos legales que no afecten las garantías de un tercero. Por su parte, Gerardo Eto Cruz, indica que “la interpretación no se reduce a desentrañar el significado de normas opuestas al texto constitucional y a eliminarlas, sino que se extiende a llenar los vacíos que por omisión dejan a la Constitución congelada”.⁶⁸ Por lo que, en la práctica, la CC realiza una interpretación de manera extensa, precisando el conjunto de normas que se ven afectadas en un determinado caso.

Además, se evidenció que, en virtud de esta declaratoria, los actos normativos que contienen normas que datan del 2011, que según el criterio de la CC, tampoco se adecua a nuestro sistema actual, pues aquellos que fueron impugnados, no guardan conformidad con la normativa que garantizan todos los derechos de participación, por ende, serían nulos. Sin embargo, dispone “acudir a una sentencia atípica y modular el alcance de los actos normativos con efectos generales para hacerlos compatibles con el actual texto constitucional, de la siguiente manera:”⁶⁹

La hermenéutica constitucional, en estos casos, puede hacer uso de mecanismos interesantes de control abstracto de constitucionalidad como son, por ejemplo, las sentencias atípicas modulatorias, que en el derecho constitucional comparado han servido como importantes herramientas para salvar fuertes inconsistencias normativas.

Estos mecanismos constitucionales, a más de corregir toda irregularidad que pudiere existir en la promulgación y contenido de leyes o actos, y rescatar su conformidad con la Constitución, pretenden pacificar y no recrudecer los conflictos constitucionales que hayan podido generarse a partir de su emisión.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Gerardo Eto Cruz, “Inconstitucionalidad por omisión e inconventionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos.”, 15 de noviembre de 2015, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf>.

⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, 22 de marzo de 2016.

En ese orden de ideas, las sentencias de inconstitucionalidad diferidas surgen de la necesidad de garantizar la integridad de la Constitución de la República, en situaciones en las que no es posible *prima facie* expulsar del ordenamiento jurídico de manera inmediata una disposición normativa infraconstitucional, para lo cual se debe establecer un tiempo prudencial para que el legislador corrija dicha inconstitucionalidad.⁷⁰

El inconveniente de esta decisión o la omisión de poder determinar un tiempo prudencial, entre el pronunciamiento de la Asamblea Nacional regularizando esta norma o en su defecto promulgando alguna, en pleno 2022, se sigue incurriendo en vulneraciones constantes a los derechos de los afiliados, pese a las reiteradas acciones por incumplimiento de las iniciativas ciudadanas, no se ha visto la decisión de la Corte Constitucional sobre su ejecución y por ende, el vacío legal sigue extendiéndose, sin encontrar un gobierno que decida cambiarlo.

⁷⁰ *Ibid.*

Capítulo tercero

Descripción del producto. Análisis de la Sentencia Modulatoria No. 019-16-SIN-CC dictada por la Corte Constitucional

Esta sección tendrá un abordaje más concluyente respecto a lo analizado en temas anteriores, iniciando por establecer el objeto y naturaleza del control en la constitucionalidad, para que posteriormente se determine la necesidad de que las normas infraconstitucionales guarden armonía con los derechos y principios plenamente reconocidos en la CRE, y finalmente identificar el concepto de sentencia modulatoria, así como también, el test de razonabilidad realizado por la Corte Constitucional, con el fin de poder determinar con más claridad los elementos importantes para un proceso de selección correcto; y, el test de igualdad, con el que se pretendía encontrar si efectivamente el proceso actual de selección por parte del IESS, era lo suficientemente democrático, y de no ser así, qué tipo de herramientas se deberían emplear hasta formular una ley que contribuya al cambio.

Como sabemos, “la Función Ejecutiva y su alterno, son designados por el presidente de la República para un periodo que terminará conjuntamente con el del presidente. Sin embargo, continuará en funciones hasta cuando el presidente”⁷¹ entrante realice la nueva designación, es decir, durante 4 años.

Dicho esto, el control abstracto tiene como fin y apoyo el principio de supremacía constitucional, por cuanto la CRE “es la norma de mayor jerarquía a la cual debe sujetarse las normas de rango inferior”.⁷² y “Por otra parte, tiene como finalidad garantizar la coherencia de las normas por razones de fondo o de forma”.⁷³

⁷¹ Ecuador, *Ley de Seguridad Social*.

⁷² José Marcelo Serpa Ordoñez, “El Control Concreto de Constitucionalidad respecto de normas legales. Análisis de un caso concreto.” (Tesis de Especialización, Universidad del Azuay, 2013), <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2574/1/09762.pdf>.

⁷³ Fanny Elisa Naranjo Larrea, “Beneficios de subasta inversa electrónica: Adquisición de fármacos por el IESS, 2009-2011” (Tesis de grado, Universidad Pontificia Católica del Ecuador, 2012), <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4971/2012%20FANNY%20ELISA%20NARANJO%20LARREA.pdf;sequence=3>.

En este contexto, cuando existen contraposición de “normas, evitan su debida aplicación, y por la otra, sirven para subsanar los errores que se presentan en un sistema jurídico por situaciones más específicas”.⁷⁴

En “otras palabras, las normas constitucionales gozan de eficacia jurídica que además significa que los órganos que ejercen el derecho deben tomar la Constitución como punto inicial y final en la toma de decisión, tanto al aplicar, como al interpretar las normas constitucionales, pero principalmente al crear otras normas. Sin embargo, de la Constitución”⁷⁵ se “pueden establecerse las disposiciones relativas al control de la constitucionalidad, es decir, la competencia necesaria para resolver de manera definitiva las cuestiones sobre constitucionalidad, mediante el evidente control de las normas jurídicas”.⁷⁶

Esto se encuentra ligado a lo que comúnmente se refiere a la supremacía constitucional en su etapa formal, permitiendo en primer lugar, una “distinción entre la norma suprema y la legislación ordinaria, de tal manera que, la forma de la norma”⁷⁷ determina su naturaleza constitucional, por lo que funciona como recurso contra leyes ambiguas que se contraponen con otras.

El fin principal es que a través de las distintas acciones se pretenda determinar la “inconstitucionalidad de la norma, o mejor dicho, de la *“posible contradicción”* que existe entre dos normas para que se dé inicio al procedimiento de revisión de la constitucionalidad de la norma en cuestión”⁷⁸, por lo que si existen normas que se encuentran en conflicto, se señalaría la que se encuentra enmarcada en la norma. Así mismo, es importante señalar que la ley inferior son de carácter infraconstitucional, y las mismas se encuentran íntimamente ligadas a los principios constitucionales plenamente reconocidos.

Por otra parte, las sentencias modulatorias, tienen una particular razón de ser, entre la obscuridad que se crean dentro de las mismas, la Corte Constitucional, puede dentro de sus competencias, cambiar el sentido de la norma creada por el legislador por no haber cumplido uno o varios requisitos para la ejecución de la misma. Forma parte de aquella,

⁷⁴ Carla HUERTA Ochoa, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Revista Scielo México* 36, n° 108 (2033): 24, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332003000300006&script=sci_arttext.

⁷⁵ Serpa Ordoñez, “El Control Concreto de Constitucionalidad respecto de normas legales. Análisis de un caso concreto.”

⁷⁶ Ecuador, *Constitución*.

⁷⁷ Serpa Ordoñez, “El Control Concreto de Constitucionalidad respecto de normas legales. Análisis de un caso concreto.”

⁷⁸ Ochoa, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”.

la condición formal que se prevé que cumple una norma, al momento de ser promulgada, es la competencia que tiene el legislador para promulgarla, con su respectivo procedimiento para crearla.

En cuanto a la condición material, sabemos que estas no crean confusión unas a las otras, pues existen criterios que, según Kelsen, puede optarse por cumplir, entre esos pueden ser: “el dinámico, por el cual la norma es válida por cumplir con las condiciones de validez formal independientemente de su contenido; y el estático, que se refiere a que la norma es válida cuando su contenido, es decir, lo que manda, prohíbe, permite, no se contradice con la norma superior”⁷⁹

El jurista Marcelo Guerra Coronel, en su libro, refiere que el tipo de sentencia aditivas, responden a:

El problema está en que en la aditiva ya se agrega contenido normativo que no ha previsto el legislador, en la sustitutiva se sustituye justamente el contenido normativo que ha previsto el legislador, es que sucede que reguló algo pero que debió regular otra cosa; y finalmente en las sustractivas el texto del precepto contiene palabras o frases que son inconstitucionales, es decir violan la condición de validez material.

Es aquí que se presenta el problema, pues sobre todo en estos tres últimos casos la Corte Constitucional está creando una nueva norma, y también un nuevo precepto, mismos que no han cumplido con los requisitos de validez para su existencia como norma legal, y precisamente digo eso porque la Corte Constitucional se está apartando absolutamente de lo que quiso el legislador; crea una nueva norma, y ahora cabe analizar si esta nueva norma cumple o no los requisitos de validez.

(...) La sentencia No. 002-09-SAN-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, es una sentencia que resuelve muchos problemas respecto a los derechos de las personas discapacitadas, pero que este momento interesa como sentencia modulativa reductora que anuló o suprimió una parte textual de un precepto legal, y resolvió eliminar una palabra¹⁷⁹, en esta sentencia claramente podemos ver que un precepto es cambiado, es decir, pasa a existir uno nuevo, que si bien cumple con las condiciones materiales, es decir no contradice la norma superior, deja aparentemente de lado las condiciones de validez formales, pues en primer lugar no fue emitida por el órgano legitimado para ello, refiriendo a la legitimidad como representación, ya que nace de la Corte Constitucional, y no del órgano legislativo; en segundo lugar no ha cumplido con el procedimiento de su creación, ni siquiera se ha debatido sobre la misma; en cuanto al tercero no existe problema alguno en este caso, es decir que la norma se refiera al campo para el cual ha sido autorizada.

La cuestión como ya dije no es tan sencilla pues la Corte Constitucional al actuar con sus sentencias modulativas, está basada en su legitimidad jurídica y manejándose con principios jurídicos como el de interpretación de la ley conforme a la Constitución, y el de conservación y coherencia del derecho, que precisamente lo que hace es rescatar las condiciones de validez formal de esa norma, pues la Corte Constitucional hace todo lo

⁷⁹ José Joaquín Ugarte Godoy, “El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica.”, *Revista Chilena de Derecho*, 1995, file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-ElSistemaJuridicoDeKelsenSíntesisYCrítica-2649940%20(1).pdf.

contrario a crear una nueva norma, más bien vuelve válida a la norma, pues rescata el trabajo del legislador, es decir toma la norma que nació perfectamente bajo los criterios de validez formal, y le añade o le suma la validez material, logra que esa norma no contradiga la Constitución, y para ello está perfectamente legitimada, no se trata de invadir los campos de actuación de la función legislativa, sino más bien se trata de lo que Rodrigo Escobar Gil llama complementariedad.⁸⁰

En pocas palabras, “integrar las omisiones legislativas inconstitucionales, es decir, a través del acto de adición evitar que una ley cree situaciones contrarias a los principios valores o normas constitucionales. La omisión legislativa inconstitucional afecta el principio de igualdad por lo que al ensanchar los alcances de la norma a supuestos o consecuencias no previstos para determinados sujetos o determinadas circunstancias; en integridad lo que la sentencia está consiguiendo es homologar un mismo trato con los sujetos o situaciones comprendidas inicialmente en la ley impugnada”.⁸¹

Humberto Nogueira Alcalá, las define como *integradoras* porque constituyen la muestra más clara de la práctica constitucional, superando la concepcionalización fundada por Kelsen, donde los consideraba como “órganos que cumplen una función de expulsión de normas y no de creador de ellas.”⁸²

Las aditivas mantienen dos modalidades, donde implica que en “la primera la omisión solo una laguna cuya interpretación puede ser por el órgano jurisdiccional. La otra, considera que una omisión derivada de la norma significa la exclusión, por lo que la eliminación de la omisión implica incluir aquello que habían sido marginados con dicho precepto”⁸³, a este punto, la denominación de integradoras es más completa.

Jorge Taylor y Angélica Santos, definen a la sentencia aditiva “como una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal que sea impugnado, a fin de conformarlos a la Constitución”.⁸⁴ Es decir, “toman una norma inválida y la vuelven válida, esto por cuestiones de no generar imprecisiones innecesarias en el ordenamiento jurídico, y porque lo que siempre está en juego son los derechos de las

⁸⁰ Marcelo Guerra Coronel, “Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa” (Tesis de Magister, Universidad Andina Simón Bolívar, 2014).

⁸¹ Cindy Dayana Zelaya Asturias y Nora Yesenia Orellana Rivera, “La sentencia aditivas en proceso de inconstitucionalidad, función interpretativa, limite y efectos en el ambito legislativo salvadoreño.pdf” (Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014), <http://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/163121>.

⁸² Ibid.

⁸³ Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, Revista Española de Derecho, n° 41 (agosto de 1994): 26.

⁸⁴ Taylor Santos y Santos Hernández, “Sentencias Aditivas y los Principales Conflictos en el Ámbito de la Interpretación Constitucional”.

personas”⁸⁵, en este caso de los afiliados, el tratamiento que merecen es emergente, pues esperar a que los legisladores promulguen una Ley nueva o reformulen la que existe, a efectos de que cualquier persona pueda, por iniciativa ciudadana, exigir el cumplimiento de la misma si se cree afectado.

Con estos antecedentes y considerando el medio por el cual se busca regularizar una norma, cuando esta no cumple con los requisitos de validez para que sea promulgada, la Corte Constitucional plantea un *test de igualdad* para determinar el grado de afectación que tiene la norma actual con el proceso de selección para el Consejo Directivo del IESS. Dicho esto, “el test de igualdad se crea con el objeto de garantizar la representatividad del sector empleador ecuatoriano en la integración del Consejo Directivo del IESS, con observancia de los principios que rigen el sistema de seguridad social y los derechos de participación de los ecuatorianos”.⁸⁶

El test de igualdad, no es más que juicios de valor apoyados en el principio constitucional de igualdad en el derecho, doctrina y práctica. Hugo González Alarcón, acoge la cita de Aristóteles respecto al significado de la justicia e igualdad entre aquellos que son considerados por circunstancias, los desiguales. Muy acertadamente, indica que “una igualdad que reconoce que no todos somos iguales y que tratará a los individuos dependiendo que se adapten a las clasificaciones que el propio derecho realiza”.⁸⁷ De la misma manera, William Muñoz Valeriano, ratifica la desigualdad, caracterizando que “en suma, con todo lo indicado queda claro el test de igualdad es una herramienta que sirve para garantizar el derecho a la igualdad y sirve para determinar la vulneración de dicho derecho cuando se producen hechos de desigualdad.”⁸⁸

En la misma línea, el voto de minoría que se conoce por el planteamiento de Valenzuela en 1985, donde el Tribunal Constitucional de Colombia, utilizó para los fallos posteriores con pequeñas modificaciones, definiendo que la “igualdad ante la ley entre la definición de Aristóteles, es: la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias

⁸⁵ Christian Rolando Mapasanta Gallegos, “Mutación de la Constitución en Ecuador ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?” (Tesis de Doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7534/1/TD138-DDE-Masapanta-Mutacion.pdf>.

⁸⁶ Castro y Fandiño, “Test de razonabilidad: un mencanimo para garantizar el debido proceso en la aplicación de medidas cautelares innominada”.

⁸⁷ Hugo Manuel González Alarcón, “Análisis del principio de igualdad ante la doctrina y la jurisprudencia comparada”, *Revista Jurídica de Derecho*, 6 (5 de diciembre de 2011): 36.

⁸⁸ Muñoz Valeriano, “El test de igualdad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes (considerando 72).”⁸⁹

Es importante precisar que, al utilizar el test de igualdad, se deba realizar brevemente un análisis sobre las razones en la que aplicar este tipo de procedimientos en el análisis de las sentencias, es sumamente necesario para darle una perspectiva más razonable. En este sentido, cuando existen normas en discusión que consecuentemente transgredan directa o indirectamente la igualdad con la que fueron creadas, se debe realizar un análisis de la aplicabilidad de las normas, sumado a la consecuencia jurídica que desencadenó el omitirla. Por el contrario, la doctrina refiere a que los distintos tipos de test de igualdad, cuyas tendencias presentan una gran similitud, estos criterios están ligados a la necesidad de diferenciar el trato, el medio y la proporcionalidad para determinar si la distinción puede ser menor grave o leve.

Por el contrario, muy acertadamente la doctrina constitucional alemana utilizó métodos para establecer el patrón de igualdad a través de las decisiones emitidas “por la Corte Constitucional Colombiana, a través de la Sentencia T-230 de 1994”⁹⁰, donde lo establece en cinco pasos:

1. La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el ‘patrón de la igualdad’, debe ser tal que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación. 1. Diferencia de los supuestos de hecho. 2. Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato. 3. Validez constitucional del sentido (fin) propuesto. 4. Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin. 5. Proporcionalidad de la relación de eficacia [...] 2.1. De los pasos previstos en el “test”, el primero, referido a los hechos distintos, más que un elemento de análisis es un dato, comprobable empíricamente (desigualdad de los supuestos de hecho). Los dos siguientes puntos pueden ser reunidos en un sólo estudio normativo referido al fin (finalidad) válido (razonabilidad) como justificación de la decisión que introduce la diferencia.⁹¹

Esto demuestra que, al emplear el patrón de igualdad respecto de un determinado caso, se lo hace finalmente para demostrar las distintas situaciones de hecho amparadas en derecho, si es admisible o no desde los principios constitucionales, en la normativa internacional, sino en la nacional, que es lo que precisamente nuestra Corte Constitucional, utilizar para la razonabilidad de los casos. Sin embargo, entre los juicios aportados por los distintos investigadores, se determinó que este juicio de igualdad fue

⁸⁹ José Manuel Díaz de Valdés J, “¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional?”, *Ius et Praxis* 21, n° 2 (2015): 317–72, doi:10.4067/S0718-00122015000200009.

⁹⁰ Sentencia No. T-230/94, No. T-230/94 (Corte Constitucional Colombiana 13 de mayo de 1994).

⁹¹ *Ibid.*

introducido por la sentencia C-093 de 2001 y que en su parte pertinente, “César Rodríguez para apoyar la tesis en la que se determinaban dos grandes enfoques respecto al juicio de igualdad, determinó que, el primero es el que desarrollaron los tribunales europeos, llamado test o juicio de proporcionalidad, que tiene los pasos de adecuación, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. El segundo es el que ha desarrollado la Corte Suprema de Estados Unidos, y que consiste en distintos niveles de intensidad y que se llaman test de igualdad estricto, intermedio o suave”.⁹²

Por otra parte, para que el juicio de igualdad opere, la motivación con la que se emiten todos los fallos por parte del órgano jurisdiccional, son justificado a través de niveles de intensidad, entre esos, el “juicio flexible, suave o dúctil de igualdad, esto precisamente para que contribuya a la racionalización de los métodos utilizados para analizar si los hechos efectivamente documentados, están acorde a la constitución y dentro del juicio de igualdad”.⁹³

Por lo que, podemos determinar que según Ivan Valbuena “El juicio de igualdad se presenta como una apropiada herramienta metodológica para establecer el alcance y contenido del principio de igualdad en cada caso particular, siempre que se logre establecer su utilización constante y disciplinada, con rigurosidad analítica y sin excepción alguna”.⁹⁴ En pocas palabras, un juicio de valor respecto de los hechos que no se contrapongan con los preceptos constitucionales.

Es decir, el fin principal es identificar qué tan vulnerado está el principio de igualdad material, sobre aquellos empleadores y trabajadores que no forma parte de grupos sociales y gremiales de alto reconocimiento, encontrándose en categorías paritarias, pues entre “mayor participación exista por parte del sector empleador y trabajador, mayor será el grado de satisfacción del principio de representatividad”⁹⁵, eso como primera posición.

Como segunda posición, el test de igualdad expresa, caracterizar los tratos diferenciados y que, en el presente caso, no aplicaría, dado que los empleadores que se

⁹² Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito, y Luis Eduardo Pérez Murcia, “Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas”, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14, 3 (julio de 2007): 167.

⁹³ Iván Valbuena, “El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de las competencias judiciales”, *Revista Derecho del Estado*, n° 19 (diciembre de 2006): 87–103.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Jone Peralta Calcina, “Análisis jurídico del derecho a la igualdad en los regímenes laborales especiales de promoción del empleo productivo en el Perú 2011-2016” (Tesis de grado, Universidad Nacional de San Agustín, 2017), <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4695/DEpecaj.pdf?i=&sequence=1>.

encuentran en grupos “agremiados como los autónomos, forman parte del sistema de seguridad social”⁹⁶. Finalmente, la tercera posición se refiere al trato paritario, es decir, que los derechos deben ajustarse al número de intervinientes en el Consejo Directivo, al respecto, realiza un abordaje más en el sentido de lo que se aporte como empleador agremiado o autónomo. Sin embargo, en cuanto al objeto que se persigue, ambos sectores son permitidas independientemente del número de aporte que realice.

Ahora bien, en la actualidad el Test de razonabilidad y también llamada, de “proporcionalidad” tuvo algunos cambios al momento de ser utilizado por la CC en la mayoría de sus resoluciones. Con esto, se planteó un argumento más extensivo sobre el uso adecuado del test y el fin que quiere perseguir la CC sobre las acciones, lo que significa, realizar un control constitucional y qué alcance puede tener ese control sobre el poder legislativo cuando la regulación no se ha realizado.

Este test obedece a cuatro elementos: a) Un fin constitucionalmente válido; b) idoneidad, c) necesidad, y, d) la proporcionalidad propiamente dicha. Si uno de los elementos no se cumple o no se perfecciona, se podría considerar que la medida no supera el test de proporcionalidad y por ende, no es motivo para que la CC declare inconstitucional un precepto.

Por su parte, el fin constitucionalmente válido en este caso en particular sería la limitación del derecho de participación, y su medio, es la regulación del proceso de selección a través de criterios de representatividad, por lo que implicaría que todos los aportantes, entiéndase a estos como los trabajadores, empleadores y demás que se encuentran dentro del sistema de seguridad social, puedan participar, calificar y cumplan con el fin constitucional.

En cuanto al principio de necesidad, este implica que la medida acogida tiene que ser entre todas las posibles a tomar, la menos gravosa para el ejercicio de los derechos y la que provoque el menor daño posible para lograr el fin constitucional. La CADH establece un elemento importante, que puede ser leído junto con la necesidad:

La posibilidad de limitar derechos "en una sociedad democrática. El elemento fundamental de una sociedad democrática es "el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, una sociedad democrática no permite la discriminación: La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los

⁹⁶ Ibid.

migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.⁹⁷

En consecuencia, al declarar inconstitucional los incisos y a su vez, legalizar los actos administrativos que el actual CD emite sin contar con una de las tres partes de sus vocales, conlleva sin duda alguna, exclusión de los trabajadores en la toma de decisiones y por lo tanto, no puede en ningún caso considerarse una medida necesaria mientras se resuelve su regulación.

Al respecto, el artículo 3 de la LOGJCC, busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. A diferencia de los otros elementos, exige mirar con atención el derecho de estos grupos que podrían afectarse por la medida en cuestión. Al momento de determinar la proporcionalidad, se aprecia los derechos de uno con los otros, cuyo ejercicio entra en colisión o podría provocar una restricción total, que es precisamente lo que sucedió y la razón principal para la acción de inconstitucionalidad.

Para que una restricción de derechos sea legítima, el efecto de otros derechos debe ser mayor o al menos equivalente. Es decir, una comparación entre un derecho con la afectación de otro derecho. Si la medida restrictiva tiene consecuencias desventajosas para un grupo comparado con el goce o realización del grupo que ejerce derechos, entonces la afectación al derecho a la igualdad será mayor.

Por consiguiente, para que exista una justificación razonable que permita una diferencia en relación con el reconocimiento y ejercicio de un derecho tan importante como el derecho a la participación debe existir una afectación al derecho de otra persona. Esto es, debe existir un daño real, tangible, medible, efectivo a los grupos que no son considerados dentro del proceso de selección, o demostrarse que los gremios de los cuales no son altamente reconocidos ocasiona que terceros tengan un impedimento, restricción o anulación al derecho de participación.

La interpretación más favorable en cuanto a aplicar e interpretar de tal forma que se favorezca la efectiva vigencia de los derechos, la Constitución en su artículo 11 establece que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia”.⁹⁸

⁹⁷ “carta-democratica-interamericana-2003.pdf”, s. f.

⁹⁸ Ecuador, *Constitución*.

En este contexto, compete definir qué tipo de alcance tiene la Corte Constitucional o cómo intervenir ante un eventual escenario de incumplimiento, que en todas las formas posible, atañe a este caso.

Generalmente, en el contexto normativo existen acciones que se encuentran plenamente reconocidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, cuando el derecho de un tercero se encuentra afectado o en su defecto, el incumplimiento de una decisión meramente constitucional, desencadenó una serie de vulneraciones de derechos uno con los otros. Para esto, la propia norma te indica y al mismo tiempo confunde, que para estos actos de omisiones existen las acciones de incumplimiento de sentencias y por incumplimiento, aunque ambas suenen muy similares, cada una presentan características, requisitos y procedimientos propios.

Por una parte, la acción por incumplimiento se encuentra regulada en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución, en concordancia con los artículos 52 y siguientes de la LOGJCC, cuyo fin es garantizar la aplicación de normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos.

En la misma línea, parte de los requisitos de este tipo de acción es la existencia de un reclamo previo que es la parte donde configuraría el inicio de su incumplimiento más allá del tiempo que haya pasado desde la declaratoria y que muchas de las veces, es el factor determinante para un fallo en contra por parte del pleno. La razón de ser de ese reclamo implica una forma de “anticipar o brindar una oportunidad” a quien se supone debe satisfacer la obligación que se reclama, tomando las acciones que correspondan tendientes a cumplir con lo ordenado por la CC.

Por lo tanto, entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional, concluye que para este tipo de acciones por incumplimiento deben ser focalizadas al centro del incumplimiento y no sobre la aplicación de la norma que se declaró inconstitucional, sumado a que se debe constatar que dicho escenario no se lo pueda garantizar a través de acciones judiciales ordinarias.

Por otra parte, la acción de incumplimiento se encuentra regulada en el artículo 436 numeral 9 de la Constitución y en los artículos 163 y 164 de la LOGJCC, cuya finalidad es conocer y sancionar el incumplimiento de sentencias y dictámenes de carácter constitucional.

Para este escenario, el trámite correspondiente se encuentra recogido en el artículo 164 de la LOGJCC y que en este caso en particular, podría encuadrarse. De tal manera que corresponde verificar el trámite que se debe efectuar con este tipo de acciones. El numeral 1 del artículo 164 de la LOGJCC hace referencia al plazo que el o la jueza dicta en sentencia, por lo que del análisis integral de la sentencia objeto de esta investigación, el pleno no determinó un tiempo prudencial para el cumplimiento de la sentencia, sino que lo dejó de manera general y en la “prontitud de lo posible”, situación que claramente no se cumplió.

El numeral 2, hace referencia al incumplimiento de sentencias emitidas por acciones de protección, que, a petición de parte, la jueza o juez de primera instancia, mediante informe argumentando las razones del incumplimiento, debe remitir el expediente al pleno de la CC para la resolución correspondiente. Este escenario tampoco es de este caso.

El numeral 3, refiere a la rebeldía de la o el juez sobre la remisión del expediente y el informe al pleno de la CC dentro del término previsto por ley para la declaratoria de incumplimiento.

Finalmente, el numeral 4 del referido artículo hace mención a que, en caso de incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional, sea de oficio o a petición de parte, ejecutará directamente las medidas necesarias para una gestión más efectiva en su decisión. Situación que, desde luego, se encuadra en el caso y, por lo tanto, amerita exponer las sanciones que podría presentarse ante el incumplimiento como también, la capacidad resolutoria que puede tener la CC si decide actuar dentro de los límites de la Constitución.

En este sentido, es importante puntualizar que la CC no es el órgano ejecutor de sentencias sino el sancionador del incumplimiento de las mismas, por lo que si le compete dirimir qué sanciones disponer sobre la persona o institución que incumplió a pesar que en la norma no se determina qué tipo de sanciones se debe efectuar, pues en el contenido solo se hace mención a las violaciones procesales o el auxilio a la policía nacional para el cumplimiento.

Sin embargo, como parte de la investigación, el incumplimiento radica en la omisión y consecuencias que se han generado desde la declaratoria de inconstitucionalidad. En este caso, en pleno 2022 seguimos sin una norma que regule el proceso de selección, con la misma administración de “turno” que se han acentuado en el poder por más de 4 años, sin oportunidad a un proceso libre y democrático.

Al respecto, el alcance que podría tener la Corte Constitucional ante un eventual escenario de incumplimiento, ya sea de oficio o a petición de parte, el artículo 436 numeral 10 de la Constitución indica:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.⁹⁹ **(El subrayado es de mi autoría)**

Por lo que si es posible que ante una omisión, la Corte Constitucional puede inferir sobre la expedición de la norma o a través de un control posterior emitir un pronunciamiento que defina los criterios de representatividad en el proceso de selección del consejo directivo para que este siga su curso según lo que determina la Ley de Seguridad Social, a toda vez, que se declaró inconstitucional la limitación del derecho de participación, este vez más grupos sociales, gremios e independientes de manera autónoma, puedan participar en este proceso.

Así como también, es preciso aclarar que la interpretación de la Constitución es una labor permanente de la Corte Constitucional en el desarrollo de todas sus competencias constitucionalmente atribuidas, puesto que las diferentes funciones de la propia Corte, solamente son posibles interpretando la norma fundamental en todo su contexto y para cada caso en donde tenga que aplicarse la misma. Por lo tanto, todas estas funciones son posibles solo interpretando la Constitución. Situación que, si permite interferir ante un inadecuado pronunciamiento o el silencio de la misma que conlleva actuaciones contrarias a la Constitución, tal es así, que el artículo 426 de CRE, impide que, por desconocimiento o falta de ley, se sigan vulnerando derechos y garantías consagradas en la Carta Magna.

La Corte Constitucional determinó que si bien el criterio basado en el estudio individual proyectado, efectivamente corresponde regular una norma temporal como iniciativa ciudadana de interés social, con el fin de poder desarrollar una propuesta temporal y que la misma sea implementada en el proyecto de Reglamento a la Ley de

⁹⁹ Ibid.

Seguridad Social, para que el proceso de selección del Consejo de la Judicatura, sea un acto solemne con todos los afiliados y empleadores intervinientes democráticamente.

1. Contenido del producto

En esta sección, se detallará la propuesta de sentencia moduladora aditiva, con el objeto de plantear criterios de representatividad tanto para trabajadores, jubilados y empleadores que conforman los aportes del Seguro Social y exista una correcta participación para la selección del Consejo Directivo de IESS.

Como primer punto, para la declaratoria de inconstitucionalidad diferida de los dos incisos por la Corte Constitucional, que, en su parte resolutoria, concluye:

SENTENCIA

1. Aceptar la demanda de inconstitucionalidad de actos normativos con efectos generales.
2. Declarar la inconstitucionalidad diferida de los incisos segundo y tercero del artículo 28 de la Ley de Seguridad Social, hasta que la Asamblea Nacional, en ejercicio de sus competencias, dicte la norma que atienda a los derechos constitucionales de igualdad y participación.
3. Disponer que la Asamblea Nacional de manera urgente, emita los actos normativos con efectos generales pertinentes para regular la integración del Consejo Directivo del IESS, garantizando la participación e inclusión de todos los asegurados y empleadores.
4. La Asamblea Nacional deberá informar periódicamente sobre el cumplimiento de esta sentencia a la Corte Constitucional del Ecuador.
5. Notifíquese, publíquese y cúmplase.¹⁰⁰

Se ha observado que en el numeral tres de la sentencia, objeto de la presente investigación, no se ha dado cumplimiento por parte de la función legislativa, regular el proceso de integración al Consejo Directivo, mediante elecciones sociales, porque no se ha promulgado una nueva Ley hasta la actualidad. En este sentido, la propuesta de sentencia modulativa aditiva que debería realizarse, para efectos de modular la norma y particularmente, regular lo que la norma no contiene que es precisamente, el proceso de selección al Consejo Directivo.

Antecedentes de derecho aplicable a la acción de inconstitucionalidad propuesta por el sector empleador del país, es importante precisar que la Corte Constitucional, de conformidad con el “Art. 5, y las atribuciones que la integran en su Art. 66, numeral 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”¹⁰¹, esto es:

¹⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, 22 de marzo de 2016.

¹⁰¹ Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 66 numeral 1.

Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias. - Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

Art. 66.- Principios y procedimiento. - La Corte Constitucional deberá respetar los siguientes principios y reglas: (...)

12. Proyecto de sentencia. - La jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.

Puede bajo el supuesto de encontrar, una vez planteado y analizado el caso, objeto de la acción, alguna omisión por parte del legislador, realizando una propuesta de sentencia aditiva, donde integrará “componentes a los enunciados normativos, para de esta manera, completar aquella regulación parcial”¹⁰² o inconclusa que se encuentra en la norma, como un vacío obscuro, y así, extender su contenido normativo a lo constitucional, por cuanto se ha evidenciado la deficiente o inadecuada regulación de la Ley de Seguridad Social, respecto a la limitación que presenta sobre los procesos de selección del Consejo Directivo, por falta de regulación, pues en la norma no se encuentra estandarizado, ni tampoco existe un Reglamento que lo regule como tal.

En definitiva, resulta impactante analizar esta sentencia, debido a “que la Corte no añade ningún componente o proceso estándar normativo”¹⁰³ para repeler temporalmente el vacío y la falta de democracia en los procesos de participación que cada 4 años, representa el IEES. Considerando también, que dicha solicitud vino por parte de la actora y, por ende, allanamiento en todas sus partes por el Ejecutivo, Legislativo y Procuraduría General del Estado, lo ideal es concretar.

Por otra parte, el proyecto de sentencia moduladora aditiva, de conformidad al “Art. 436, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, se la”¹⁰⁴ constituye como jurisprudencia vinculante y ante obscuridad o falta de interpretación, y conforme al “Art. 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se la declare cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional”.¹⁰⁵

¹⁰² Guerra Coronel, “Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa”.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ecuador, *Constitución*, Art. 436 numeral 6.

¹⁰⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Art. 76 numeral 5.

Se puede apreciar también, que la existencia de esta forma de sentencia, existen y persisten en muchos de los casos cuando las normas que se contraponen con otra, e intentan excluir en varios supuestos a individuos, que, en este caso en particular, limitarían el proceso de elección cuando el sector empleador y trabajador, no solo se encuentran amplían representados en instituciones de gran reconocimiento, sino de forma independiente o autónoma.

2. Propuesta de criterios de representatividad en la elección del Consejo Directivo respecto al análisis de la Sentencia de la Corte Constitucional

Por una parte, la CRE reconoce al IESS “como una entidad autónoma regulada por la ley”¹⁰⁶ y con autonomía financiera para la toma de decisiones e imposible privatizarse por cuanto esta atiende contingentes necesarios de la población aportante del país, a través del seguro general obligatorio y voluntario, no es menos cierto que al no estar obligados a responder bajo decisiones del gobierno, a la actualidad lo “intereses gubernamentales están por encima de los objetivos de la institución”¹⁰⁷, deja al IESS sin una autonomía verdaderamente efectiva y manejada estrictamente por los gobiernos de turno, a través de sus delegados.

De los resultados realizados por el estudio cualitativo a entrevistas de especialistas en Seguridad Social, por la Organización Internacional del Trabajo, demostró en una gráfica la relación entre el IESS y el Gobierno, respecto de sus fondos, gobernanza, administración y toma de decisiones.



Figura 3. Relación entre el IESS y el Gobierno

Fuente: Ley de Seguridad Social (Artículo 28)

Elaborado por: Equipo técnico de la Fundación ESQUEL.

¹⁰⁶ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

¹⁰⁷ Casali et al., “nudos críticos”.

Ante esta particular situación, generó iniciativas para aportar con el cambio en los aspectos centrales del proceso de selección, pues como sabemos, el poder se centra en el Consejo Directivo, por lo que es importante que se establezcan mecanismos que los afiliados conozcan para elegir al representante del sector empleador y trabajador.

Otro de los acontecimientos más significativos del IESS, respecto a las decisiones que se toma en el Consejo Directivo y a la falta de formación tripartita que debería integrarla, según el estudio realizado por la OIT, define lo siguiente:

El factor de ingobernabilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, consecuentemente, el motivo de la afectación a la sostenibilidad y financiamiento de la Institución, a criterio de Jorge Madera, ha estado dado por «los enganches que generalmente ha logrado el representante del Gobierno con el representante de los trabajadores, se observa las normas que han sido aprobadas en ese enganche, son normas que han la votación». Un ejemplo de esta problemática, a criterio de Marco Proaño Maya y de Rodrigo Ibarra, ha sido la expedición de la Resolución C.D. 501 que redujo las tasas de aportación destinadas al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte y al Seguro de Riesgos del Trabajo y, a la par, incrementó la tasa de aporte destinada al Seguro de Salud Individual y Familiar, para cuya emisión contó únicamente con el voto del representante del Ejecutivo (presidente del Consejo Directivo) y con el voto del representante de los asegurados. Dicha decisión ha sido una de las causas del desfinanciamiento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, conforme consta en el Estudio actuarial de dicho Seguro, con corte al 31 de diciembre del 2018.¹⁰⁸

Respecto a lo mencionado por uno de los especialistas entrevistados por la OIT, uno de los grandes problemas que desencadenó el alcance o la interpretación de la sentencia, objeto de la presente investigación, es en efecto, la Resolución C.D. 501 emitida por el Consejo Directivo, se enfoca en:

Consolidar las tablas de distribución de las tasas de aportación de los afiliados respecto a su Seguro General Obligatorio y Voluntario. Señalando que, los aportes que habrán de realizar los trabajadores del sector privado bajo relación de dependencia, empleados bancarios, los GADS, registradores de la propiedad y registradores mercantiles, los servidores públicos definidos en la Ley Orgánica del Servicio Público que presten servicios públicos, los funcionarios del servicio exterior residentes en el extranjero, los trabajadores temporales de la industria azucarera, trabajadores autónomos, sin relación de dependencia y de los afiliados voluntarios residentes en el Ecuador, pasantes, becarios, internos rotativos y afiliados voluntarios ecuatorianos residentes en el exterior y las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, previendo la forma en que se distribuirá el aporte entre el asegurado, el patrón y, en su caso, el Gobierno central.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

¹⁰⁹ Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, “Resolución”, 13 de noviembre de 2015.

Así mismo, establece el rubro adicional que habrían de realizar los trabajadores cuyo giro negocio es la publicidad “con seguro adicional por actividad insalubre, privados, públicos o bancarios, los cortadores de caña de azúcar permanentes y los cortadores de caña de azúcar temporales, en general”¹¹⁰, todos los ecuatorianos que generen algún tipo de actividad. Sin embargo, más allá de la desafortunada decisión que afectó a los distintos grupos del sector privado, la decisión fue únicamente por dos de tres de los representados del CD, lo que implica que no solo hubo un desfinanciamiento poco después de su vigencia, sino la arbitrariedad con la que se efectuó sin contar con los miembros para la toma de decisiones.

Respecto a esta investigación, surgieron opiniones de especialistas en Seguridad Social, y en particular, Marco Proaño Maya, expresó lo siguiente:

Marco Proaño Maya ha señalado que la Resolución C.D. 501, «es una decisión que no fue con las mejores prácticas, fue con la posibilidad de engañarle a la gente porque la Ley del Seguro Social dice: “nadie puede tomar recursos de un fondo para resolver el déficit operacional de otro, y había una disposición legal: “quien infrinja esta norma será sancionado hasta con tres años de cárcel, ¿qué hizo el poder político?, ¿qué hizo la Asamblea Nacional? Derogó esta disposición, y cuando la derogó tomó la resolución 501, ¿por qué? Porque se le engañó al país y entonces el presidente del Consejo Directivo hablaba de que no puede ser posible la aplicación de la C.D. 501, porque le quitó fondos al régimen de pensiones y a riesgos del trabajo en beneficio del régimen de salud, a costa de los afiliados»¹¹¹

Es entonces un problema no solo de gobernanza, sino general que afecta a los afiliados directamente y a sus prestaciones, pues si la decisión se debe únicamente a un solo integrante que, a su vez, es un delegado del gobierno, qué tipo de elección tripartita se está realizando y con qué concientización se está manejando los fondos de los afiliados.

Como sabemos, la “Ley de Seguridad Social, en su artículo 28, refiere respecto a la integración del Consejo Directivo”¹¹², lo siguiente:

Art. 28.- Integración. - El Consejo Directivo estará integrado en forma tripartita y paritaria con un representante de los asegurados, uno de los empleadores y uno de la Función Ejecutiva, quien lo presidirá. Cada uno de los miembros del Consejo Directivo tendrá un alterno que subrogará al titular en caso de ausencia temporal o definitiva.

El representante de los asegurados y su alterno serán designados conjuntamente por las Centrales Sindicales legalmente reconocidas, la Confederación Nacional de Servidores

¹¹⁰ Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, “Resolución”, *Resolución C.D. 515*, 30 de marzo de 2016, <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+515>.

¹¹¹ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

¹¹² Ecuador, *Ley de Seguridad Social*, Art. 28.

Públicos, la Unión Nacional de Educadores, la Confederación Nacional de Jubilados, y las organizaciones legalmente constituidas de los afiliados al Seguro Social Campesino.

El representante de los empleadores y su alterno serán designados conjuntamente por las Federaciones Nacionales de Cámaras: de Industrias, de Comercio, de Agricultura y Ganadería, de la Construcción, y de la Pequeña Industria.

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

El representante de los asegurados y el representante de los empleadores, así como sus alternos, serán designados para un período de cuatro (4) años. El procedimiento para la designación del representante de los asegurados y del representante de los empleadores, y sus respectivos alternos, será definido en el Reglamento que para el efecto expedirá el presidente de la República.

Los miembros del Consejo Directivo ejercerán las atribuciones que señala esta Ley, desempeñarán sus funciones a tiempo completo y no podrán prestar otros servicios remunerados o desempeñar otros cargos, salvo la cátedra universitaria. Recibirán las retribuciones fijadas en el Presupuesto del Instituto, previa aprobación del Ministro de Economía y Finanzas.¹¹³

Ante la inadecuada regulación que tiene la Ley de Seguridad Social y su proceso de selección del Consejo Directivo, se puede apreciar que en el referido artículo no solo existe la limitada participación de los trabajadores y empleadores del país en el proceso de selección, sino que estas dignidades sociales legalmente reconocidas como los gremios a los que hace referencia, son quienes finalmente eligen a su representante y alterno para que de manera directa formen parte de los vocales del CD. Se deja de manera clara, la exclusión de los grupos que representan a los trabajadores de gremios pequeños y empleadores autónomos como persona natural.

Adicionalmente, no solo se limita a los trabajadores y empleadores, sino que se excluye al grupo de afiliados al seguro social campesino entre los vocales del CD debido a que representan a un grupo pequeño de aportantes.

Es importante recalcar que este proceso de selección no son cargos de elección popular, cada integrante desempeña una serie de requisitos, prohibiciones e inhabilidades que no se las ha considerado en la actualidad, esto es, acreditar un título profesional, el ejercicio de su profesión, docencia o cargo de responsabilidad directiva en actividades públicas o privadas, cuya experiencia sea por un periodo no menor a 10 años. Es decir, la norma determina criterios muy por encima de la realidad y que no se han cumplido, más allá de la impertinencia que ha representado los vocales del consejo directivo, pues su razón de ser se ve limitado a un número mínimo de integrantes que

¹¹³ Ibid., art. 28.

no han aportado en lo absoluto al cambio del Seguro Social, pues más bien, lo que si ha persistido son problemas en cuanto a la cobertura, medicinas y contingencias.

Por otra parte, se ha previsto como auditor de ética, al Comité de Ética y Transparencia, emitido mediante “Resolución C.D. 588”¹¹⁴ del 6 de septiembre del 2019, esto es, el Código de ética del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuya conformación según lo establecido en el “Art. 19 de la misma Resolución, estará integrado por los miembros del Consejo Directivo o sus delegados quienes tendrán voz y voto. Adicional, en el Art. 18 de la Resolución, indica”¹¹⁵ que:

Es la instancia organizacional encargada de asegurar el ejercicio correcto de las actuaciones de los colaboradores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, a fin de que dichas actuaciones se encuentren enmarcadas en principios de legalidad y valores éticos de integridad, imparcialidad, probidad, transparencia, responsabilidad y de eficiencia, que permitan otorgar un adecuado servicio a los afiliados, jubilados, beneficiarios, asegurados, partícipes y público en general, así como salvaguardar el patrimonio de la institución y de vigilar la correcta aplicación de las disposiciones del presente Código.¹¹⁶

Al respecto, no se visibiliza la existencia de un órgano auditor con este tipo de características desde hace mucho tiempo, tal es así, que tampoco se prevé sanciones correspondientes a quienes, como autoridades máximas a nivel general o provincial, incumplan alguna disposición, pues quienes deberían ser evaluados por un comité elegido en base a su experiencia y ética, ante esta particular situación, es juez y parte de la misma.

Para esto, entre los importantes aportes realizados a través de estudios sociales de la Organización Internacional de Trabajo, mostrando otros modelos de Seguridad Social, respecto a la gobernanza y participación que debería implementarse en la institución, se obtiene que el modelo ideal para el correcto proceso de democratización y elección podría ser de la siguiente manera:

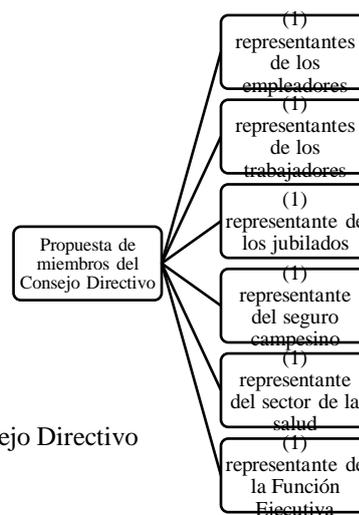


Figura 4. Propuesta de Miembros del Consejo Directivo
Fuente y elaboración propia.

¹¹⁴ Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, “Resolución”, *Resolución No C.D. 588*, 6 de septiembre de 2019.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

Una propuesta de consejo directivo, donde se rompe totalmente el tripartismo porque precisamente ese ha sido el problema y el inadecuado manejo de administración, por lo que basado en más integrantes no solo evitaría la inelegibilidad con la que opera actualmente la administración del IESS, sino que por la naturaleza y el conocimiento que se debe tener para emplear estrategias que beneficien a los aportantes, lo ideal, es reforzar las áreas que por desconocimiento, se toman decisiones que siguen afectando a la comunidad, no solo en desabastecimiento de insumos y medicamentos, administración basado en intereses políticos, cobertura de salud que impide la atención progresiva y emergente de afiliados, sino en las presentes y futuras pensiones vitalicias a los jubilados que por más de 30 años, aportaron al IESS.

Figura 5

Criterios de representatividad para el proceso de selección del Consejo Directivo

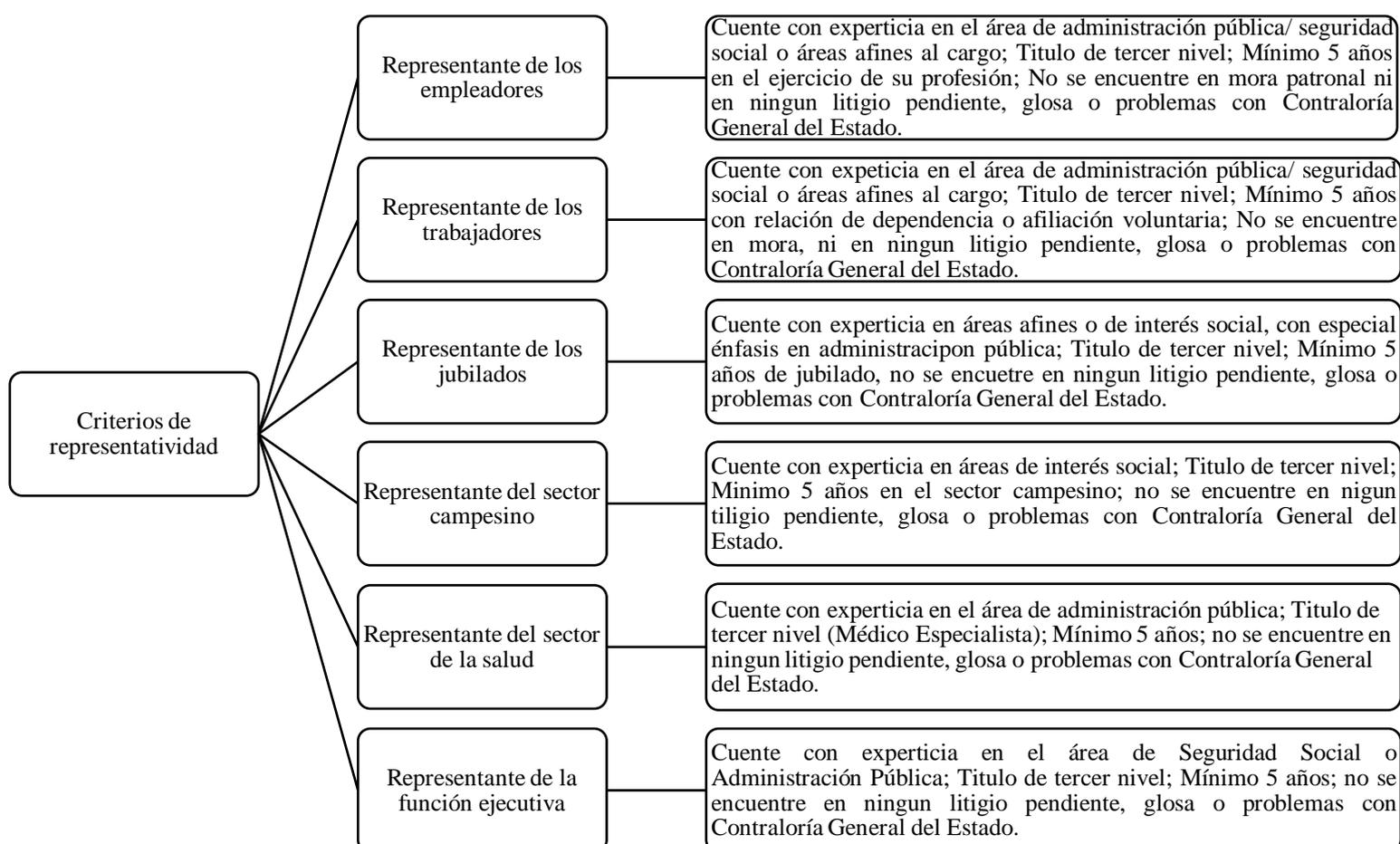


Figura 5. Criterios de representatividad para el proceso de selección del Consejo Directivo

Fuente y elaboración propia.

De la misma manera, se propone definir la instrucción formal o la capacidad de generar cambios dentro de la administración, basado en la experticia del consejo directivo debe conocer para tomar decisiones adecuadas que beneficien al colectivo. Así mismo, se plantea estos criterios de representatividad, con el fin de normativizar a través de un Reglamento que sea de obligatorio cumplimiento, y se pueda efectuar un proceso transparente que permite a los afiliados en general, participar dentro de las elecciones cada periodo.

Entre los expertos entrevistados por la OIT y todo el levantamiento de información desarrollado por esta investigadora, se ha podido visibilizar la dependencia que existen con “los gobiernos de turnos a través del representante del ejecutivo en el Consejo Directivo del IESS, pues al no existir una autonomía sólida, en la actualidad, las decisiones recaen sobre el representante del ejecutivo”¹¹⁷ y empleadores en ausencia del vocal de los trabajadores, dejando a total discreción el uso del “voto dirimente”, por lo que si uno de los tres falta, por regla general el presidente del consejo directivo tiene voto dirimente sobre un determinado caso y ¿Qué implica? La relación directa entre el gobierno central sobre las decisiones de un órgano totalmente autónomo no solo por su delegación dentro del consejo, sino por la doble función al que se le atribuye en una determinada situación para aprobar resoluciones con fines estrictamente políticos para dos de los tres integrantes.

Por lo tanto, adicional a la propuesta de criterios de representatividad que consta en líneas anteriores, se considera oportuno establecer mecanismos para limitar el accionar del representante del ejecutivo, estableciendo “que la presidencia del Consejo Directivo, no recaiga sobre dicho representante, para así evitar, la permanencia de este en el desempeño de ese rol”.¹¹⁸ Como también, reformar la norma donde se le delega el voto dirimente en la toma de decisiones, pues perdería totalmente el tripartismo que caracteriza al CD IESS o si se decide emplear, más integrantes basado en lo investigado, no afecte el orden y transparencia con lo que se implica este cambio.

Entre la consulta a expertos que realizó la OIT en los resultados de un estudio cualitativo, se puede apreciar lo siguiente:

c.3 Presidencia no debe ser exclusiva del representante del Gobierno, ni tener voto dirimente. En cuanto al rol del representante del Ejecutivo en el Consejo Directivo, los

¹¹⁷ Ecuador Organización Internacional de Trabajo, “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”.

¹¹⁸ Ibid.

expertos, de acuerdo con la Matriz de criterios de expertos, subrayan la importancia de establecer mecanismos para limitar su accionar, para evitar la injerencia de los gobiernos en el manejo de los fondos y reservas de los asegurados, y así precautelar la autonomía del IESS, en los términos previstos por la Constitución y por la Ley de Seguridad Social, tales como establecer que la presidencia del Consejo Directivo no recaiga sobre dicho representante, para evitar la permanencia de este en el desempeño de este rol, aspecto cuestionado por los expertos; así como reformar la norma que le atribuye a este delegado voto dirimente en la toma de decisiones, e inclusive establecer que la presidencia de este órgano puede ser de carácter rotativo tal como ha sido sugerido por Manolo Rodas.

En un escenario como el actual, en el que únicamente se cuenta con el representante del Ejecutivo y con el representante de los empleadores, esta capacidad de decisión del presidente del Consejo Directivo, dada por el voto dirimente que posee, se torna más notoria y constituye un motivo de mayor preocupación por la dependencia de la entidad al Gobierno de turno.

Finalmente, a pesar de que el tripartismo ha sido un esquema que, de acuerdo con la mayoría de entrevistados, debería mantenerse para la conformación del Consejo Directivo del IESS, hay actores consultados como Fernando Mosquera y Marco Morales que han coincidido en que el Gobierno no debería contar con un delegado en el máximo órgano de gobierno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, porque moralmente es muy cuestionable que el mayor deudor de esta Institución tenga incidencia en la toma de decisiones, es decir, voz y voto dirimente en el manejo de la entidad.¹¹⁹

Es interesante la propuesta que realiza la OIT respecto a la influencia que ejerce el poder ejecutivo sobre una institución totalmente autónoma que se encuentra activa, gracias a las aportaciones que mensualmente cada ciudadano aporta. Es importante resaltar que Manolo Rodas, entre las opiniones más acertadas, sugirió que en efecto, el representante del poder ejecutivo, si bien es cierto, debe ser parte por ser el delegado de la máxima autoridad del país, pero no es menos cierto, que limitar su capacidad respecto a los intereses que es estrictamente para los afiliados, es lo que ha generado que este círculo vicioso se repita continuamente sobre sus intereses y no los del colectivo, por lo tanto, rotar al delegado no implica cambiar figuras, ni alterar la administración con la que se manejaría el IESS, sino más bien, se comprobaría el aporte que el Estado puede definir sobre el manejo de las decisiones en esta institución.

Por otra parte, Fernando Mosquera y Marcos Morales, efectivamente manifestaron lo cuestionable que implica mantener al delegado del ejecutivo cuando es el más grande deudor del IESS. Sin embargo, es claro que el Estado es competente y obligado a salvaguardar la salud digna e integral de todos los individuos, aunque la calidad de aportantes se lo da por la contribución que se efectúa en la institución, no deja de ser una responsabilidad del mismo.

¹¹⁹ Ibid.

Por esta razón, el proceso de elección debe ser lo más democrático y sin injerencia alguna de cualquier institución de gobierno que dificulte la transparencia con la que se deberían de llevar este tipo de procedimiento, que se sugiere implementar en el Reglamento de la Ley de Seguridad Social, una vez reformada, un apartado donde el proceso de elección sea convocando a las dignidades inscritas legalmente en el IESS, se instale un quorum con los participantes y se inicie el conteo de votos para designar al Consejo Directivo, que posteriormente nombrará al presidente por un lapso de 4 años, con el fin de que estos grupos no sean los mismos y no haya una rotación de poder.

Con el aumento del consejo directivo, no se justifica la permanencia de la Dirección General, ni subsecretarías, cuando puede haber únicamente las Direcciones provinciales, pues en la actualidad el Consejo Directivo no realiza trabajo de políticas públicas, sino, su injerencia directa es en el capital humano de las instituciones y cumplir con las cuotas políticas. Por lo que las proyecciones y funciones, debe ir más encaminadas a los verdaderos objetivos institucionales, en virtud de lo que se ha observado es que la emisión de políticas públicas de conformidad al Convenio 102 de la OIT, sugiere un escenario tripartito, para que exista la diferencia entre la rectoría y la operatividad, que, en este caso, vendría a ser la Dirección General.

Históricamente ambos organismos internos han estado íntimamente relacionados, cuando por la naturaleza de sus funciones, tienen otro ámbito de competencias, invadiéndose una a la otra y abusando significativamente de los recursos destinados para la administración de las distintas prestaciones.

Sin embargo, uno de los aspectos más importantes que de manejarse correctamente, podría haber un cambio dentro de la administración o los fondos que dirigen, es a partir del 2001, con la creación de la Intendencia de Seguridad Social, un área totalmente vacía a la actualidad por su notoria ausencia. Este departamento está adscrito a la Superintendencia de Bancos y Seguros, siendo su principal objetivo, es “desarrollar actividades de control, supervisión y regulación ausentes en el sistema, permitiendo que, en el pasado, el IESS actúe sin necesidad de rendir cuentas en el mismo orden, de lo técnico a lo administrativo”¹²⁰;y, mediante la reforma del año 2001:

“El país dio pasos importantes para mejorar la regulación y supervisión del sistema de seguridad social, al crearse una Intendencia de Seguridad Social adscrita a la Superintendencia de Banca y Seguros. El principal logro de la Intendencia ha sido desarrollar actividades de control, supervisión y regulación otrora ausentes en el sistema,

¹²⁰ Valverde, “Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador”.

y que en el pasado han permitido a los gestores del IESS actuar sin necesidad rendir cuentas en el orden técnico y administrativo; al respecto, existe un reconocimiento general en el sentido de que la Intendencia ha obligado al IESS a guardar cierto orden en algunos ámbitos de la gestión”.¹²¹

Esta acotación se la expresa sin que implique crear intendencias que supervisen o controlen subsidiariamente la administración del IESS, es importante resaltar lo que pudo mantener una trayectoria ágil en el funcionamiento de la institución, pues considero que para efectuar cambios dentro de una institución como lo es el Seguro Social, es vital ser rigurosos con los modelos a implementar, que cuentan con grandes resultados en los países donde fueron desarrollados.

En la actualidad, hay que considerar que basado en los números que registran actualmente el IESS, es totalmente improcedente e inaceptable, considerar un aumento en los aportes cuando la cobertura de salud, simplemente no te cubre, el servicio, simplemente no te atiende, los medicamentos no te abastecen y cada vez más, crece el déficit con la que la población sobrevive, donde los alimentos son más caros y el sueldo más bajo. En pocas palabras, no existe una canasta básica que efectivamente garantice mantener un hogar promedio en el país.

¹²¹ Ibid.

Conclusiones

Se concluye que, en base al análisis desarrollado de la sentencia y la información recolectada que sirvió para desarrollar este producto, los problemas siempre del IESS son su institucionalidad, su legitimidad y su gobernanza. La falta de participación dentro del proceso de selección del CJ, ha limitado el acceso a este tipo de concurso a los aportantes manera general, empleadores, entre estos los autónomos, y trabajadores activos del país. Esto en razón de que nuestro modelo de elección de los representantes sociales siempre ha sido de forma indirecta, contando únicamente a los gremios de empleadores y trabajadores, más representativos, cuando lo correcto, es que la elección de los representantes debe ser definida de forma democrática, universal por sus propios aportantes, y no reducirse a estas organizaciones de las cuales no todos los trabajadores y empleadores forman parte.

En la actualidad, la normativa que regula las actuaciones del Seguro Social es insuficiente, a tal punto, que no hay manera de asegurar y/o garantizar el derecho de un tercero dentro de un proceso. Sin embargo, a pesar de los avances que ha tenido la seguridad social y su institucionalidad, se puede concluir que a nivel normativo no fue lo que se esperaba, pues al crear una Ley que va en contra de todo por sus tantas declaratorias de inconstitucionalidad, aun se la sigue aplicando.

El fin principal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es garantizar la protección de las distintas contingencias que fueron creadas para cubrir una necesidad de la población, la misma que es a través del seguro general obligatorio y que a la actualidad, se ha visto severamente afectado por la poca cobertura que existe en las dependencias IESS del país.

En este sentido, de la investigación realizada, se pudo apreciar con exactitud las distintas propuestas innovadoras por parte de la OIT, respecto a los modelos de gestión pública cuya finalidad es precisamente, fomentar iniciativas que contribuyan a un proceso más real y efectivo, donde se atienda y no desatiendan las necesidades del colectivo afiliado, sino precisamente a través de las mesas de trabajo, conocer donde se debe presionar más, para obtener mejores resultados en la administración.

Sin embargo, el análisis de la CC en cuanto a la validez de todos los actos y decisiones emitidos por el Consejo Directivo hasta que se regule esta parte de la norma, no fue lo ideal, porque en la Constitución como en la ley, se ha mencionado que este consejo debe ser tripartito y paritario, y al encontrarse en ausencia de uno de los vocales, básicamente la concentración de poder sigue recayendo en una sola persona, que a su vez tiene dos roles indirectamente, la que recae directamente por parte del Estado, siendo el deudor más grande del IESS y la del consejo directivo al ser elegido como presidente, entonces volvemos al mismo punto sin solución que es precisamente lo que mantiene inestable al IESS, su gobernanza.

Además, es importante indicar que la OIT en el año 2018, coordinó una forma para reforzar el sistema de salud y seguro social, mediante una asistencia técnica para que cumple con el objetivo de garantizar las necesidades de los afiliados. Entre importantes diálogos que abarcaría el programa, estuvo el reforzamiento a los procesos de afiliación, dialogo social, tripartismo y gobernanza, y finalmente, una más eficiente forma de calcular y controlar los fondos generados al IESS.

Por otra parte, la historia como la conocemos de nuestro actual Consejo Directivo, ha sido, en su mayoría, puestos vacíos que no llegan a cumplir ni la cuarta parte de su periodo, pues ni bien termina el primer año, recaen sobre ellos acciones directas que implica su total destitución del cargo, como lo sucedido en el año 2018 cuando el representante de los asegurados fue destituido por la Contraloría General del Estado. No obstante, luego de casi dos años más sin representación de los asegurados, se trata de consolidar el verdaderos tripartismo del consejo directivo y la consecuente designación del máximo órgano de gobierno del IESS, esto es, el PRESIDENTE.

De tal manera que, entre las recientes reformas y el avance hacia un modelo de administración desconcentrado, la realidad es que el modelo de gestión IESS actual sigue centralizado en todas sus áreas, esencialmente en los recursos destinados a proteger cuyas contingencias.

Finalmente, entre las importantes precisiones realizadas por la OIT en los últimos 3 años, recientemente se planteó un modelo de gestión y participación para las organizaciones sin necesidad de que exista una reforma legal, sino utilizar la via institucional existente. La idea, es promover las participaciones de todos los sectores interesados a nivel de territorios, comisiones, mesas técnicas o veedurías ciudadanas. Básicamente, es fomentar la iniciativa de crear o diseñar una política de control respecto

al IESS, trabajo que sin duda debería de ser por parte del Consejo Directivo, pero no es menos cierto, que la iniciativa a crear una solución desde la experiencia en el exterior, es importante. De esta manera, como respuesta al verdadero problema del IESS basado en el análisis de la sentencia, esto es, su proceso de selección en el Consejo Directivo, se podría presentar dos escenarios.

El primer escenario es interponer una acción de incumplimiento por la falta de ejecución de la sentencia, disponiendo que entre las facultades de la Corte Constitucional y a toda vez que transcurrió más de 5 años desde la declaratoria de inconstitucionalidad de conformidad al artículo 436 numeral 10 de la Constitución, la CC expida la norma de acuerdo a la Ley.

El segundo escenario sería, una vez interpuesta la acción de incumplimiento por la falta de ejecución de la sentencia, la CC realicen una sentencia aditiva, donde integrará componentes a los enunciados normativos, para de esta manera, completar aquella regulación parcial de la norma, debiendo considerar que para ambos casos se debe contemplar los criterios de representatividad para el proceso de selección del consejo directivo, a 6 vocales que representen a: empleadores, trabajadores, jubilados, campesinos, de la salud, función ejecutiva, y que se encuentren legalmente inscritas en el IESS, porque en el país, así como existe la parte activa de los aportantes, también existe la parte pasiva que aportó por muchos años al IESS, como también expertos con un criterio más actualizado y de oportunidad para mejores contingencias y mejores respuestas al sistema de salud y protección social, los mismos que ya fueron abordaron en mi capítulo anterior.

Se concluye también la necesidad de establecer mecanismos para limitar el accionar del representante del ejecutivo, estableciendo que “la presidencia del consejo directivo no recaiga sobre dicho representante debido a que es un veedor en este proceso, más no un ejecutor en los intereses de la institución que se maneja sola por sus afiliados”, por lo que implicaría reformar la norma (454) donde se le delega el voto dirimente en la toma de decisiones al presidente del consejo directivo, debido a que, ampliando los vocales, no habría necesidad de encontrarse en esta misma posición y así esta designación sea democráticamente elegida y cuya rotación varíe siempre en función del tiempo que permanece este consejo.

Bibliografía

Abellán, Marina Gascón. “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho*, nº 41 (agosto de 1994): 26.

Alarcón, Hugo Manuel González. “Análisis del principio de igualdad ante la doctrina y la jurisprudencia comparada”, *Revista Jurídica de Derecho*, 6 (5 de diciembre de 2011): 36.

Canessa Montejo, Miguel F. “La participación democrática en la gestión de la Seguridad Social. Resultados de un estudio comparado.” Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, 2019.

“carta-democratica-interamericana-2003.pdf”, s. f.

Casali, Pablo, David Jaramillo, Fabián Vallejo, y Rosario Maldonado. “¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo”. Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, 2019.

Castro, Daniel Alfredo Rodríguez, y Daniel David Sierra Fandiño. “Test de razonabilidad: un mecanismo para garantizar el debido proceso en la aplicación de medidas cautelares innominada”. Tesis de grado, Institución Universitaria Los Libertadores, Facultad de derecho, ciencias políticas y relaciones internacionales, 2016.

“Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Acuerdo Ministerial 202.pdf”, s. f.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva OC-4-84”, 19 de enero de 1984. <https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/OPINION-CONSULTIVA-4.pdf>.

Cruz, Gerardo Eto. “Inconstitucionalidad por omisión e inconvencionalidad por omisión. Algunas reflexiones y antídotos para enfrentar estos males contemporáneos.”, 15 de noviembre de 2015. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34753.pdf>.

Díaz de Valdés J, José Manuel. “¿Qué Clase de Igualdad Reconoce el Tribunal Constitucional?” *Ius et Praxis* 21, nº 2 (2015): 317–72. doi:10.4067/S0718-00122015000200009.

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

- . *Ley de Seguridad Social*. Registro Oficial 465, 30 de noviembre de 2001. LSS.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia”. *Sentencia N° 019-16-SIN-CC*, 22 de marzo de 2016.
- . “Sentencia”. *Sentencia N° 83-16-IN/21 y acumulados*, 10 de marzo de 2021.
- Ecuador Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. “Resolución”. *Resolución No CD 501*, 13 de noviembre de 2015.
- . “Resolución”. *Resolución No C.D. 588*, 6 de septiembre de 2019.
- Ecuador Organización Internacional de Trabajo. “Resultados de un estudio cualitativo: Entrevistas a especialistas en seguridad social sobre el desempeño del IESS”. Ecuador: Oficina de la OIT para los países andinos, junio de 2020.
- Guerra Coronel, Marcelo. “Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa”. Tesis de Magister, Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. “Resolución”. *Resolución C.D. 515*, 30 de marzo de 2016. <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+515>.
- Larrea, Fanny Elisa Naranjo. “Beneficios de subasta inversa electrónica: Adquisición de fármacos por el IESS, 2009-2011”. Tesis de grado, Universidad Pontificia Católica del Ecuador, 2012. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4971/2012%20FANNY%20ELISA%20NARANJO%20LARREA.pdf;sequence=3>.
- Mapasanta Gallegos, Christian Rolando. “Mutación de la Constitución en Ecuador ¿La Corte Constitucional como constituyente permanente?” Tesis de Doctorado, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7534/1/TD138-DDE-Masapanta-Mutacion.pdf>.
- Martínez, José Ignacio, y Francisco Zúñiga Urbina. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional.”, Centro de estudios constitucionales de Chile Universidad de Talca, 9, n° 1 (2011): 199–226. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en.
- Muñoz Valeriano, William Jhony. “El test de igualdad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: reflexiones sobre la sentencia recaída en el Expediente N.º

00045-2004-PI/TC y 00004-2006-PI/TC”. *Revista de Derecho* 5, nº 2 (27 de octubre de 2020): 27–36. doi:10.47712/rd.2020.v5i2.92.

Naciones Unidas. “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.pdf”, 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf.

Ochoa, Carla HUERTA. “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”. *Revista Scielo México* 36, nº 108 (2033): 24. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332003000300006&script=sci_arttext.

Organización Internacional del Trabajo. “CONVENIO OIT 102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social”, 1952.

Organización Internacional del Trabajo, Internationale Arbeitsorganisation, y ILO, eds. *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Vol. 169. Lima: OIT, 2009. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

Patiño, Ab Iván Castro. “La inconstitucionalidad por omisión”, 3 de julio de 2003. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2003/01/16_Iconstitucionalidad_por_Omision.pdf.

Peralta Calcina, Jonne. “Análisis jurídico del derecho a la igualdad en los regímenes laborales especiales de promoción del empleo productivo en el Perú 2011-2016”. Tesis de grado, Universidad Nacional de San Agustín, 2017. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4695/DEpecaj.pdf?i=&sequence=1>.

Sentencia No. T-230/94, No. T-230/94 (Corte Constitucional Colombiana 13 de mayo de 1994).

Serpa Ordoñez, José Marcelo. “El Control Concreto de Constitucionalidad respecto de normas legales. Análisis de un caso concreto.” Tesis de Especialización, Universidad del Azuay, 2013. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2574/1/09762.pdf>.

Taylor Santos, Jorge Alberto, y Angelica Saraí Santos Hernández. “Sentencias Aditivas y los Principales Conflictos en el Ámbito de la Interpretación Constitucional”. *La Revista de Derecho* 42 (15 de diciembre de 2021): 117–36. doi:10.5377/lrd.v42i1.12936.

Ugarte Godoy, José Joaquín. “El sistema jurídico de Kelsen. Síntesis y crítica.” *Revista Chilena de Derecho*, 1995. file:///C:/Users/Hp/Downloads/Dialnet-ElSistemaJuridicoDeKelsenSíntesisYCrítica-2649940%20(1).pdf.

Uprimny Yepes, Rodrigo, César Rodríguez Garavito, y Luis Eduardo Pérez Murcia. “Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas”. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 14, 3 (julio de 2007): 167.

Valbuena, Iván. “El juicio de igualdad como procedimiento para delimitar el alcance del principio de igualdad. El caso concreto de las competencias judiciales”. *Revista Derecho del Estado*, nº 19 (diciembre de 2006): 87–103.

Valverde, Fabio Durán. “Diagnóstico del sistema de seguridad social del Ecuador”. Informe de investigación. Ecuador: Organización Internacional del Trabajo OIT, junio de 2008.

<https://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action;jsessionid=vY1tYvwZjJYyPg2pkQPgJJnCRWqclvdCq2hTnHDG1K2MPRj3TkBD!475858318?ressource.ressourceId=6093>.

———. “Fabio Durán Valverde, Junio 2008”, s. f., 197.

Vázquez, Daniel. *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar: restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Primera edición. Serie estudios jurídicos, núm. 287. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Zelaya Asturias, Cindy Dayana, y Nora Yesenia Orellana Rivera. “La sentencia aditivas en proceso de inconstitucionalidad, función interpretativa, límite y efectos en el ámbito legislativo salvadoreño.pdf”. Tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2014. <http://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/163121>.