



**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social**

**CARLOS AUGUSTO ECHEVERRÍA PAJARO**

**Alejandro Ponce, Dr. Director de Tesis**

**Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del Título  
de Abogado**

**Quito, enero de 2013**

ACTA DE GRADO

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

***“Inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social”***

**Carlos Echeverría Pajaro**

Dr. Jorge Vásquez  
Presidente del Tribunal e Informante

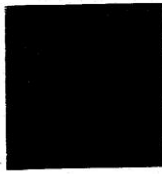
Dr. Alejandro Ponce  
Director de Tesis

Dr. José Irigoyen  
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 21 de Diciembre de 2012



## Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "Inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social", presentado por el estudiante, señor Carlos Augusto Echeverría Pajaro, previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Jorge Vásquez, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;  
Señor Doctor Alejandro Ponce, Director del Ensayo Jurídico;  
Señor Doctor José Irigoyen, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado al estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 95/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 92.5/100, da la nota final de Grado de 93.75/100, equivalente a "A" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 21 de diciembre de 2012.

Dr. Jorge Vásquez  
Presidente del Tribunal

Dr. José Irigoyen  
Delegado del Decano

Dr. Alejandro Ponce  
Director del Ensayo Jurídico

Sr. Carlos A. Echeverría Pajaro

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

-----  
Nombre: Carlos Augusto Echeverría Pajaro

C. I.: 1715086235

Fecha: 15 de enero de 2013

*A mi mamá y Jairo que desde el primer momento confiaron en mí, me apoyaron, alentaron y motivaron a realizar este sueño, que han sido mis ejemplos de vida, de lucha, constancia y esfuerzo al igual que a mi esposa, mi papá, Zelma y Esteban. A mis sobrinas Sofía y Emma. A mis demás hermanos y familiares. A mi director de tesis y amigo Alejandro Ponce. A los buenos amigos que he hecho en la Universidad y en especial a todos mis profesores.*

## RESUMEN

Esta investigación se la desarrolló con el propósito de sustentar el derecho de los afiliados a la seguridad social independientemente de la falta de cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador. Se plantea el derecho de los afiliados a recibir todas las prestaciones en dinero que fueran reclamadas por el afiliado independientemente del no pago por parte del empleador de los aportes, negarle por esta razón derechos al afiliado, constituye una inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social. El texto de esta tesis se lo redactó en cuatro capítulos, el primero de contenido doctrinario, evolutivo, cronológico y conceptual del Derecho de la Seguridad Social en la doctrina y tratados internacionales, con una breve referencia del Neo-Constitucionalismo y su visión; el segundo, contiene las normas constitucionales y legales referentes a la Seguridad Social en el Ecuador, un tercer capítulo, en el cual se analiza la inconstitucionalidad de una norma como figura jurídica en el Ecuador, se plantea una demanda de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social y la estrategia jurídica y procedimiento a seguir respecto a un caso práctico; y, por último, un cuarto capítulo en el que se establecen las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

## **ABSTRACT**

This investigation has been developed for the purpose of supporting the right of Social Security affiliates regardless of the lack of compliance with the obligations of the employer. That is why there is the violation of the law of the members to receive all cash benefits that were claimed by the member irrespective of non-payment by the employer of their contributions, which is unconstitutional in Article 94 of the Social Security Act. The text of this study is written in four chapters, the first one with a doctrinal, evolution, chronological and conceptual content of the Social Security Law in doctrine and international treaties, with a brief mention of neo constitutionalism and vision, the second contains the constitutional and legal norms relating to Social Security in Ecuador, a third chapter, which reviews the constitutionality of a rule or law as a legal in Ecuador, it raises a claim of unconstitutionality of Article 94 of the Social Security Act and the legal strategy and procedure with respect to a case study, and, finally, the fourth chapter in which establishes the conclusions and recommendations of this research.



## ÍNDICE

|                          |             |
|--------------------------|-------------|
| <b>RESUMEN .....</b>     | <b>vii</b>  |
| <b>ABSTRACT .....</b>    | <b>viii</b> |
| <b>INTRODUCCIÓN.....</b> | <b>1</b>    |

### CAPÍTULO I

|          |   |          |
|----------|---|----------|
| <b>1</b> | <b>EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.....</b>  | <b>4</b> |
| 1.1      | Conceptos e historia de la Seguridad Social .....   | 7        |
| 1.1.1    | Concepto sobre los derechos humanos.....  | 7        |
| 1.1.2    | Concepto sobre Seguridad Social.....  | 8        |
| 1.1.3    | Modelos de Seguridad Social .....   | 10       |
| 1.1.4    | Historia de los derechos Humanos .....  | 11       |
| 1.1.5    | Historia de la Seguridad Social .....   | 12       |
| 1.1.6    | Historia de la Seguridad en las Constituciones del Ecuador .....                          | 14       |
| 1.1.7    | Historia de las instituciones que han administrado la Seguridad Social en el Ecuador..... | 19       |
| 1.2      | Fundamentos .....   | 21       |
| 1.2.1    | Los Derechos Humanos.....   | 23       |
| 1.2.2    | Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales .....                                      | 25       |
| 1.2.3    | Eliminación de todas las formas de discriminación .....                                   | 27       |
| 1.2.4    | Ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social .....                                 | 30       |
| 1.2.5    | El neo constitucionalismo y la Seguridad Social .....                                     | 33       |

### CAPÍTULO II

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>2</b> | <b>EJERCICIO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR.....</b> | <b>37</b> |
| 2.1      | El derecho de los trabajadores a la Seguridad Social .....            | 44        |
| 2.2      | Obligaciones del empleador y del trabajador .....                     | 48        |
| 2.3      | Prestaciones a las que el afiliado tiene derecho .....                | 52        |

|     |  |    |
|-----|--|----|
| 2.4 | Derecho de los afiliados independientemente del cumplimiento de las obligaciones del empleador ..... | 59 |
| 2.5 | Ley económica urgente, para la defensa de los derechos de los trabajadores .....                     | 66 |
| 2.6 | Caso Román .....   | 71 |

### **CAPÍTULO III**

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>3</b> | <b>INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR .....</b>           | <b>75</b> |
| 3.1      | Estrategia jurídica, procedimientos que se podrían seguir respecto al Caso Román y recomendaciones..... | 75        |
| 3.1.1    | Estrategia jurídica.....  | 75        |
| 3.1.2    | Procedimientos que se podrían seguir respecto al Caso Román .....                                       | 76        |
| 3.2      | La Acción de Inconstitucionalidad como figura jurídica en el Ecuador .....                              | 88        |
| 3.2.1    | Plantear o no plantear la inconstitucionalidad del artículo 94 de la ley de Seguridad Social.....       | 92        |
| 3.3      | Recomendaciones respecto al Caso Román .....  | 95        |

### **CAPÍTULO IV**

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>4</b> | <b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b> | <b>98</b> |
| 4.1      | Conclusiones .....                          | 98        |
| 4.2      | Recomendaciones.....                        | 100       |

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b> | <b>102</b> |
|---------------------------|------------|

|                     |            |
|---------------------|------------|
| <b>ANEXOS .....</b> | <b>111</b> |
|---------------------|------------|

## INTRODUCCIÓN

El derecho a la Seguridad Social es un derecho social de todos los habitantes y ciudadanos de un país por el mero o simple hecho de ser seres humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, constituye un punto de quiebre en este ámbito, ya que determina a la Seguridad Social como un derecho humano. Este es un derecho que se encuentra en constante evolución y que irá perfeccionándose con el tiempo, ya que con la complejidad de la vida actual cada vez más variables tendrán que ser tomadas en cuenta.

En el Ecuador la Seguridad Social en su generalidad es prestada a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - IESS, existen otras instituciones que prestan servicios de Seguridad Social pero son enfocados para población específica dirigida a miembros del Ejército y de la Policía y a sus familias. El IESS es una entidad autónoma creada por la Constitución Política de la República encargada de prestar y aplicar el Sistema del Seguro General Obligatorio que forma parte del sistema nacional de Seguridad Social, es una entidad, cuya organización y funcionamiento se fundamenta en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

Esta investigación tiene como principal propósito de estudio los derechos de los afiliados a la Seguridad Social en el Ecuador, en concreto, tiene como finalidad plantear la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social. Este artículo establece que:

“Si por culpa de un patrono el IESS no pudiere conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habrían podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, este será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva, el IESS concederá tales prestaciones, en la parte debida a la omisión o culpa del empleador, solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de éste, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

Desde el punto de vista de la Constitución Política que nos rige, los tratados Internacionales, el artículo es inconstitucional y atentatorio a los derechos humanos, ya que el afiliado debería recibir sus prestaciones independientemente de que su patrono no haya pagado sus aportes al IESS. El aporte que se paga es en conjunto, una parte la aporta el empleado y otra el empleador.

Por este motivo planteamos como hipótesis la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social y su violación del derecho de los afiliados a recibir todas las prestaciones en dinero que fueran reclamadas por el afiliado, independientemente de la falta de cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador.

La idea de realizar esta investigación nace por la injusticia a la cual se ve sometido el Señor Víctor Román un ciudadano que aportó por muchos años al Seguro General Obligatorio, sufre un accidente de trabajo y se le determina incapacidad por invalidez. El problema surge a raíz de que la Ley de Seguridad Social ecuatoriana establece que mientras el patrono no pague sus aportes por completo al IESS, el Instituto no podrá reconocer los derechos que por Ley le corresponden al afiliado. Esto contraviene claramente la Constitución Política del Ecuador y los Acuerdos Internacionales firmados por el país como lo demostraremos. Más aún cuando como medida para rehuir su responsabilidad el patrono del Señor Román se declara en insolvencia, práctica común entre los morosos al IESS. Este hecho además se complementa con la prohibición del IESS para que el señor Román pague lo que su patrono adeuda o le permitan rechazar las aportaciones que el patrono no canceló (eliminarlas de su historia laboral). Esto a mi entender constituye una real situación de indefensión del trabajador e inobservancia de sus derechos constitucionales por parte de las autoridades.

A lo largo de esta investigación se intenta entonces, dar respuesta y una vía constitucional para que el afiliado, en este caso el Señor Román pueda acceder a su derecho.

En un primer capítulo se analiza el derecho a la Seguridad Social que tenemos los habitantes del planeta, se revisa brevemente la historia y los conceptos sobre Seguridad Social. Luego se analiza de manera más profunda los Derechos Humanos, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la eliminación de todas las formas de

discriminación, el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social y por último se realiza un análisis del Neo - Constitucionalismo y la Seguridad Social.

En un segundo capítulo se analiza el ejercicio del derecho a la Seguridad Social en el Ecuador y se especifica en los derechos de los trabajadores a la Seguridad Social, las obligaciones del empleador y del trabajador, las prestaciones a las que el afiliado tiene derecho por ley, los derechos de los afiliados independientemente del cumplimiento de las obligaciones del empleador. Se realiza un análisis a la nueva Ley económica urgente para la defensa de los derechos de los trabajadores aprobada hace pocos meses por la Asamblea Nacional y se analizan los antecedentes y el caso práctico Señor Víctor Román.

En el tercer capítulo se aborda profundamente la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social en el Ecuador, la inconstitucionalidad como figura jurídica en el Ecuador, se plantea una demanda de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social y se determinan unas recomendaciones, estrategia jurídica y procedimiento a seguir respecto al caso del Señor Román.

En el capítulo cuarto se expone las conclusiones y recomendaciones a la investigación realizada.

En esta investigación se ha tratado de analizar la hipótesis y el planteamiento del problema desde lo general a lo particular utilizando como herramientas para el desarrollo el método deductivo.

Se ha realizado este trabajo en base a planteamientos doctrinales, jurisprudenciales y legales nacionales e internacionales. Se analiza a la Constitución de la República al plantearse la inconstitucionalidad de una Ley Orgánica, basándome fuertemente en Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador. Se intenta con esta investigación aportar y transformar la vida y realidad de cientos de afiliados que se ven mermados en sus derechos por patronos que no han cumplido con sus obligaciones. Visibilizamos un tema que puede afectarnos a todos, y causar un grave perjuicio a los ciudadanos involucrados. Se dice extraoficialmente que el monto de deuda al que llegan los patronos morosos con el IESS supera los 200 millones de dólares y que mensualmente existen miles de asegurados que no pueden acceder a las prestaciones que por Ley y justicia les corresponden, por la culpa de sus empleadores.

## CAPÍTULO I

### 1 EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la seguridad social forma parte de los derechos sociales. Los derechos sociales son derechos que todos los habitantes y ciudadanos de un país poseen por el hecho de ser nacionales o extranjeros residentes en el mismo. Cada uno tiene derecho al acceso a los medios necesarios para tener unas condiciones de vida dignas. Es la “consecuencia natural del estado de una persona, o de sus relaciones con respecto a otras”<sup>2</sup> o la “facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida”<sup>3</sup>. Humanizan a los individuos, sus relaciones y el entorno en el que se desarrollan.

El derecho a la seguridad social como todos los derechos sociales busca garantizar la igualdad y la libertad real. Nacen del llamado contrato social, que es “el conjunto de normas jurídicas de orden público, que tienden a realizar la solidaridad social, el bien colectivo e individual, la capacitación y adiestramiento del hombre y el desarrollo de la cultura”<sup>4</sup>. Es una rama de la Administración Pública “cuyo fin es el de velar por la seguridad de los ciudadanos”<sup>5</sup>.

Los derechos sociales y en especial el derecho a la Seguridad Social toman fuerza y sufren un remezón a raíz de la primera y segunda Guerra Mundial y la crisis económica de 1929 (martes negro). Convirtiéndose éste en un derecho humano fundamental aceptado, promovido y respetado hoy por las naciones del mundo.

A partir de la Segunda Guerra Mundial se dan una serie de acontecimientos que se concatenan para la consolidación definitiva de la seguridad social y se desencadenan con lo establecido en el Preámbulo de la Constitución de la OIT (Parte III del Tratado

---

<sup>2</sup> Real Academia de la Lengua Española. <http://lema.rae.es/drae/?val=derecho%20seguridad%20social>. Consultado el 19 de Abril de 2012.

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> Sánchez León, Gregorio. *Derecho de seguridad social: derecho mexicano de la seguridad social*. Editorial Cárdenas, 1987, p. 5.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

de Paz de Versalles, Art. 387 a 427 en 1919), donde se plantea que la “Paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social”<sup>6</sup>.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece que la seguridad social es un derecho humano fundamental. Como ya se mencionó anteriormente, se entiende a los derechos humanos como las libertades, derechos y facultades que tiene un ser humano por el simple hecho de su condición humana. La Seguridad Social, garantiza a los miembros de una sociedad el acceso a los bienes y servicios mínimos para poder acceder a una vida digna y decente. Los derechos humanos son parte integral de la persona humana y constituyen un elemento intrínseco de la dignidad de todo individuo, tienen valor propio.

En materia de protección a los derechos humanos, entonces, el objeto de los pactos o convenciones está dado por establecer un orden público entre Estados (porque son los Estados quienes negocian, firman y ratifican los tratados) en exclusivo beneficio de la persona humana.<sup>7</sup>

Los Estados tienen la obligación de promoverlos, protegerlos, garantizar su ejercicio y que entren en vigencia. Para Grossman:

La protección de los derechos humanos se ha desarrollado desde la Segunda Guerra Mundial como consecuencia del fracaso trágico de un orden internacional basado en la soberanía absoluta. Mientras se desarrolla la protección internacional de los derechos humanos, se han adoptado normas y creando instituciones a nivel internacional para vigilar el proceso.<sup>8</sup>

Esto para que los Estados cumplan con sus nacionales las garantías mínimas.

El derecho a la Seguridad Social se encuentra aun en evolución, se inician sus primeros pasos en el siglo XX. En los países industrializados, “los sistemas de seguridad social han ido extendiendo progresivamente su cobertura a todas las personas que necesitan asistencia”<sup>9</sup>. Aunque la Seguridad Social en el siglo XXI es una institución consagrada no podemos olvidarnos que en los próximos años recién cumplirá los 100 años de institucionalizada.

---

<sup>6</sup> Eumet.com, enciclopedia virtual. <http://www.eumed.net/libros/2006a/amsg/2e.htm>. Consultado el 20 de Abril de 2012.

<sup>7</sup> Salvioli, Fabián. [www.iidh.ed.cr/CursosIIDH](http://www.iidh.ed.cr/CursosIIDH).

<sup>8</sup> Grossman, Claudio. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*.

<sup>9</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Impreso por la Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

Concebida primero como instrumento de control social que ofrecía niveles básicos de bienestar a las personas en circunstancias difíciles, la seguridad social ha pasado a ser un mecanismo de fomento del desarrollo económico, de la cohesión social y de la democracia.<sup>10</sup>

La protección social es considerada como un factor productivo en nuestros días.

El Ecuador ha ratificado varios acuerdos internacionales en relación a los derechos humanos y específicamente en el ámbito de la Seguridad Social, algunos de los cuales analizaremos posteriormente. La organización Internacional del Trabajo - OIT “en el ámbito de la seguridad social ha evolucionado junto con su mandato. Entre 1919 y 2010, la OIT adoptó 31 convenios y 23 recomendaciones relativas a la seguridad social”<sup>11</sup>.

La Seguridad Social busca proteger o prevenir a los seres humanos de posibles contingencias o eventos inesperados que puedan ocurrir. En todos los sistemas de Seguridad Social en el mundo se lo realiza mediante el pago de prestaciones en dinero o en especie cuando la persona lo necesitare. La Seguridad Social es el:

Instrumento jurídico y económico que establece el Estado para abolir la necesidad y garantizar a todo ciudadano el ingreso para vivir y a la salud, a través del reparto equitativo de la renta nacional y por medio de prestaciones del Seguro Social, al que contribuyen los patrones, los trabajadores y el Estado, o alguno de ellos como subsidios, pensiones y atención facultativa y de servicios sociales, que otorgan de los impuestos de las dependencias de aquel, quedando amparados contra los riesgos profesionales y sociales, principalmente de las contingencias de la falta o insuficiencia de ganancia para el sostenimiento de él y de su familia<sup>12</sup>.

Se convierte así en un instrumento de política pública el cual dista mucho de ser perfecto como toda actividad o empresa humana, pero que poco a poco ha ido asegurando a la sociedad ante eventuales contingencias. He aquí su importancia y relevancia en un mundo cada vez más complejo. Convirtiéndose en un derecho innato de los seres humanos, debiendo ser prestado por todos los países.

---

<sup>10</sup> Oficina Internacional del Trabajo. *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Impreso por la Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> <http://www.mitecnologico.com/Main/ConceptoDeSeguridadSocial>. Consultado el 20 de Abril de 2012.



Conviene analizar, de manera general el desarrollo de los Seguros Sociales, no sólo por la importancia, repercusiones económicas y sociales que tienen en el mundo actual sino también porque nos va a aclarar el porqué de la realidad actual del sistema y de los derechos a los cuales los seres humanos tienen derecho.

En 1826 ya Simón Bolívar hablaba y establecía algunos conceptos en relación a la Seguridad Social. Encontramos algunos criterios interesantes como “el sistema de gobierno más perfecto es aquél que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”<sup>13</sup> y también dijo que “la mejor forma de gobierno es la que puede dar al pueblo el máximo de seguridad política, de seguridad económica y de seguridad social”<sup>14</sup>.

## **1.1 Conceptos e historia de la Seguridad Social**

### **1.1.1 Concepto sobre los derechos humanos**

Los derechos humanos son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo, como anteriormente se dijo. Son inherentes a la persona, innatos a la condición humana, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político. De este modo se pueden diferenciar:

Tres fases en el proceso de los derechos. La declaración de derechos nace, por regla general, como un conjunto de teorías filosóficas, son universales por lo que al contenido respecta y porque se refieren a cualquier hombre, abstracción hecha de tiempo y lugar; son sobre todo muy limitadas en lo que a eficacia se refiere, al ser (como mucho) propuestas para futuras e hipotéticas leyes.<sup>15</sup>

Posteriormente:

Esas declaraciones de derechos son planteadas en las constituciones, ganando una concreción de lo que pierden en la universalidad, quedando protegidos como verdaderos derechos subjetivos, sólo en el ámbito del Estado van a ser reconocidos de forma efectiva. No son así, como resultado, los derechos del hombre, sino del

---

<sup>13</sup> [http://www.nacion.com/In\\_ee/2010/febrero/05/opinion2251490.html](http://www.nacion.com/In_ee/2010/febrero/05/opinion2251490.html). Consultado el 10 de Agosto de 2012.

<sup>14</sup> *Ibíd.*

<sup>15</sup> Díaz, López y Hernández. *Ensayo Derechos Humanos y Seguridad Social*. Venezuela.

ciudadano, esto quiere decir, que los derechos del hombre en cuanto a los derechos del ciudadano en un Estado concreto.<sup>16</sup>

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es donde:

Empezó la tercera fase donde se afirma los citados derechos y se quiere de un tiempo universal y positivo. Universal, ya que los destinatarios son todos los hombres y no tan sólo los ciudadanos de uno u otro Estado. Positivo, se entiende que promueve un proceso, concluido en el cual los derechos humanos no sólo serán proclamados, sino protegidos de un modo material, incluso contra el propio Estado que los viole.<sup>17</sup>

En un enfoque restrictivo y tradicional, los derechos integran el conjunto de normas preventivas y de auxilio que todo individuo, por el mero hecho de serlo y vivir en sociedad recibe de un Estado.

Históricamente los derechos humanos tienen correspondencia con la afirmación de la dignidad de la persona frente a los Estados. El ser humano tiene derechos frente al Estado por el mero hecho de serlo y deben ser respetados y garantizados por los Estados.

Los derechos humanos son el conjunto de “facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”<sup>18</sup>.

Por ende, los derechos humanos son los derechos esenciales o fundamentales de la persona humana. Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos fundamentales que velan frente a la posibilidad de encontrarse descubierto o necesitado un ser humano y son un medio para el ejercicio real de las libertades.<sup>19</sup>

### **1.1.2 Concepto sobre Seguridad Social**

La Seguridad Social es un término que se refiere al bienestar de los ciudadanos, de los integrantes de una comunidad. La definición armonizada más reciente y aceptada

---

<sup>16</sup> Díaz, López y Hernández. *Ensayo Derechos Humanos y Seguridad Social*. Venezuela.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

<sup>18</sup> Carbonell, Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. México: universidad Autónoma de México, 2005.

<sup>19</sup> Wlasic, Juan Carlos. *Manual Crítico de los derechos humanos*. Segunda edición. Fondo editorial de Derecho y economía, 2011.

por todas las economías es aquella que definió la Organización Internacional de Trabajo en 1991 la cual establece que es:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.<sup>20</sup>

Como apreciamos, “la acción protectora tiene diversas vertientes, desde las medidas económicas a las medidas de protección sanitaria”<sup>21</sup>. Esta definición aceptada por todas las economías, se adapta a cada territorio en función de su propia evolución económica y social, la Seguridad Social se considera como:

Un elemento imprescindible y esencial de la sociedad, en virtud de que es un sistema de protección pública de cualquier situación de necesidad para todos los ciudadanos, pues trata de proteger la existencia de los individuos, la capacidad productiva y la tranquilidad de la familia.<sup>22</sup>

Se intenta garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo. Dentro de sus fines esenciales encontramos:

- Salvaguardar la salud del trabajador para conservar su capacidad de ganancia.
- Ayudar al trabajador y a su familia en los insucesos o calamidades tales como accidentes, enfermedades o muerte.
- Ayudar a los trabajadores y a sus familiares en sus estados de invalidez, vejez y desempleo, así como también en muerte.<sup>23</sup>

Aquí, vale diferenciar entre Seguro Social y Seguridad Social, la primera atiende con prestaciones solamente a los trabajadores, en tanto que la segunda abarca a la totalidad de la población.

En un enfoque restrictivo y tradicional, la Seguridad Social integra el conjunto de normas preventivas y de auxilio que todo individuo tiene, por el hecho de vivir en sociedad y que recibe del Estado.

---

<sup>20</sup> [white.oit.org.pe/.../pry\\_rla\\_06.../tallernac\\_segsoc\\_historia\\_ss.ppt](http://white.oit.org.pe/.../pry_rla_06.../tallernac_segsoc_historia_ss.ppt). Acceso el 2 de Mayo de 2012.

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> Blanco Morales, Pilar. *El Seguro Español en el Derecho Internacional Privado*. Editorial Caser, 1989.

<sup>23</sup> Morales, Inés. *Ensayo sobre Seguridad Social en Colombia*. Granamérica, Medellín.

Para LÓPEZ VALENCIA, la seguridad social: en estricto sentido, como sinónimo de previsión social, significa los auxilios que el obrero recibe del Estado, en forma de seguros o subsidios; tales como el de desocupación, enfermedad, invalidez, ancianidad y otros. En el sentido amplio la seguridad social se confunde con seguridad económica y abarca disposiciones sobre regulación de salarios, fijación de precios, reglamentación de las condiciones de trabajo, previsión social, educación, etc.<sup>24</sup>

En definitiva la Seguridad Social ampara al hombre mediante sistemas previsionales y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidos los seres humanos.

### 1.1.3 Modelos de Seguridad Social

En la actualidad hay diferentes modelos de Seguridad Social en el mundo que expresan las diferentes visiones y realidades políticas y económicas existentes. Sin embargo entre los académicos de la materia se ha concluido que hay tres categorías que agrupan el análisis de la experiencia de los países desarrollados a nivel mundial, las cuales son:

- **El modelo "socialdemócrata"**, proveniente de Escandinavia, aplicado en el Ecuador, el mismo que se basa en la solidaridad, los servicios universales y los derechos sociales a los que cada ciudadano y ciudadana tiene derecho como tal y no como integrante de un grupo en particular.
- **El modelo "corporativista"**, este hace énfasis en la cohesión social, también con los convenios tripartitos entre los trabajadores, las empresas y el Estado y por último en las prestaciones provenientes de programas correspondientes a diferentes sectores de actividad.
- **El modelo "liberal"**, se lo llama de esta manera ya que el Estado sólo interviene como último recurso, por ejemplo: en Estados Unidos y Reino Unido. Las aportaciones de los contribuyentes son más bajas, pero los niveles de pobreza son comparativamente más elevados.

---

<sup>24</sup> López Valencia. *Jalones de una reforma social*. Madrid, 1946, p. 107.

Se puede también realizar una clasificación en relación así el Estado monopoliza o no a la Seguridad Social. Y se dice que existen los seguros públicos, los seguros privados o los mixtos que tienen ambos componentes. En los seguros privados subsiste la autonomía de la voluntad, mientras que en los seguros públicos se vive una imposición del mismo a los habitantes de un país. En los seguros privados se realiza una transacción mercantil entre el asegurado y el asegurador. En tanto que en los modelos mixtos subsisten ambos modelos, como es el caso del Ecuador.

#### **1.1.4 Historia de los derechos Humanos**

Los derechos humanos existen como tal desde el siglo XX con certeza. Sin embargo existen teorías históricas-filosóficas no comprobadas que establecen que en las culturas milenarias tenían sus propias convenciones y protocolos de convivencia, de coexistencia. De estos hechos la civilización tiene registros de los antiguos griegos quienes desarrollaron los primeros elementos constitutivos de la democracia tanto en el medio social, cultural, político como económico. Más contemporáneo, en la antigua Roma se crea el derecho romano, quienes instituyeron y establecieron todo un sistema jurídico basado en derechos y obligaciones que no hacían más que ratificar que el ser humano tenía unos derechos inherentes por el simple hecho de serlo. Pero los derechos humanos como tal son reconocidos por los seres humanos en el siglo XX.

Ya entrada la edad media los conflictos y las injusticias sociales llevan a una organización del poder diferente y el reconocimiento de derechos a los ciudadanos de los distintos reinos. La edad media fue una época donde se luchó por la tolerancia, la libertad de conciencia y la igualdad entre seres humanos. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, inspirada en la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 y el espíritu filosófico del siglo XVIII y la Revolución Francesa, marcan el fin del antiguo régimen y el principio de una nueva era. Una nueva era para la humanidad, y el comienzo de la llamada redistribución de la riqueza y la justicia social. Sin estos logros difícilmente podríamos concebir y conceptualizar a la Seguridad Social como lo hacemos hoy en día y se podría decir que es el punto de partida de nuestro tema, la Seguridad Social y el derecho de todo ser

humano sin distinción de posición económica, religión, raza, nacionalidad etc. a disfrutar de ella.

Sin embargo, los derechos humanos se establecieron en el Derecho Internacional a partir de la II Guerra Mundial. La Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo objetivo es promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales proclama los derechos personales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre y dentro de ellos el de la seguridad social. Más adelante analizaremos este cuerpo legal a profundidad.

En 1955 la Asamblea General autorizó dos pactos de Derechos Humanos, uno relativo a los derechos civiles y políticos y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales; ambos pactos entraron en vigor en enero de 1966, tras largas luchas e insistencias para lograr que fueran ratificados.<sup>25</sup>

Luego de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 los derechos humanos han experimentado un permanente desarrollo. Se crea la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los Comités de Derechos Humanos. La ONU ha luchado incansablemente en el mundo por su reconocimiento y homologación a nivel mundial. Al igual en la OEA se crea la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se empieza una lucha por el reconocimiento y práctica eficaz de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en el mundo.

Sin duda la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, constituyó un hito para la historia de la humanidad ya que unificó criterios a nivel mundial.

### **1.1.5 Historia de la Seguridad Social**

El derecho al trabajo surge a finales del siglo XIX como consecuencia de la aparición del proletariado industrial y la aparición de los sindicatos, esto en Inglaterra,

---

<sup>25</sup> Derechos Humanos. *Manual para parlamentarios*. [http://www.ipu.org/PDF/publications/hr\\_guide\\_sp.pdf](http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_sp.pdf). Consultado el 25 de Abril de 2012.

debido a la famosa “revolución industrial”. En sus orígenes, giraba en torno al contrato de trabajo para extender más tarde su campo de acción a otros ámbitos de la actividad jurídica, lo que llevó aparejado el establecimiento de una jurisdicción singular y órganos administrativos y laborales propios.

La industrialización y la urbanización modificaron drásticamente la composición de las familias y las comunidades y quebrantaron las formas tradicionales de organizar esa protección. La industrialización provocó una generación de riqueza sin precedentes así como una desigualdad y una pobreza dramáticas, que condujeron a luchas sociales.<sup>26</sup>

En 1881 el canciller alemán conservador Otto Von Bismarck manifestó al Reichstag (Parlamento) su convicción de que “la curación de los males sociales no debe buscarse sólo mediante la represión de los excesos socialdemócratas, sino en igual medida a través del avance decidido del bienestar de los trabajadores”<sup>27</sup>. Alemania aprueba el seguro social obligatorio el 17 de noviembre de 1881, mediante un modelo de contribución tripartita por parte del Estado, los patronos y los trabajadores, el cual se extendió por el mundo, marcando un hito de desarrollo y lucha por los derechos humanos.

La protección de las personas débiles y vulnerables es el fin último del Derecho a la Seguridad Social, con debilidad o vulnerabilidad nos referimos a eventos que los seres humanos pasan en algún momento de sus vidas por un recaída de su salud, accidentes, etc. Ya a nadie le sorprende y quedó de lado la discusión de la redistribución de la riqueza y que cada ser humano merece unas condiciones de vida mínimas por las que los Estados deben velar.

En 1883 en Alemania se aprueba una “ley de Seguro de Salud para los trabajadores, que disponía la incorporación del seguro nacional obligatorio para la mayoría de los trabajadores manuales y administrativos”<sup>28</sup>. En el año 1889 Alemania se da cuenta que es necesario proteger a sus trabajadores en el futuro y expide una ley llamada:

Ley sobre Seguro de Vejez para Trabajadores, Oficiales y Aprendices, esto marca un hito en el mundo. En 1885 Noruega estableció la cobertura de los accidentes de

---

<sup>26</sup> <http://www.iccc.es/2008/05/breve-historia-de-la-seguridad-social/>. Consultado el 28 de Abril de 2012.

<sup>27</sup> <http://hunna.org/como-entender-lo-de-las-pensiones-sin-que-te-duela-la-cabeza-parte-ii/>. Consultado el 28 de Abril de 2012.

<sup>28</sup> Morales, Inés. *Ensayo sobre Seguridad Social en Colombia*. Granamerica, Medellín.

trabajo y creó un fondo estatal de dinero para asistir a personas enfermas y brindarles prestaciones funerarias.<sup>29</sup>

Hacia 1920, en América Latina, Argentina, Chile y Uruguay ya tenían sistemas de bienestar social. En Estados Unidos, ante el drástico empobrecimiento que desencadenó la “Gran Depresión” de 1929, el Presidente Franklin Roosevelt creó el Comité de Seguridad Económica e incorporó sus recomendaciones en la Ley de Seguridad Social de 1935. Sus prestaciones cubrieron a más de la mitad de los trabajadores y las trabajadoras del país cuando entró en vigencia en 1940 luego de otra profunda recesión en 1937.

A raíz de estas experiencias, en 1948 se incluyó el “derecho a la seguridad social” y a un nivel de vida “adecuado” en la Declaración Universal de Derechos Humanos en los artículos 22 y 25; posteriormente estos mismos derechos fueron consagrados y analizados con mayor profundidad en otros importantes instrumentos de la Organización de Naciones Unidas.

Pero la unificación de los seguros y su evolución se dio realmente con la Conferencia Internacional del Trabajo, en su reunión en Filadelfia en 1944, donde según Cabanellas, se plegó a la tesis de la unificación, recomendando la aplicación del principio de universalidad en materia de seguros sociales, con amplitud de amparo para todos los trabajadores: obreros, empleados, aprendices servicio doméstico, prestaciones transitorias o eventuales.<sup>30</sup>

### **1.1.6 Historia de la Seguridad en las Constituciones del Ecuador**

En el Ecuador, el origen del Sistema del Seguro Social se encuentra en la Constitución de 1906, con la concesión de cédulas de invalidez, de retiro y letras de montepío. En su sección II, se establecían las atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo específicamente, el artículo 80 determinaba que eran atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo: 9. Conceder conforme a la ley, cédulas de invalidez, de retiro y letras de montepío.

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *Ibíd.*



Posteriormente, la Constitución Política de 1929 establece como una de las garantías fundamentales la protección de los derechos del trabajador y el establecimiento de seguros sociales. En las garantías fundamentales se establecía en el artículo 151 que la Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:

18. La protección del trabajo y su libertad. A nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la Ley. Los artesanos y jornaleros no serán obligados, en ningún caso, a trabajar sino en virtud de contrato.

El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La Ley fijará la jornada máxima de trabajo y la forma de determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.

La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños.<sup>31</sup>

La Constitución Política de 1945, califica a la Previsión y Asistencia Social como servicio ineludible del Estado, determinando fines, organización, derechos, prestaciones y financiamiento del seguro social. El artículo 149 establecía que,

La previsión y asistencia sociales son servicios ineludibles del Estado. Comprenden principalmente:

1. El seguro social, que tiene como fin proteger al asegurado y a su familia en casos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, viudez, orfandad, desocupación y demás contingencias de la vida y que extenderá al mayor número posible de habitantes del país. Se sostendrá con el aporte equitativo del Estado, de los patronos y de los mismos asegurados.

El seguro social es derecho irrenunciable de los trabajadores, inclusive de los empleados públicos.

---

<sup>31</sup> *Ibíd.*

Es obligatorio el seguro por riesgos del trabajo, a expensas del patrono y bajo fiscalización del Estado.

La aplicación del seguro social se hará por medio de instituciones autónomas, en cuyos organismos dirigentes tendrán representación el Estado, los patronos y los asegurados, en la forma que la ley determine.

Los fondos o reservas del seguro social, no pueden destinarse a otro objeto que al de su creación:

2. La salubridad pública, como garantía del derecho de la salud, que tienen todos los habitantes del país.

El Estado asignará anualmente los fondos necesarios para que el servicio sanitario nacional pueda desarrollar planes progresivos de saneamientos y de medicina preventiva;

3. La asistencia pública.

El Estado la establecerá y reglará por medio de leyes especiales y la proveerá de fondos suficientes para su eficiencia y perfeccionamiento; y,

4. La edificación de viviendas higiénicas y baratas para trabajadores.

El Estado, las Municipalidades y las instituciones del seguro social cooperarán en esta labor, a medida de sus posibilidades.

Los patronos agrícolas y mineros están obligados a proporcionar a sus trabajadores, conforme a la ley, vivienda higiénica y con las indispensables comodidades.<sup>32</sup>

En la Constitución Política de 1967, se introducen concepciones más avanzadas sobre Seguridad Social, estableciéndose como un derecho inalienable de los habitantes la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, maternidad y otras eventualidades. Su aplicación será a través de entidades autónomas con personería jurídica, con representación del Estado, empleadores y asegurados; sus fondos o reservas son propios, distintos de los del fisco y no serán objeto de cesión, embargo o retención; sus inversiones se efectuarán observando los principios de seguridad, rendimiento y liquidez. Establece en el artículo 65 que “todos los habitantes tienen derecho a la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, igual que en caso de maternidad y otras eventualidades que los priven de los medios de subsistencia. El Estado progresivamente inventará, o extenderá, un sistema de seguridad social que

---

<sup>32</sup> Norma: Decreto Legislativo. Publicación: Registro Oficial 228. Estado: Derogado. Fecha de publicación: 06-mar-1945.

ampare a los habitantes contra tales riesgos; asimismo, garantizará y protegerá a las empresas privadas que cumplan directamente esta finalidad”. Y en el artículo 66 dice que:

La aplicación del Seguro Social se hará mediante instituciones autónomas con personería jurídica propia; en sus organismos dirigentes tendrán representación el Estado, los empleadores y los asegurados. Los fondos o reservas del Seguro Social, que son propios, distintos de los del Fisco, no se destinarán, a objeto diferente del de su creación; se invertirán en condiciones de seguridad, rendimiento y liquidez. Las prestaciones del Seguro Social no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de Caja Nacional del Seguro Social. Dichas Prestaciones están exentas de impuestos fiscales y municipales. No tendrá valor alguno cualquier disposición que prive al asegurado de estas prestaciones.

En el año 1968 se promulga el “Código de Seguridad Social, instrumento de desarrollo y aplicación del principio de justicia social, como resultado del replanteamiento de los principios adoptados en los campos: actuarial, administrativo, prestacional y de servicios; adoptando los principios aceptados en el régimen de seguridad social: “el bien común sobre la base de la solidaridad, la universalidad y la obligatoriedad<sup>33</sup>.

La Constitución Política de 1979 establece el derecho a las prestaciones de la seguridad social para el asegurado y su familia, equitativamente financiado por los empleadores y los asegurados. Además, dispone la afiliación voluntaria y la del trabajador agrícola. Tiene una sección entera en la que en su artículo 29 establece que:

Todos los ecuatorianos tienen derecho a la previsión social, que comprende:

1. El seguro social, que tiene como objetivo proteger al asegurado y la de su familia en caso de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, muerte y desocupación. Se procura extenderlo a toda la población. Se financia con el aporte equitativo del Estado, de los empleadores y de los asegurados.

El seguro social es derecho irrenunciable de los trabajadores.

Se aplica mediante una institución autónoma; en sus organismos directivos tienen representación paritaria el Estado, los empleadores y los asegurados. Los fondos y reservas del seguro social, que son propios y distintos de los del fisco, no se destinan a otros fines que a los de su creación y funciones.

Las prestaciones del seguro social en dinero no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones

---

<sup>33</sup> Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador. [http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs\\_index?vp\\_art\\_id=46&vp\\_tip=2](http://www.sbs.gob.ec/practg/sbs_index?vp_art_id=46&vp_tip=2). Consultado el 2 de Mayo de 2012.

contraídas a favor de la institución aseguradora, y están exentas de impuestos fiscales y municipales.

El Estado y el seguro social adoptan las medidas para facilitar la afiliación voluntaria, y para poner en vigencia la afiliación del trabajador agrícola;

2. La atención a la salud de la población y el saneamiento ambiental de las ciudades y el campo, por medio de la socialización de la medicina, de los diferentes organismos encargados de su ejecución y de la creación de la correspondiente infraestructura, de acuerdo con la ley; la aplicación de programas tendientes a eliminar el alcoholismo y otras toxicomanías y a disminuir la mortalidad infantil.

3. La asistencia social, establecida y regulada por el Estado, de acuerdo con la ley.

En la Constitución Política de 1998, se incorpora concepciones universales de protección social, vinculando a la seguridad social como un deber del Estado que se lo prestará con la participación de los sectores público y privado; estableciendo que el sistema nacional de seguridad social que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia. Además que las prestaciones del seguro general obligatorio, estarán únicamente a cargo del IESS las cuales serán oportunas, suficientes y de calidad; y, su gestión se regirá por criterios de eficiencia, descentralización y desconcentración. A continuación profundizaremos como en la nueva Constitución del país se concibe a la Seguridad Social.

Tanto en la Constitución como en las Leyes ecuatorianas el derecho a la seguridad social está plasmado y reconocido pero aún existen muchos puntos por mejorar, sobre todo en la ley.

La constitución de 2008 del Ecuador es progresiva en reconocimiento de Derechos Humanos, reconoce en el artículo 33:

El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.<sup>34</sup>

Mientras que en el artículo 34 se establece que:

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, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las

---

<sup>34</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo 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 auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.<sup>35</sup>

La seguridad social en el Ecuador es un derecho de todos los habitantes y una responsabilidad primordial del Estado, reconocido y estipulado en convenios internacionales ratificados por el Ecuador, en la Constitución y en la legislación del país.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es una entidad autónoma creada por la Constitución Política encargada de prestar y aplicar el Sistema del Seguro General Obligatorio que forma parte del sistema nacional de Seguridad Social. Junto al ISSFA y el ISPOL son las entidades más grandes en prestar Seguridad Social en el país “es una entidad, cuya organización y funcionamiento se fundamenta en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia”<sup>36</sup>.

### **1.1.7 Historia de las instituciones que han administrado la Seguridad Social en el Ecuador**

Es importante analizar brevemente la historia de las instituciones relativas a la Seguridad Social que han existido en el país. En el año 1928 en el país se crea la Caja de Pensiones mediante decreto Ejecutivo N° 018 publicado en el Registro Oficial N° 591 del 13 de marzo de 1928. Esta Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa, institución de crédito con personería jurídica creada mediante ley que se denominó Caja de Pensiones es el primer intento por normar formalmente la Seguridad Social en nuestro país. Esta ley “consagró a la Caja de Pensiones como entidad aseguradora con patrimonio propio, diferenciado de los bienes del Estado, con aplicación en el sector laboral público y privado”<sup>37</sup>. Su objetivo fue

---

<sup>35</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 34. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>36</sup> IESS. <http://www.iess.gob.ec/site.php?content=292-quienes-somos>. Consultado 1 de julio de 2012.

<sup>37</sup> IESS. <http://www.iess.gob.ec/site.php?content=292-quienes-somos>. Consultado 1 de julio de 2012.

conceder a los empleados públicos, civiles y militares, los beneficios de Jubilación, Montepío Civil y Fondo Mortuario.

En octubre de 1928, estos beneficios se extendieron a los empleados bancarios”<sup>38</sup>. Luego en 1935 se crea el Instituto Nacional de Previsión, “su finalidad fue establecer la práctica del Seguro Social Obligatorio, fomentar el Seguro Voluntario y ejercer el Patronato del Indio y del Montubio”<sup>39</sup>. En 1937 se crea la caja de Seguro Social y se reformó la Ley del Seguro Social Obligatorio y se incorporó el seguro de enfermedad entre los beneficios para los afiliados y se creó el Departamento Médico.

En 1942 se expidió una nueva Ley del Seguro Social Obligatorio, con lo cual se afianza el sistema del Seguro Social en el país. “En 1964 se establecieron el Seguro de Riesgos del Trabajo, el Seguro Artesanal, el Seguro de Profesionales, el Seguro de Trabajadores Domésticos y, en 1966, el Seguro del Clero Secular”<sup>40</sup>. En 1968 se expide el Código de Seguridad Social, “para convertirlo en "instrumento de desarrollo y aplicación del principio de Justicia Social, sustentado en las orientaciones filosóficas universalmente aceptadas en todo régimen de Seguridad Social: el bien común sobre la base de la Solidaridad, la Universalidad y la Obligatoriedad”<sup>41</sup>. El Código de Seguridad Social tuvo corta vigencia. Ya que en agosto de 1968, con el asesoramiento de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, se inició un plan piloto del Seguro Social Campesino. Lo cual desencadenó en que el 29 de junio de 1970 se suprimió el Instituto Nacional de Previsión.

Se crea en ese año finalmente el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social mediante Decreto Supremo N° 40 del 25 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial N° 15 del 10 de julio de 1970, transformándose así la Caja Nacional del Seguro Social.

En 1981 se dicta la Ley de Extensión del Seguro Social Campesino. En 1986 se estableció el Seguro Obligatorio del Trabajador Agrícola, el Seguro Voluntario y el Fondo de Seguridad Social Marginal a favor de la población con ingresos inferiores al salario mínimo vital. En 1987 el entonces Congreso Nacional estableció que el Consejo

---

<sup>38</sup> IESS. <http://www.iesse.gob.ec/site.php?content=292-quienes-somos>. Consultado 1 de julio de 2012.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> *Ibíd.*

<sup>41</sup> *Ibíd.*

Superior del IESS fuera tripartito y paritario, con representación del Ejecutivo, empleadores y asegurados, y se crea básicamente la estructura que tenemos hoy en día.

De esta manera, la Seguridad Social es un derecho humano reconocido en el Ecuador. En la actualidad este derecho parece muy cotidiano, pero debemos pensar que apenas hace 100 años que viene evolucionando, el mismo que ha sufrido grandes contradicciones, planteamientos y cambios de modelos que han atentado o atentan contra su ejercicio real.

Además, se debe tomar en cuenta que el derecho puede estar garantizado por las leyes de un país, lo importante es que el derecho sea ejercido efectivamente por una sociedad.

América Latina, ha tenido una larga historia de lucha por la inclusión social, sin embargo hemos tenido dos grandes defectos a lo largo de nuestra historia en los temas de seguridad social:

1.- En unos casos se ha iniciado sin el personal técnico adecuado, con el criterio simplista de un despacho administrativo que comienza por el acto de promulgación de la ley o del decreto, y sin preparación para rectificar los cálculos actuariales iniciales;

2.- En otros, ha faltado total y casi absolutamente la base hospitalaria y el recurso a las clínicas privadas ha aumentado en exceso los costos.<sup>42</sup>

## 1.2 Fundamentos

Como pudimos apreciar anteriormente la Seguridad Social está reglamentada, institucionalizada y reconocida a nivel mundial y en el Ecuador, mediante instrumentos internacionales, la Constitución y leyes desde hace mucho tiempo. Ahora vamos a analizar a continuación algunos de los tratados Internacionales que en materia de Seguridad Social ha firmado y ratificado el Ecuador, los mismos que son acuerdos escritos entre sujetos de Derecho Internacional, son instrumentos jurídicos.

En este caso específico nos interesa analizar los tratados que se realizan entre Estados, estos se encuentran regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

---

<sup>42</sup> Morales, Inés. *Ensayo sobre Seguridad Social en Colombia*. Granamérica, Medellín.

Los tratados internacionales, diversamente designados como pactos, estatutos, protocolos, convenios o convenciones, tienen carácter vinculante para los Estados que los ratifican o se adhieren a ellos. Los tratados adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas están abiertos a la firma y ratificación de todos los Estados, mientras que los que se han adoptado en el seno de organizaciones regionales normalmente están abiertos sólo a los miembros de la organización correspondiente.<sup>43</sup>

El Ecuador en su Constitución Política establece en el artículo 417 que:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.<sup>44</sup>

Y el Art. 424 establece que:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.<sup>45</sup>

Existen a nivel internacional más de 80 declaraciones, tratados, convenios y declaraciones que protegen y garantizan los derechos humanos. Es primordial analizar el principal instrumento internacional que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los derechos humanos tienen valor propio, per se, su existencia es parte integral de la persona humana y constituyen un elemento intrínseco de la dignidad de todo individuo. Por ello, los Estados tienen la obligación de promoverlos, protegerlos, garantizar su ejercicio y ponerlos en vigencia. Si un país no cumple con los instrumentos internacionales que ha firmado y los derechos humanos no constituyen el marco referencial en su quehacer diario, mal podríamos hablar que es una sociedad organizada política, económica y socialmente. El desarrollo de un país se juzga mediante el avance o el retroceso en la protección de los derechos humanos y compromisos internacionales adquiridos, pero efectivos y que en la práctica se cumplan. Esto refleja el nivel de civilización que alcanza una sociedad.

---

<sup>43</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>. Consultado el Martes 1 de Mayo de 2012.

<sup>44</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 417. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>45</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.



Existen varios acuerdos internacionales y declaraciones relacionadas a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la seguridad social que los desarrollaremos posteriormente:

- El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, adicional a la iniciativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales;
- La Carta Social Europea adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 por el Consejo de Europa (Estrasburgo) no aplicable para el Ecuador pero que por análisis académico vamos a analizar;
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- La Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer;
- La Convención sobre los Derechos del Niño;
- El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes; L
- La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, entre otros.

El Ecuador ha sido un país pionero en relación a Derechos humanos, fue el primer país de la región que firmó el Pacto Internacional de Derechos Humanos y su Constitución se considera una de las más avanzadas en cuanto a reconocimiento de derechos por parte del Estado a sus ciudadanos.

### **1.2.1 Los Derechos Humanos**

La declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 en la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y es sin duda el instrumento más importante en relación a derechos humanos, el pilar y base del sistema a nivel mundial. Según Kofi Annan:

Los derechos humanos son el fundamento de la existencia y la coexistencia humanas. Son universales, indivisibles e interdependientes. Y están en el centro de todo lo que las Naciones Unidas aspiran a conseguir en su misión mundial de paz y desarrollo. Desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General en 1948, los Estados han debatido, negociado y acordado muchos centenares de principios fundamentales y disposiciones jurídicas encaminados a proteger y promover toda una serie de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.<sup>46</sup>

Sin embargo, este instrumento no tenía carácter vinculante, por lo que el 16 de diciembre de 1966 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un instrumento internacional que norma las relaciones de convivencia de las personas y la sociedad basada en la libertad, la justicia y la paz en el mundo, con el presupuesto esencial de la igualdad. Se compone de 30 artículos, los cuales están vigentes en las Constituciones de 192 países de la Comunidad Internacional. El Ecuador aprobó en 1948 esta Declaración de Principios. Cabe recalcar en lo pertinente que la declaración establece que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos dotados de razón y conciencia y todas las personas tienen todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna. El Ecuador es Parte en el Estatuto de Roma y ha ratificado en los últimos dos años, la gran mayoría de tratados internacionales de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas y del sistema interamericano, tales como: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y su Protocolo Facultativo; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, entre otros.

Los principales considerandos de las Declaraciones son la libertad, la justicia, la paz, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la sociedad. En cuanto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Asamblea General.

Proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por

---

<sup>46</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>. Consultado el 2 de Mayo de 2012.

medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos.<sup>47</sup>

Este instrumento internacional en el artículo 22 establece que:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.<sup>48</sup>

Es una obligación de los Estados brindar un mínimo de seguridad a las personas que habitan su territorio. El artículo 25 de esta normativa supranacional establece que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.<sup>49</sup>

### **1.2.2 Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Los derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico, el acceso al trabajo, la educación y a la cultura, de tal forma que asegure el desarrollo de los seres humanos y de los pueblos.

Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, a una vida adecuada que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

La máxima expresión de los derechos económicos, sociales y culturales en el mundo es el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este Pacto fue aprobado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entra en vigor el 3 de enero de 1976, luego de la ratificación

---

<sup>47</sup> <http://www.filosofia.org/cod/c1948dhu.htm>. Consultado miércoles 2 de Mayo de 2012.

<sup>48</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Consultado el 19 de Abril de 2012.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

de 10 países como establece el Pacto. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de dicho convenio, su puesta en vigor tuvo lugar a los tres meses de haberse depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión por parte de los Estados firmantes. Al finalizar 1990 lo habían ratificado o manifestado su adhesión noventa Estados de los casi doscientos miembros de dicha organización. El Pacto hace exigibles los derechos económicos, sociales y culturales; dentro de esos el derecho a la seguridad social, es así como el artículo 9 establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

El Protocolo de San Salvador, adicional a la iniciativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” fue adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" quisieron reafirmar su propósito de consolidar en el Continente un régimen de libertad personal, de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, establecen en el artículo 9, del derecho a la Seguridad Social que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.<sup>50</sup>

El día 26 de marzo de 1993 el Ecuador ratificó su adhesión al Protocolo.

En una ceremonia celebrada en la sede central de la Organización de Estados Americanos (OEA), el representante permanente de Ecuador, Blasco Peñaherrera, hizo entrega al Secretario General del organismo, Joao Baena Soares, del instrumento por el que su país se convierte en el tercer ratificante de ese Protocolo. El diplomático ecuatoriano declaró que su país adoptará pronto el Protocolo como ley de la República, dado "el convencimiento del Gobierno del presidente Sixto Durán Ballén

---

<sup>50</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Consultado el 19 de Abril de 2012.

respecto a la primacía absoluta de los derechos del individuo y de las garantías constitucionales e internacionales que precautelan esos derechos".<sup>51</sup>

El Ecuador también ha ratificado un protocolo facultativo de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, en base a un informe presentado por la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Nacional con 102 votos de asambleístas se aprobó este protocolo. Convirtiéndose en uno de los 10 países pioneros en el reconocimientos de este Pacto según Fernando Bustamante<sup>52</sup>. Con esto el país se comprometió a observar, promover y aplicar los derechos contenidos en este instrumento internacional. El Convenio es muy importante ya que faculta a la concreción material de los derechos por medio de acciones judiciales.

Los Estados tienen la obligación de cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales. Hablando en sede jurídica, desde lo positivo emerge la Constitución Política del Ecuador que consagra los derechos económicos, sociales y culturales en el Capítulo IV del Título III, Arts. 30 al 82, cuando en once secciones trata sobre la propiedad, el trabajo, la familia, la salud, los grupos vulnerables, la seguridad social, la cultura, la educación, la ciencia y tecnología; la comunicación y los deportes.<sup>53</sup>

### **1.2.3 Eliminación de todas las formas de discriminación**

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965 y entra en vigor el 4 de enero de 1969. Se basa en la Carta de las Naciones Unidas, en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos. El artículo 5 de la Convención establece que de:

Conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a

---

<sup>51</sup> <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/ecuador-ratifico-protocolo-de-derechos-humanos-43365.html>. Consultado el 6 de Mayo de 2012.

<sup>52</sup> [http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/asamblea\\_aprobo\\_protocolo\\_facultativo\\_del\\_pacto\\_internacional\\_de\\_derechos\\_economicos--124015](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/asamblea_aprobo_protocolo_facultativo_del_pacto_internacional_de_derechos_economicos--124015)[http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/asamblea\\_aprobo\\_protocolo\\_facultativo\\_del\\_pacto\\_internacional\\_de\\_derechos\\_economicos--124015](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/asamblea_aprobo_protocolo_facultativo_del_pacto_internacional_de_derechos_economicos--124015). Consultado el 2 de mayo de 2012.

<sup>53</sup> Montaña Galarza, César. <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf1/montano%20cesar.pdf>. Consultado el 3 de mayo de 2012.

la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

- e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:
  - i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;
  - iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.<sup>54</sup>

El Ecuador ratifica el presente Convenio el 22 de septiembre de 1966. La Convención es uno de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, es otro importante instrumento internacional que fue firmado, aprobado y adherido por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entra en vigor el 3 de septiembre de 1981. Existen numerosas convenciones internacionales bajo el auspicio de las Naciones Unidas y de los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, que en su parte medular recuerdan que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana. “Esta convención compromete a los Estados parte a defender y respetar los derechos de las mujeres”<sup>55</sup>. El artículo 11 establece que:

Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas.<sup>56</sup>

El artículo 14 establece que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de

---

<sup>54</sup> <http://www2.ohchr.org/spanish/law/>.

<sup>55</sup> [http://www.unifem.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=51:la-convencion-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer-cedawq&catid=11:derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales & Itemid=53](http://www.unifem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=51:la-convencion-sobre-la-eliminacion-de-todas-las-formas-de-discriminacion-contra-la-mujer-cedawq&catid=11:derechos-economicos-sociales-culturales-y-ambientales&Itemid=53).

<sup>56</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreaties.pdf>.

igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social.<sup>57</sup>

El Ecuador forma parte de los tratados de promoción y protección de los derechos humanos, entre ellos la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, ya citado. Se ratifica dicha Convención el 9 de noviembre de 1981.

La situación de la mujer en el Ecuador ha sufrido profundas transformaciones en el último siglo. A los movimientos iniciales a favor del reconocimiento de sus derechos civiles y políticos se suman ahora las voces por la igualdad de oportunidades y el pleno ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales. Uno de los principios permanentes de la política exterior del Ecuador es el respeto y promoción de los derechos humanos.<sup>58</sup>

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobado por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entra en vigor el 2 de septiembre de 1990. Para las Naciones Unidas y el mundo en general la familia es el fundamento de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de la sociedad. “Los niños en particular debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”<sup>59</sup>. El artículo 26 de la Convención establece que “los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional”. En este ámbito el Ecuador es realmente pionero y vanguardista, “fue el primer país en América Latina y el tercero en el mundo en suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1990”<sup>60</sup>. El artículo 31 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que “los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la seguridad social. Este derecho consiste en el acceso efectivo a las prestaciones y beneficios generales del sistema, de conformidad con la ley”<sup>61</sup>.

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989 y aprobado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> [http://www.mmrree.gob.ec/pol\\_exterior/social\\_mujer.asp](http://www.mmrree.gob.ec/pol_exterior/social_mujer.asp). Consultado 3 de mayo de 2012.

<sup>59</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>. Consultado 3 de mayo de 2012.

<sup>60</sup> [http://www.mmrree.gob.ec/pol\\_exterior/social\\_infancia.asp](http://www.mmrree.gob.ec/pol_exterior/social_infancia.asp). Consultado 3 de mayo de 2012.

<sup>61</sup> Código de la niñez y adolescencia. Artículo 31. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003.

Internacional del Trabajo entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991 y en artículo 24 establece que “los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna”<sup>62</sup>. El Ecuador lo ratificó y firmó en el año 1998.

La discriminación de grupos o personas al acceso a la seguridad social lleva consigo una sociedad no igualitaria y no fraterna, en la cual el individuo se encuentra expuesto a padecer contingencias imposibles de afrontar sin un seguro, sin la ayuda del Estado. Mientras no estén todos los ciudadanos de un país asegurados en lo básico al menos, la sociedad no será justa y equitativa con todos. Si las personas no tienen la seguridad real y el acceso práctico y serio a la seguridad social en un país no podrá ejercer el derecho de manera efectiva. Los Estados se han encargado históricamente de proteger a sus ciudadanos sin que ellos puedan hacer un goce real de sus derechos, mediante leyes líricas y garantistas que al final del día y en la práctica diaria no se cumplen o no existe la capacidad real (infraestructura, recursos, etc.) para que se cumpla. Es preferible que un Estado no oferte si no puede cumplir.

#### **1.2.4 Ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social**

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969 establece y promulga medidas legislativas y reglamentarias encaminadas a poner en práctica un amplio sistema de planes de seguridad social y servicios de asistencia social, y a mejorar y coordinar los servicios existentes, la misma que fue ratificada por el Ecuador.

El mundo debe tomar en cuenta el crecimiento de las interconexiones entre los mercados financieros, de productos y de trabajo mundiales los cuales plantean nuevos problemas con respecto al mantenimiento o la mejora de la justicia social y de la seguridad social.

En un mundo en el que las crisis financieras y económicas que se producen en una región se propagan con mucha facilidad a las demás y sus efectos contagian

---

<sup>62</sup> <http://www.cidh.org/indigenas/indigenas.sp.01/articulo.XII.htm>. Consultado 3 de mayo de 2012.



rápidamente a los mercados de trabajo y el bienestar social, la capacidad de las personas para hacer frente por sí solas a los riesgos económicos es menos eficaz que en tiempos pasados.<sup>63</sup>

La importancia de la seguridad social para el bienestar de los trabajadores, las familias y las comunidades debe ser parte integrante del mandato de todo gobierno.

Los sistemas de seguridad social son una necesidad económica. En 2007, la Conferencia Internacional del Trabajo declaró que “un modelo de seguridad social universal sostenible basado en los impuestos o cualquier otro modelo nacional [...] es fundamental para mejorar la productividad y propiciar las transiciones a la economía formal”<sup>64</sup>. La función de los sistemas de seguridad social es vital en el desarrollo económico y en la facilitación del cambio estructural y la gestión de las crisis, además para la justicia social y una globalización equitativa. Lo que el mundo debe intentar es crear capital humano eficiente, eficaz pero con una calidad de vida digna, para aumentar la productividad laboral y en definitiva, propiciar la sostenibilidad del crecimiento económico. Es indudable que:

Una de las enseñanzas extraídas del desarrollo económico y social de los países industrializados a lo largo del siglo pasado es que las instituciones de la seguridad social y del mercado de trabajo forman parte de la trama institucional de las economías de mercado exitosas. Dichas instituciones reducen las incertidumbres y, por tanto, disminuyen los costos que conllevan los necesarios procesos de ajuste económico y de los mercados de trabajo.<sup>65</sup>

Lo que se debe encontrar como sociedad es un equilibrio, el cual debe ser producto de una combinación de las políticas macroeconómica, de empleo, del mercado de trabajo y de la seguridad social encaminada a lograr un empleo pleno y productivo, y a ofrecer protección contra las contingencias habituales (enfermedades, el desempleo, la invalidez y la vejez).

Los estudios en este sentido indican que muchos países han logrado mantener regímenes de seguridad social de gran calidad y obtener, al mismo tiempo, buenos resultados en términos de crecimiento económico. Este análisis, sin embargo, implica algo más: en efecto, los países no sólo pueden compaginar la búsqueda de buenos resultados macroeconómicos con la puesta en práctica de modelos sociales sostenibles, sino que forzosamente tienen que poner en marcha dispositivos sociales adecuados, ya que sin ellos no podrán neutralizarse las consecuencias adversas de las

---

<sup>63</sup> OIT. *Conservación de los Derechos en materia de Seguridad Social*. Informe V a la 69ª. Reunión (1983) de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1983.

<sup>64</sup> OIT. *Conservación de los Derechos en materia de Seguridad Social*. Informe V a la 69ª. Reunión (1983) de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1983

<sup>65</sup> *Ibíd.*

políticas de libre mercado, lo que a largo plazo podría comprometer el éxito de estas políticas.<sup>66</sup>

Los programas de Seguridad Social, si están bien diseñados, tienen un efecto directo en la reducción de la pobreza. Además indirectamente reducen o impiden la exclusión social; empoderan a las mujeres y los hombres para sortear los factores limitantes que con frecuencia impiden el desarrollo de las pequeñas empresas o las empresas individuales; y, lo más importante, contribuyen a mejorar el capital humano y a dar apoyo a una mano de obra saludable e instruida. En los últimos años se ha emprendido un número creciente de iniciativas en los países en desarrollo. Con diversos modelos, públicos, privados, semiprivados, etc.

La seguridad social sin duda es un derecho y una necesidad que garantiza la justicia social y una globalización equitativa, se ha comprobado que mejora las “tasas de escolarización de las niños, lo que a su vez conduce a un incremento de la productividad laboral y a una tasa más alta de crecimiento del PIB”<sup>67</sup>, crecimiento económico. Es un derecho humano al que deberían tener acceso todos los miembros de una sociedad, así como un requisito previo para el logro de la cohesión y la justicia sociales. Además, es una herramienta poderosa para reducir la pobreza y la desigualdad.

En casi todos los países existe algún nivel o tipo de protección de la seguridad social, aunque solo en una minoría se otorga protección en todas las ramas. En muchos países, la cobertura se limita a unas cuantas ramas, y solo una minoría de la población tiene, de hecho y de derecho, acceso a los regímenes existentes; vejez, salud, seguro por desempleo, etc. El grave problema es que la cobertura se limita a los trabajadores de una economía formal de reducidas dimensiones, o solo a una parte de ella y no a todos los trabajadores.

A nivel mundial sólo una de cada cinco personas cuenta con una cobertura adecuada de seguridad social. “Sólo el 20 por ciento de la población mundial tiene una cobertura adecuada en materia de seguridad social mientras que más de la mitad no dispone de ninguna forma de protección social”<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> <http://www.camaradediputados.gov.do/masterlex/MLX/docs/2F/1B0/1B1/1C5/1F4/1F6.pdf>. Consultado el 2 de Mayo de 2012.

<sup>68</sup> OIT, La Seguridad Social. [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf). Consultado el 2 de Mayo de 2012.

En el Ecuador la Seguridad Social es un derecho que tienen todos los ecuatorianos por el simple hecho de serlo y los extranjeros residentes. En el país el número de afiliados al Seguro General Obligatorio al mes de diciembre del 2011 era de 2`275.320. Las provincias que registran mayor porcentaje de representación en la afiliación al Seguro General Obligatorio en el mes de diciembre del 2011 corresponden a: Pichincha con el 36,319%, Guayas con el 26,32%, Azuay con el 5,48%, Manabí con el 5,33% y El Oro con el 3,25%. En el mes de enero entre los años 2010, 2011 y 2012 el número de afiliaciones al IESS se incrementa en 8.94% y 11,23 respectivamente, es decir en 186.814 y 225.081 afiliados, respectivamente. Lo que demuestra que el país avanza en este sentido. El número de afiliados al sector privado es de 1678.938, para el sector público es de 491.171 afiliados y voluntarios es de 36.833 afiliados en el mes de noviembre del 2011. Tomando en cuenta que la población del país es de 14 y medio millones de habitantes, el número de afiliados al Seguro Social Obligatorio aún no es satisfactorio.<sup>69</sup>

La constitución progresista, garantista, de orientación neo-constitucionalista que el Ecuador tiene hoy en día establece que el Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social. El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población, estas contingencias se hacen efectivas a través del seguro universal obligatorio (IESS) y de sus regímenes especiales (ISSFA, ISSPOL).

### **1.2.5 El neo constitucionalismo y la Seguridad Social**

El Neo Constitucionalismo es una tendencia jurídica que establece, que se “deben delimitar estrictamente los poderes estatales y proteger con claridad los derechos fundamentales”<sup>70</sup>. El Neo Constitucionalismo dice este autor, “eleva a la categoría de normas o leyes escritas a una serie de derechos considerados como naturales o consustanciales a la dignidad de la condición humana”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Ministerio de Relaciones Laborales. *Dirección de Seguimiento y Control a la Afiliación al IESS*.

<sup>70</sup> <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-opinion/970-neoconstitucionalismo/>. Consultado el 5 de Mayo de 2012.

<sup>71</sup> *Ibíd.*

Según Prieto “el Neo-Constitucionalismo o el Constitucionalismo Contemporáneo es la forma como hoy se alude a los distintos aspectos que caracterizan a nuestra cultura jurídica”<sup>72</sup>, este concepto es común entre muchos juristas y filósofos del derecho.

El Neo-Constitucionalismo surge de la integración de dos clásicos modelos constitucionales, el modelo norteamericano y el modelo europeo. En el modelo norteamericano la Constitución, constituye la regla de juego de la competencia social y política, como pactos mínimos para que en un contexto de igualdad los individuos desarrollen sus planes de vida dentro del marco de un Estado neutral. En el modelo Europeo la Constitución es nítidamente un proyecto político de transformación social y política, afirmando valores como el de la libertad y sobre todo el de la democracia.

Prieto, destaca a su vez cinco características que definirían lo que significa hoy el Neo-Constitucionalismo, a saber, el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el Constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho<sup>73</sup>. El Neo-Constitucionalismo

Sin ánimo de agotar la discusión ni de elaborar un concepto acabado, no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del Derecho y del Estado. El Derecho se construye ya no a partir de la ley, de la propiedad, del mercado, de la autonomía de la voluntad, del derecho subjetivo, del estado, de orden público, de los principios generales, de la civilización, del progreso; sino que debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos.<sup>74</sup>

La Constitución de la República del Ecuador vigente, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, en su Artículo 3, garantiza sin discriminación alguna, el efectivo goce del derecho a la seguridad social para sus habitantes. A su vez, en el artículo 34, consagra que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, será deber y responsabilidad primordial del Estado. Se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad,

---

<sup>72</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

<sup>73</sup> Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 101.

<sup>74</sup> Ávila Santamaría, Ramiro. *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*.

equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. En Ecuador el Estado está asumiendo un papel de garante de los derechos de las y los trabajadores, esto se establece en el Art. 333 que expresa: “la protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley”<sup>75</sup> por ejemplo.

El Neo Constitucionalismo desde nuestra manera de entender plantea que la misión más delicada del Estado es tutelar por la justicia y derechos de los ciudadanos, esto queda plasmado en la Constitución en el hecho que el ejercicio de la Seguridad Social en el Ecuador es un derecho, que no puede ser restringido ni limitado. La Seguridad Social es entendida y aceptada por nuestra Constitución como un derecho que le asiste a toda persona de acceder, por lo menos, a una protección básica para satisfacer sus estados de necesidad.

El Estado ecuatoriano tiene no solo la tarea sino la obligación de ejecutar políticas sociales que garanticen y aseguren el bienestar de los ciudadanos en determinados marcos como el de la sanidad, la educación y en general todo el espectro posible de seguridad social. Los habitantes del país, tienen el derecho a salud pública, subsidio al desempleo, planes de pensiones y jubilaciones y otras medidas que sirven para asegurar unos niveles mínimos de dignidad de vida, del “SumakCausae”, a todos los ciudadanos e intentar corregir los desequilibrios de riqueza y oportunidades.

Como mencionamos anteriormente y lo haremos a profundidad en el capítulo siguiente el derecho a la Seguridad Social data de 1906, con la concesión de cédulas de invalidez, de retiro y letras de montepío, hasta la constitución actual de 2008 en la cual es un derecho intrínseco de todos los habitantes como varias veces lo hemos mencionado en este trabajo considerando que el Estado tiene la obligación de proteger, corregir y brindar a los ciudadanos sistemas adecuados de protección social.

La Seguridad Social se constituye bajo nuestra Constitución como un Supra-Valor. Se garantiza el sistema, la protección de la colectividad sobre el individuo particular. El

---

<sup>75</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 333. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

derecho efectivo a la Seguridad Social se establece así como se dijo anteriormente, en el Art. 3 de la Constitución que garantiza sin discriminación alguna, el efectivo goce del derecho a la seguridad social para sus habitantes; y, el Art. 34 que consagra que el derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas, por lo que se considera un deber y responsabilidad primordial del Estado. Esta responsabilidad del Estado se sustenta con la Ley de Seguridad Social de 30 de noviembre del 2001 publicada en Registro Oficial N° 465 que contiene 308 artículos, 23 disposiciones transitorias, una disposición especial única, una disposición general, la cual analizaremos profundamente en los siguientes capítulos.

Los Derechos Humanos y su reconocimiento son un hecho en la mayoría de países del mundo, sin duda el Ecuador ha tenido una participación activa en este ámbito. Los derechos económicos, sociales y culturales son reconocidos por el Ecuador y su Constitución, derechos que se encuentran garantizados de forma literal en la misma. El Ecuador reconociendo estos derechos y específicamente el Derecho a la Seguridad Social desde 1906 comienza a plantear y ejecutar algunos conceptos importantes. Crea varias instituciones para brindar el derecho a la Seguridad, hasta la actualidad en la cual tenemos un Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social- IESS, activo y presente para el reconocimiento de los derechos que tenemos para acceder a la Seguridad Social.

La Seguridad Social como concepto y su brazo ejecutor, ahora llamado IESS, ha tenido como analizamos varias etapas dentro del acontecer nacional. Cambios legales y poco a poco ha ido incorporando los derechos humanos reconocidos a nivel mundial. Actualmente ha tomado mucha importancia y relevancia en el acontecer nacional el IESS con la prestación de servicios de salud, jubilación y créditos hipotecarios, sin embargo siempre las instituciones y lógicamente sus leyes son perfectibles. Si consideramos que la expedición de la Ley de Seguridad Social en el Ecuador es anterior a la Constitución de la República vigente, es natural encontrar discordancias.

## CAPÍTULO II

### 2 EJERCICIO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR

Como se advirtió previamente el origen del sistema del Seguro Social se encuentra en la constitución de 1906 en el Ecuador y ha ido sufriendo una serie de evoluciones y cambios importantes. En 1929 se establece como garantía fundamental la protección de los derechos del trabajador y el establecimiento de seguros sociales. En 1945 se califica a la previsión y asistencia social como servicio ineludible del Estado determinando fines, organización, derechos, prestaciones y financiamiento del seguro social. En 1967 se estableció como un derecho inalienable de los habitantes la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, maternidad y otras eventualidades. En 1968 con el Código de Seguridad Social se establece “el bien común sobre la base de la solidaridad, la universalidad y la obligatoriedad”<sup>76</sup>. En la Constitución de 1998 se incorpora concepciones universales de protección social, vinculadas a la seguridad social como un deber del Estado que se lo prestará con la participación de los sectores público y privado; estableciendo que el sistema nacional de seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

La Constitución de la República del Ecuador vigente, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, en su artículo 3 como se ha dicho, garantiza sin discriminación alguna, el efectivo goce del derecho a la seguridad social para sus habitantes. En el Artículo 34, se consagra que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, será deber y responsabilidad primordial del Estado. Se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El primer inciso del Artículo 367 del mismo cuerpo legal, prescribe que el sistema de seguridad social es público y universal, no privatizable y dirigido a la protección de las contingencias de la población,

---

<sup>76</sup> IESS. <http://www.iess.gob.ec/site.php?content=68-historia>. Consultado 21 de Julio de 2012.

mediante el establecimiento del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. Por norma constitucional el ejercicio del derecho a la Seguridad Social es directo. En este punto vale recordar que el artículo 11 de la Constitución establece que:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

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

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. 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.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.



Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.

Jurisprudencia del 11 de Julio de 2002, Gaceta Judicial 11 Serie 17, establece que las normas de la Constitución y de la Declaración de los Derechos Humanos: 1. Garantizan la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; 2. Que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento, así como el acceso a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión; 3. El valor que debe darse a los tratados y convenios internacionales y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantizan el derecho a la seguridad 4. La supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico así como la obligación de los jueces y tribunales de respetarla.

Igualmente la Constitución manifiesta que: “las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por la ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora y estarán exentas de impuesto”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

La institución encargada y la principal según la Constitución de prestar el derecho a la seguridad social es el IESS que:

Es una entidad, cuya organización y funcionamiento se fundamenta en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia. Se encarga de aplicar el sistema del Seguro General Obligatorio que forma parte del sistema nacional de Seguridad Social.<sup>78</sup>

La visión del IESS se establece de la siguiente manera:

Se encuentra en una etapa de transformación, el plan estratégico que se está aplicando, sustentado en la ley de Seguridad Social vigente, convertirá a esta institución en una aseguradora moderna, técnica, con personal capacitado que atenderá con eficiencia, oportunidad y amabilidad a toda persona que solicite los servicios y prestaciones que ofrece.<sup>79</sup>

Y por último la misión es:

Proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, invalidez, vejez y muerte, en los términos que consagra la Ley de Seguridad Social.<sup>80</sup>

En el Ecuador el derecho a la Seguridad Social es irrenunciable según los Artículos 34 de la Constitución y 4 del Código del Trabajo. Todos los afiliados tienen derecho al seguro de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, cesantía, muerte y riesgos del trabajo, en las mismas condiciones que se otorga para el seguro general. Los trabajadores cotizan un total del 20,50% del salario o sueldo, correspondiendo al patrono el 11,15% y al trabajador el 9,35% en el sector privado, en el sector público cotizan el 20,50% del salario o sueldo, correspondiendo al Estado el 9,15% y al trabajador 11,35%. Existen otros regímenes especiales que a continuación se detallan:

---

<sup>78</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>79</sup> IESS. <http://www.iess.gob.ec/site.php?content=292-quienes-somos>. Consultado 3 de Julio de 2012.

<sup>80</sup> *Ibíd.*

TASAS APORTACIONES (RESOLUCIÓN CD. 261 DE 2009-05-26)

| TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO BAJO RELACIÓN DE DEPENDENCIA, ASÍ COMO DE LOS MIEMBROS DEL CLERO SECULAR |             |              |              |
|--|-------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO   | PERSONAL    | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE  | 6.64        | 3.10         | 9.74         |
| S. SALUD   | 0.00        | 5.71         | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO   | 0.00        | 0.55         | 0.55         |
| S. CESANTIA  | 2.00        | 1.00         | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO  | 0.35        | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN  | 0.36        | 0.44         | 0.80         |
| <b>TOTAL APORTES</b>   | <b>9.35</b> | <b>11.15</b> | <b>20.50</b> |

| MAGISTERIO NACIONAL. MAESTROS FISCALES Y DE BIENESTAR SOCIAL |              |              |              |
|--|--------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO   | PERSONAL     | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE                                  | 8.64         | 1.10         | 9.74         |
| S. SALUD   | 0.00         | 5.71         | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO                                       | 0.00         | 0.55         | 0.55         |
| S. CESANTIA  | 2.00         | 1.00         | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO  | 0.35         | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN  | 0.36         | 0.44         | 0.80         |
| S. ADICIONAL MAGISTERIO                                      | 5.00         | 5.00         | 10.00        |
| <b>TOTAL APORTES</b>   | <b>16.35</b> | <b>14.15</b> | <b>30.50</b> |

| EMPLEADOS BANCARIOS, MUNICIPALES, AUTONOMOS, NOTARIOS, REGISTRADORES DE PROPIEDAD Y MERCANTILES |              |              |              |
|---|--------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO  | PERSONAL     | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE   | 8.64         | 3.10         | 11.74        |
| S. SALUD  | 0.00         | 5.71         | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO  | 0.00         | 0.55         | 0.55         |
| S. CESANTIA   | 2.00         | 1.00         | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO   | 0.35         | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN   | 0.36         | 0.44         | 0.80         |
| <b>TOTAL APORTES</b>  | <b>11.35</b> | <b>11.15</b> | <b>22.50</b> |

| TRABAJADORES CON SEGURO ADICIONAL DE GRÁFICOS, COORTADORES DE CAÑA PERMANENTES DESDE 2006-12-01 |              |              |              |
|---|--------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO  | PERSONAL     | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE   | 8.64         | 1.10         | 9.74         |
| S. SALUD  | 0.00         | 5.71         | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO  | 0.00         | 0.55         | 0.55         |
| S. CESANTIA   | 2.00         | 1.00         | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO   | 0.35         | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN   | 0.36         | 0.44         | 0.80         |
| S. ADICIONAL GRÁFICOS   | 2.00         | 6.00         | 8.00         |
| <b>TOTAL APORTES</b>  | <b>13.35</b> | <b>15.15</b> | <b>28.50</b> |

| SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUIDOS LOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL QUE PERCIBEN REMUNERACIÓN VARIABLE COMO ARANCEL |              |             |              |
|---|--------------|-------------|--------------|
| CONCEPTO  | PERSONAL     | PATRONAL    | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE   | 8.64         | 1.10        | 9.74         |
| S. SALUD  | 0.00         | 5.71        | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO  | 0.00         | 0.55        | 0.55         |
| S. CESANTIA   | 2.00         | 1.00        | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO   | 0.35         | 0.35        | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN   | 0.36         | 0.44        | 0.80         |
| <b>TOTAL APORTES</b>  | <b>11.35</b> | <b>9.15</b> | <b>20.50</b> |

| CORTADORES DE CAÑA TEMPORALES DESDE 2006-12-01 |              |              |              |
|--|--------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO                                       | PERSONAL     | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE                    | 8.64         | 1.10         | 9.74         |
| S. SALUD                                       | 0.00         | 5.71         | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO                         | 0.00         | 0.55         | 0.55         |
| S. CESANTIA                                    | 2.00         | 1.00         | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO                            | 0.35         | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN                          | 0.36         | 0.44         | 0.80         |
| S. ADICIONAL GRÁFICOS                          | 4.00         | 12.00        | 16.00        |
| <b>TOTAL APORTES</b>                           | <b>15.35</b> | <b>21.15</b> | <b>36.50</b> |

| FUNCIONARIOS DEL SERVICIO EXTERIOR RESIDENTES EN EL EXTRAJERO |             |             |              |
|---|-------------|-------------|--------------|
| CONCEPTO  | PERSONAL    | PATRONAL    | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE                                   | 6.64        | 3.10        | 9.74         |
| S. SALUD  | 0.00        | 3.71        | 3.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO  | 0.00        | 0.55        | 0.55         |
| S. CESANTIA   | 2.00        | 1.00        | 3.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO   | 0.35        | 0.35        | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN   | 0.36        | 0.44        | 0.80         |
| <b>TOTAL APORTES</b>  | <b>9.35</b> | <b>9.15</b> | <b>18.50</b> |

| TRABAJADORES AUTONOMOS, SIN RELACIÓN DE DEPENDENCIA, VOLUNTARIOS |  |              |
|--|--|--------------|
| CONCEPTO   |  | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE                                      |  | 9.74         |
| S. SALUD   |  | 5.71         |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO   |  | 0.55         |
| S. CESANTIA  |  | 0.70         |
| S. SOCIAL CAMPESINO  |  | 0.80         |
| <b>TOTAL APORTES</b>   |  | <b>17.50</b> |

| TRABAJADORES TEMPORALES. INDUSTRIA AZUCARERA |              |              |              |
|--|--------------|--------------|--------------|
| CONCEPTO                                     | PERSONAL     | PATRONAL     | TOTAL        |
| S. INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE                  | 12.34        | 3.87         | 16.21        |
| S. SALUD                                     | 0.00         | 10.42        | 10.42        |
| S. RIESGOS DEL TRABAJO                       | 0.00         | 1.01         | 1.01         |
| S. CESANTIA                                  | 4.00         | 2.00         | 6.00         |
| S. SOCIAL CAMPESINO                          | 0.35         | 0.35         | 0.70         |
| GASTOS ADMINISTRACIÓN                        | 0.36         | 1.00         | 1.36         |
| <b>TOTAL APORTES</b>                         | <b>17.05</b> | <b>18.65</b> | <b>35.70</b> |

El IESS de acuerdo con la Ley de Seguro Social dividirá la administración de los seguros obligatorios en unidades básicas de negocios, según la naturaleza de los riesgos y el proceso de entrega de las prestaciones. Los órganos de Gobierno y dirección superior del IESS, responsables de la aplicación del Seguro General Obligatorio en el territorio nacional son:

- a. El Consejo Directivo (3 miembros)
- b. La Dirección General; y,
- c. La Dirección Provincial.

Y, sus direcciones especializadas son los órganos de gestión, especializados en el aseguramiento de las contingencias y la calificación del derecho a las prestaciones que otorga el Seguro General Obligatorio, con los grados de autonomía operativa:

- a. La Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar;
- b. La Dirección del Sistema de Pensiones;
- c. La Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo; y,
- d. La Dirección del Seguro Social Campesino.

El órgano máximo de Gobierno como ya se dijo es el Consejo Directivo, es:

El responsable de las políticas para la aplicación del Seguro General Obligatorio. Tiene por misión la expedición de las normativas de organización y funcionamiento de los seguros generales administrados por el IESS, el planeamiento estratégico del ahorro previsional, la regulación y supervisión de las direcciones de los seguros generales y especiales aplicados por el IESS, y la fiscalización de los actos de la administración del IESS.<sup>81</sup>

Este Consejo Directivo tiene a su cargo:

- a. La aprobación de las políticas y los programas de aplicación del Seguro General Obligatorio;
- b. La regulación administrativa para la prestación del Seguro General Obligatorio;
- c. La expedición de las normas técnicas y resoluciones de cumplimiento obligatorio por las demás autoridades del IESS; entre otras.<sup>82</sup>

El Consejo Directivo está integrado tripartita y paritariamente por un representante de los asegurados, uno de los empleadores y uno de la Función Ejecutiva, quien lo presidirá. El representante de los asegurados y su alterno son designados conjuntamente por las Centrales Sindicales; el representante de la Función Ejecutiva es designado por el Presidente de la República; y el representante de los empleadores es designado por las Cámaras de Comercio.

El órgano de reclamación administrativa es el responsable de la aprobación o denegación de los reclamos de prestaciones planteados por los asegurados:

---

<sup>81</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

- **La Comisión Nacional de Apelaciones:** conocerá y resolverá las apelaciones sobre las resoluciones administrativas relativas a los derechos de los asegurados y las obligaciones de los empleadores. Dentro de sus atribuciones y deberes está conocer y resolver, en segunda y definitiva instancia, las apelaciones de las resoluciones administrativas de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias sobre derechos de los asegurados y obligaciones de los empleadores. **De los actos y hechos inherentes a la atención médica a los asegurados, sólo serán apelables las resoluciones relativas a las prestaciones en dinero.** Las apelaciones se presentarán dentro del término de ocho (8) días, a contarse desde el siguiente día hábil de la notificación de la resolución. Las resoluciones de la Comisión Nacional de Apelaciones no serán susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa y deberán expedirse obligatoriamente dentro del plazo máximo de noventa (90) días contados a partir de la fecha de proposición del recurso. En caso contrario, se tendrá por aceptado el reclamo del apelante bajo la responsabilidad personal indemnizatoria de los miembros de la Comisión. Se integrará con tres profesionales del derecho de reconocida solvencia y quince años de experiencia profesional, la designación será por resolución unánime del Consejo Directivo.<sup>83</sup>
- **La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias:** tiene como jurisdicción administrativa las provincias y se encuentra en cada sede de cada Dirección Provincial. Resolverá en primera instancia sobre:
  - a. Las reclamaciones y quejas de los asegurados o sus derecho habientes en materia de denegación de prestaciones en dinero; y,
  - b. Las reclamaciones y quejas de los empleadores en materia de sus derechos y obligaciones.

La Comisión dictaminará sobre los demás asuntos que le fueren consultados, con Sujeción a la Ley de Seguridad Social. Se integrará con tres profesionales del derecho de reconocida solvencia y diez años de experiencia profesional. Su designación se hará por acto administrativo del Director Provincial. El

---

<sup>83</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

Reglamento Interno del IESS determinará los criterios de selección, los procedimientos para su nominación, y las causales de su remoción.<sup>84</sup>

La Constitución y la Ley, establecen derechos de los trabajadores y también órganos de control de estos derechos y apelaciones. Como se aprecia el Ecuador tiene un modelo de Seguridad Social establecido, con órganos de apelación cuando los afiliados no se encuentran de acuerdo con una decisión.

## 2.1 El derecho de los trabajadores a la Seguridad Social

La Seguridad Social forma parte de la política social del Estado. La Constitución garantiza derechos considerados fundamentales “para el buen vivir y para darle practicidad a la política de inclusión”<sup>85</sup>. La Constitución actual del Ecuador fue redactada entre el 30 de noviembre de 2007 al 24 de julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi -Manabí. Para su aprobación fue sometida a referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008.

La Constitución Política del Ecuador es una muy avanzada en relación con otras de los países latinoamericanos en los que respecta a Seguridad Social. Reconoce a ésta última como un derecho de los ciudadanos y un deber primordial del Estado, en el artículo 3 de la Carta Magna se establece que el Estado debe “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, **la seguridad social** y el agua para sus habitantes”<sup>86</sup>.

Se establece además, en el artículo 34 del mismo cuerpo legal que:

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 efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que

---

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>85</sup> Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>86</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.<sup>87</sup>

El Artículo 66 de la Constitución establece que el Estado reconoce y garantizará a las personas “el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, **seguridad social** y otros servicios sociales necesarios”<sup>88</sup>.

El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre “las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda”<sup>89</sup>, según el artículo 261. Se establece mediante el artículo 367 que:

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 subsidiaridad.<sup>90</sup>

El Artículo 368 establece que “el sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia”<sup>91</sup>. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social. Muy importante para nuestro análisis es el artículo 369 el cual establece que el:

Seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se

---

<sup>87</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 34. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>88</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 367. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.<sup>92</sup>

Según la Constitución “el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados”<sup>93</sup> según el artículo 370. El artículo 371 determina que:

Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado...las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.<sup>94</sup>

Bajo esta lógica es importante además analizar que el artículo 424 establece que:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.<sup>95</sup>

Este es un tema de tanta importancia y relevancia nacional que incluso existe en la Asamblea Nacional una comisión de los Derecho de los Trabajadores y la Seguridad Social. Esta comisión tiene como funciones:

2. Discutir, elaborar, y aprobar por mayoría absoluta los informes a los proyectos de ley previo a ser sometidos a conocimiento y aprobación del Pleno de la Asamblea Nacional, pudiendo reformarlos, ampliarlos, simplificarlos o cambiar la categoría de la ley; 3. Recibir, analizar, procesar y tramitar las peticiones de fiscalización y control político a las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos la información que considere necesaria.<sup>96</sup>

Y el artículo 426 dispone que:

Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos,

---

<sup>92</sup> *Ibíd.*

<sup>93</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento No. 642 de 27 de Julio de 2009.



aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. **Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.** No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.<sup>97</sup>

El 428 dispone que:

**Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.** Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.<sup>98</sup>

El 427 determina que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.<sup>99</sup>

Como se ha dicho anteriormente:

Todos los trabajadores tienen derecho a ser afiliados, de forma obligatoria, al IESS desde el primer día de trabajo. En el caso que el trabajador labore a tiempo parcial también debe ser afiliado. El salario base de aportación se establecerá según los días laborados por el trabajador. Este no podrá ser menor a la mitad de un salario básico unificado (132 USD).<sup>100</sup>

Ahora 146 USD. Así los afiliados “bajo la modalidad general tienen derecho a protección de salud, préstamos hipotecarios, retiro de fondos de cesantía (después de tres meses sin empleo) y fondos de reserva (cada tres años)”<sup>101</sup>.

El derecho a la seguridad social para los trabajadores en general no prescribe nunca.

Eso no ocurre en el caso de los afiliados voluntarios, quienes al dejar de aportar por seis meses pierden el acceso a los servicios de seguridad social. Estas personas

---

<sup>97</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

<sup>99</sup> *Ibíd.*

<sup>100</sup> [http://www.elcomercio.com/negocios/caminos-afiliarse-IESS\\_0\\_451154884.html](http://www.elcomercio.com/negocios/caminos-afiliarse-IESS_0_451154884.html). Redcción Negocios. Consultado el 4 de Julio de 2012.

<sup>101</sup> *Ibíd.*

podrán acceder a los servicios de salud hasta dos meses luego de haber perdido la afiliación. En el caso de querer gozar de los derechos deberán registrarse en el IESS nuevamente. Los trabajadores autónomos, sin relación de dependencia, profesionales y afiliados voluntarios no tienen derecho a fondos de reserva ni cesantía. Al no tener seguro de cesantía ni fondos de reserva no tienen garantía para un préstamo quirografario, pero sí para los créditos hipotecarios. Los hijos de los afiliados tienen derecho a la protección de salud desde los 0 hasta los 18 años. El afiliado que requiere atención para su hijo debe acreditar por lo menos tres meses de aportación continua, antes de acceder a la atención. Los afiliados tienen derecho a la jubilación. Pero podrán hacerlo siempre y cuando sobrepasen los 60 años de edad y 30 de aportaciones.<sup>102</sup>

Según el Código de Trabajo el empleador en Ecuador tiene la obligación de **afiliar a su trabajador a la Seguridad Social (IESS), a partir del primer día de trabajo, inclusive si es a prueba. Asumir el porcentaje (11,15%) que corresponde al empleador.** En el próximo capítulo analizaremos detenidamente las obligaciones del empleador y del empleado respectivamente.

El mundo jurídico internacional ha creado varios instrumentos internacionales para regular, controlar y establecer que los derechos a la seguridad social de las personas sea respetado y ejercido como pudimos apreciar en el Capítulo 1 de este trabajo.

## **2.2 Obligaciones del empleador y del trabajador**

Como se ha recalcado varias veces en capítulos anteriores los derechos del trabajador son irrenunciables y un derecho de segunda generación de todos los seres humanos. Tanto el empleador como los trabajadores tienen algunos derechos y obligaciones en el Ecuador que las enumeramos a continuación.

### **Derechos laborales del trabajador en Ecuador:**

- Afiliación a la Seguridad Social desde el primer día de trabajo.
- A percibir como mínimo el sueldo básico.
- A percibir horas extras y suplementarias, si las trabaja.
- A percibir los décimos tercero y cuarto en las fechas establecidas.

---

<sup>102</sup> [http://www.elcomercio.com/negocios/caminos-afiliarse-IESS\\_0\\_451154884.html](http://www.elcomercio.com/negocios/caminos-afiliarse-IESS_0_451154884.html). Redcción Negocios. Consultado el 4 de Julio de 2012.

- A percibir los Fondos de Reserva a partir del segundo año de trabajo.
- A un periodo de vacaciones laborales remuneradas.
- A recibir una compensación por el salario digno.
- A un periodo de licencia por paternidad.
- A un periodo de licencia por maternidad.
- Al subsidio por maternidad para la madre.
- Solicitar certificados relativos a su trabajo.
- A recibir un pago por concepto de utilidades.

**Obligaciones del trabajador:**

- Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;
- Restituir al empleador los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles de trabajo, no siendo responsable por el deterioro que origine el uso normal de esos objetos, ni del ocasionado por caso fortuito o fuerza mayor, ni del proveniente de mala calidad o defectuosa construcción;
- Trabajar, en casos de peligro o siniestro inminentes, por un tiempo mayor que el señalado para la jornada máxima y aún en los días de descanso, cuando peligren los intereses de sus compañeros o del empleador. En estos casos tendrá derecho al aumento de remuneración de acuerdo con la ley;
- Observar buena conducta durante el trabajo;
- Cumplir las disposiciones del reglamento interno expedido en forma legal;
- Dar aviso al empleador cuando por causa justa faltare al trabajo;
- Comunicar al empleador o a su representante los peligros de daños materiales que amenacen la vida o los intereses de empleadores o trabajadores;
- Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurra, directa o indirectamente, o de los que él tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecuta;

- Sujetarse a las medidas preventivas e higiénicas que impongan las autoridades; y,
- Todas las demás que el Código de Trabajo determine.

### **Obligaciones del empleador en Ecuador:**

- Celebrar un contrato de trabajo.
- Inscribir el contrato de trabajo en el Ministerio de Relaciones Laborales.
- Afiliar al trabajador al Instituto de Seguridad Social (IESS), a partir del primer día de trabajo (aunque sea a prueba). Asumir el porcentaje 11,15 por ciento que corresponde al empleador por el pago de Seguridad Social.
- Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra.
- Pagar al menos el sueldo básico que en este momento es de doscientos noventa y dos (292), o el salario que se fije las tablas sectoriales.
- Pagar horas extras y suplementarias cuando amerite.
- Pagar los décimos tercero y cuarto.
- A partir del segundo año de trabajo a pagar los Fondos de Reserva.
- A pagar una compensación por el salario digno.
- A pagar utilidades si la empresa tiene beneficios<sup>103</sup>.

Ahora, específicamente el Código de Trabajo en relación a la Seguridad social establece en el Capítulo IV de las obligaciones del empleador y del trabajador, artículo 42, que las:

Obligaciones del empleador son:

19. Pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cincuenta por ciento de su remuneración en caso de enfermedad no profesional, hasta por dos meses en cada año, previo certificado médico que acredite la imposibilidad para el trabajo o la necesidad de descanso;

31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince

---

<sup>103</sup> <http://www.ecuadorlegalonline.com/laboral/obligaciones-derechos-como-empleador-y-empleado/>. Consultado el 7 de Julio de 2012.

días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;

32. Las empresas empleadoras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social están obligadas a exhibir, en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes individuales y patronales y de descuentos, y las correspondientes al pago de fondo de reserva, debidamente selladas por el respectivo Departamento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los inspectores del trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tienen la obligación de controlar el cumplimiento de esta obligación; se concede, además, acción popular para denunciar el incumplimiento. **Las empresas empleadoras que no cumplieren con la obligación que establece este numeral serán sancionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con la multa de un salario mínimo vital, cada vez, concediéndoles el plazo máximo de diez días para este pago, vencido el cual procederá al cobro por la coactiva.**<sup>104</sup>

Es así que, el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas Internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas. Además:

Considerado un instrumento para la promoción del bienestar humano y el consenso social, que favorece la paz social y es indispensable para lograrla, y por lo tanto para mejorar el crecimiento equitativo, la estabilidad social y el desempeño económico, contribuyendo a la competitividad. Sólo 20 por ciento de la población mundial tiene una protección social adecuada, y más de la mitad no tiene ninguna cobertura.<sup>105</sup>

La Seguridad Social, es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado, por mandato Constitucional. Será nula toda estipulación en contrario, se rige bajo los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia. Todos los trabajadores tienen derecho a la Seguridad Social para efectos de aportación al IESS, es indiferente que el trabajo lo realice en forma autónoma, con relación de dependencia laboral o sin relación de dependencia laboral.

El afiliado al Seguro Social obligatorio “tiene derecho a las prestaciones que concede el IESS a través de los seguros especializados: salud, pensiones, riesgos del Trabajo y a préstamos, hipotecarios, quirografarios, prendarios”<sup>106</sup>. Además, fondo de cesantía, fondos de reserva. Las contingencias que se cubren son las de enfermedad,

---

<sup>104</sup> Código de Trabajo Codificado. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de Diciembre de 2005.

<sup>105</sup> <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm>. Consultado 7 de Junio de 2012.

<sup>106</sup> <http://www.iesg.gob.ec/site.php?content=1333-servicios-y-prestaciones>. Consultado 7 de Junio de 2012.

maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que define la ley. A continuación analizaremos a profundidad las prestaciones a las que el afiliado tiene derecho, como se ha visto este derecho es de orden constitucional y fundamental para el afiliado.

### **2.3 Prestaciones a las que el afiliado tiene derecho**

La Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011 establece que “el Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia”<sup>107</sup>.

La naturaleza jurídica del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) corresponde a “una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional” y su misión fundamental es “proteger a la población urbana y rural, con relación de dependencia laboral o sin ella, contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, discapacidad, cesantía, invalidez, vejez y muerte, en los términos que consagra esta Ley”<sup>108</sup>.

El artículo 2 establece,

Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular:

- a. El trabajador en relación de dependencia;
- b. El trabajador autónomo;
- c. El profesional en libre ejercicio;

---

<sup>107</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

- d. El administrador o patrono de un negocio;
- e. El dueño de una empresa unipersonal;
- f. El menor trabajador independiente; y,
- g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales.<sup>109</sup>

Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio se establece que:

- a. Es trabajador en relación de dependencia el empleado, obrero, servidor público, y toda persona que presta un servicio o ejecuta una obra, mediante un contrato de trabajo o un poder especial o en virtud de un nombramiento extendido legalmente, y percibe un sueldo o salario, cualquiera sea la naturaleza del servicio o la obra, el lugar de trabajo, la duración de la jornada laboral y el plazo del contrato o poder especial o nombramiento;
- b. Es trabajador autónomo toda persona que ejerce un oficio o ejecuta una obra o realiza regularmente una actividad económica, sin relación de dependencia, y percibe un ingreso en forma de honorarios, comisiones, participaciones, beneficios u otra retribución distinta al sueldo o salario;
- c. Es profesional en libre ejercicio toda persona con título universitario, politécnico o tecnológico que presta servicios a otras personas, sin relación de dependencia, por sí misma o en asociación con otras personas, y percibe un ingreso en forma de honorarios, participaciones u otra retribución distinta al sueldo o salario;
- d. Es administrador o patrono de un negocio toda persona que emplea a otros para que ejecuten una obra o presten un servicio, por cuenta suya o de un tercero;
- e. Es dueño de una empresa unipersonal, toda persona que establece una empresa o negocio de hecho, para prestar servicios o arriesgar capitales.<sup>110</sup>

Por otro lado el artículo 3 determina que el “Seguro General Obligatorio protegerá a sus afiliados obligados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual”<sup>111</sup>.

**a. Para enfermedad y maternidad:** el artículo 102 de la misma ley determina que el Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad. El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, y sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el

---

<sup>109</sup> Ley de Seguridad Social. Artículo 2. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> Ley de Seguridad Social. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. Las beneficiarias del seguro de maternidad recibirán atención de embarazo, parto y puerperio. Se accederá a las prestaciones de salud de este Seguro en condiciones de libre elección del prestador de servicios de salud, público o privado. El Art. 107 determina que:

Se causará derecho a las prestaciones de este Seguro cuando el afiliado o la afiliada hayan cumplido:

- a. Seis (6) imposiciones mensuales ininterrumpidas, para contingencia de enfermedad;
- b. Doce (12) imposiciones mensuales ininterrumpidas, anteriores al parto, para contingencia de maternidad; y,
- c. Seis (6) imposiciones mensuales ininterrumpidas, para el subsidio monetario de enfermedad.

El afiliado o la afiliada que dejaren de aportar, conservarán su derecho a las prestaciones de enfermedad o maternidad hasta dos (2) meses posteriores al cese de sus aportaciones.<sup>112</sup>

**b. Vejez, muerte, e invalidez, que incluye discapacidad:** La protección de la población afiliada contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte se cumplirá mediante un régimen mixto que combine las virtudes de la solidaridad intergeneracional y las ventajas del ahorro individual obligatorio.

El IESS continuará entregando las prestaciones de invalidez, vejez y muerte del sistema anterior, en la forma señalada en el Libro Segundo de esta Ley para el régimen de transición, para lo cual deberá constituir un patrimonio independiente, distinto del patrimonio de los demás seguros generales que administre, y formará las reservas técnicas que garanticen su equilibrio actuarial con las aportaciones obligatorias de los afiliados y empleadores y la contribución obligatoria del Estado.

En el régimen mixto, el IESS entregará las siguientes prestaciones por contingencias de invalidez, vejez y muerte:

- a. Pensión ordinaria de vejez;
- b. Pensión de vejez por edad avanzada;
- c. Pensión ordinaria de invalidez,
- d. Pensiones de viudez y orfandad;

---

<sup>112</sup> Ley de Seguridad Social. Artículo 102. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.



- e. Subsidio transitorio por incapacidad; y,
- f. Prestación asistencial no contributiva por vejez o invalidez.<sup>113</sup>

### **c. Riesgos del trabajo: El Seguro General de Riesgos del Trabajo...**

...protege al afiliado y al empleador mediante programas de prevención de los riesgos derivados del trabajo, y acciones de reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluida la rehabilitación física y mental y la reinserción laboral.- El Seguro General de Riesgos del Trabajo cubre toda lesión corporal y todo estado mórbido originado con ocasión o por consecuencia del trabajo que realiza el afiliado, incluidos los que se originen durante los desplazamientos entre su domicilio y lugar de trabajo. No están amparados los accidentes que se originen por dolo o imprudencia temeraria del afiliado, ni las enfermedades excluidas en el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo como causas de incapacidad para el trabajo.

La protección del Seguro General de Riesgos del Trabajo otorga derecho a las siguientes prestaciones básicas:

- a. Servicios de prevención;
- b. Servicios médico asistenciales, incluidos los servicios de prótesis y ortopedia;
- c. Subsidio por incapacidad, cuando el riesgo ocasione impedimento temporal para trabajar;
- d. Indemnización por pérdida de capacidad profesional, según la importancia de la lesión, cuando el riesgo ocasione incapacidad permanente parcial que no justifique el otorgamiento de una pensión de invalidez;
- e. Pensión de invalidez; y,
- f. Pensión de montepío, cuando el riesgo hubiese ocasionado el fallecimiento del afiliado.<sup>114</sup>

Por su parte, el patrono que:

En, cumplimiento de esta Ley, hubiere asegurado a los trabajadores al IESS y se hallen bajo su servicio, se les pagará el cien por ciento (100%) de su remuneración el primer mes, y si el período de recuperación fuera mayor a éste, quedará relevado del cumplimiento de las obligaciones que sobre la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales establece el Código del Trabajo. Pero si éstos se produjeran por culpa grave del patrono o de sus representantes, y diere lugar a indemnización según la legislación común, el Instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará en su favor hasta el monto calculado de las

---

<sup>113</sup> Ley de Seguridad Social. Artículo 102. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

<sup>114</sup> *Ibíd.*

prestaciones que hubiere otorgado por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo, si lo hubiere.<sup>115</sup>

#### **d. Cesantía: El Seguro General Obligatorio...**

...protegerá al afiliado en relación de dependencia contra la contingencia de cesantía:

- a. A los actuales trabajadores afiliados menores de cuarenta (40) años, los comprendidos entre cuarenta (40) y cuarenta y nueve (49) años que ejerciten la opción por el sistema mixto de pensiones y, los que ingresaren como afiliados al IESS a partir de la vigencia de esta Ley, mediante la contratación de una póliza de seguro colectivo, debidamente reasegurada, que se financiará con una fracción de los rendimientos de la inversión del fondo de reserva del trabajador, en los términos que señala esta Ley; y,
- b. A los trabajadores afiliados mayores de cuarenta (40) años que no ejerciten la opción por el sistema mixto de pensiones, y los mayores de cincuenta (50) años amparados por el régimen de transición, tendrán derecho a la prestación de cesantía en la forma que señalan los artículos 283 y 284 de esta Ley. En cuanto a los derechohabientes de este grupo de asegurados, se estará a lo dispuesto en el artículo 285 de esta misma Ley.<sup>116</sup>

Existe un régimen especial para los trabajadores de la construcción en el cual los “trabajadores de la construcción, permanentes, temporales, ocasionales o a prueba, serán afiliados obligatoriamente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y estarán protegidos por el Seguro General Obligatorio”<sup>117</sup>. El Art. 144 “establece que para efectos de este régimen, son trabajadores de la construcción, todas las personas que prestan sus servicios o ejecutan una obra directamente, en virtud de un contrato de trabajo, en la edificación de inmuebles”<sup>118</sup>.

Ahora bien, la jubilación puede ser de tres tipos según nuestra legislación y el IESS:

**a. Jubilación ordinaria de vejez:** Se acreditará derecho vitalicio a jubilación ordinaria de vejez cuando el afiliado haya cumplido sesenta (60) años de edad y un mínimo de trescientos sesenta (360) imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales sin límite de edad. A partir del año 2006, la edad mínima de retiro para la jubilación ordinaria de vejez, a excepción de la jubilación por tener cuatrocientas ochenta (480) imposiciones mensuales, no podrá ser inferior a sesenta (60) años en ningún caso; y, en ese mismo año se la podrá modificar de acuerdo a la expectativa de vida promedio de toda la población de esa edad, para que el período de duración de la pensión por jubilación ordinaria de vejez,

---

<sup>115</sup> *Ibíd.*

<sup>116</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> Ley de Seguridad Social. Artículo 140. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

referencialmente alcance quince (15) años en promedio. En lo sucesivo, cada cinco (5) años, después de la última modificación, se revisará obligatoriamente la edad mínima de retiro, condicionada a los cálculos matemáticos actuariales vigentes y con el mismo criterio señalado en el inciso anterior.

**b. Jubilación por invalidez:** Se acreditará derecho a pensión de jubilación por incapacidad total y permanente en los siguientes casos:

b.1. La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida en la actividad o en período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado y siempre que se acredite no menos de sesenta (60) imposiciones mensuales, de las cuales seis (6) como mínimo deberán ser inmediatamente previas a la incapacidad; y,

b.2. La incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, sobrevenida dentro de los dos (2) años siguientes al cese en la actividad o al vencimiento del período de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado, siempre que el asegurado hubiere acumulado ciento veinte (120) imposiciones mensuales como mínimo, y no fuere beneficiario de otra pensión jubilar, salvo la de invalidez que proviniera del régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio a causa de la misma contingencia. Quien se invalidare en forma absoluta y permanente para todo trabajo sin acreditar derecho a jubilación por incapacidad total, tendrá derecho a una pensión asistencial por invalidez, de carácter no contributiva, en las condiciones previstas en el artículo 205 de esta Ley, siempre que no estuviere amparado por el Seguro General de Riesgos del Trabajo. Para efectos de este Seguro, se considerará inválido al asegurado que, por enfermedad o por alteración física o mental, se hallare incapacitado para procurarse por medio de un trabajo proporcionado a su capacidad, fuerzas y formación teórica y práctica, una remuneración por lo menos equivalente a la mitad de la remuneración habitual que un trabajador sano y de condiciones análogas obtenga en la misma región.

**c. Jubilación por edad avanzada:** Se podrá acreditar derecho a jubilación por edad avanzada cuando el asegurado:

c.1. Hubiere cumplido setenta (70) años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento veinte (120) imposiciones mensuales, aun cuando se encontrare en actividad a la fecha de aprobación de su solicitud de jubilación; o,

c.2. Hubiere cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, siempre que registre un mínimo de ciento ochenta (180) imposiciones mensuales, y demuestre ante el IESS que ha permanecido cesante durante ciento veinte (120) días consecutivos, por lo menos, a la fecha de presentación de la solicitud de jubilación.

La jubilación por edad avanzada es incompatible con cualquier otra prestación por vejez o invalidez total y permanente, incluido el subsidio transitorio por incapacidad, salvo la prestación que por la misma causal de edad avanzada se le reconozca en el régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio.<sup>119</sup>

Además el artículo 189 establece que:

---

<sup>119</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

Se acredita derecho a percibir el subsidio transitorio por incapacidad para el empleo o profesión habitual, cuando la contingencia, cualquiera sea la causa que la haya originado, ha provocado el cese forzoso en la actividad principal del asegurado, siempre que:

- a. El asegurado registre no menos de sesenta (60) imposiciones mensuales, de las cuales no menos de seis (6) deberán ser inmediatamente anteriores a la incapacidad;
- b. La contingencia haya afectado la actividad principal de tal manera que priva al asegurado de la obtención de la mayor parte del ingreso necesario para el sustento;
- c. Se haya verificado que el asegurado cesó en dicha actividad a causa de la contingencia, entendiéndose por tal que interrumpió el desempeño de su labor o debió concluir la relación laboral o contractual bajo la cual la cumplía; y,
- d. La incapacidad no esté amparada por el Seguro General de Riesgos del Trabajo.<sup>120</sup>

La cuantía del subsidio dependerá del grado de capacidad laboral remanente, de la remuneración imponible y de la edad del afiliado. Su duración no podrá exceder de un plazo máximo de un (1) año, contado desde la fecha de la incapacidad o desde el vencimiento de la cobertura del subsidio transitorio por enfermedad que otorgue el Seguro General de Salud del IESS.

El beneficiario de este subsidio deberá concurrir obligatoriamente a los tratamientos de rehabilitación que se le prescriban, así como a los cursos de reinserción laboral que le ofrecerá el IESS, so pena de perder el derecho al subsidio.

Si dentro del período de entrega del subsidio por incapacidad, ésta deviniere en absoluta y permanente para todo trabajo, se acreditará derecho a la pensión de jubilación por invalidez.

Para efectos de esta Ley no se considerarán contingencias de incapacidad total las que se originaren en:

- a. Accidentes de cualquier índole ocurridos cuando el asegurado se encontrare en estado de embriaguez;

---

<sup>120</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

b. Accidentes de cualquier índole ocurridos cuando el asegurado se encontrare bajo la acción de algún psicotrópico, narcótico o droga enervante, salvo que existiera prescripción suscrita por médico especialista;

c. Lesiones provocadas intencionalmente de acuerdo con otra persona o auto infligidas por el asegurado;

d. Intento de suicidio; o,

e. Delito intencional del que fuere responsable el asegurado, según sentencia judicial ejecutoriada.

El beneficiario del subsidio por incapacidad deberá presentarse obligatoriamente a los exámenes médicos periódicos, practicados por las unidades médico asistenciales del IESS o por las que éste indique, a fin de verificar la evolución y pronóstico de la incapacidad absoluta y permanente para el empleo o profesión habitual y, si fuere del caso, se someterá al examen definitivo que certificará su condición de invalidez total. El incumplimiento de este requisito traerá consigo la inmediata suspensión de la prestación. El subsidio dejará de entregarse al beneficiario si de los exámenes médicos se concluye que ha cesado la incapacidad. Si la incapacidad que originó el derecho al subsidio subsistiera hasta el cumplimiento de la edad mínima para jubilación ordinaria de vejez, el afiliado podrá solicitar al IESS la calificación de su incapacidad como invalidez total.

#### **2.4 Derecho de los afiliados independientemente del cumplimiento de las obligaciones del empleador**

El artículo 94 de la Ley de Seguridad Social establece que:

**Si por culpa de un patrono el IESS no pudiere conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habrían podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, este será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva.<sup>121</sup>**

---

<sup>121</sup> Ley de Seguridad Social. Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001 y reformada el 31 de marzo de 2011.

Hasta este punto el artículo es bastante bueno y claro. Sin embargo el artículo continúa y establece que **“el IESS concederá tales prestaciones, en la parte debida a la omisión o culpa del empleador, solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de éste, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto”**<sup>122</sup>.

Y reafirma tal concepto la Ley estableciendo en el artículo 96 que:

**El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social queda obligado a conceder las prestaciones por enfermedad, maternidad, auxilio de funerales y el fondo mortuario a todos sus asegurados que hayan cumplido las condiciones establecidas en esta Ley y los reglamentos, aun cuando sus patronos estén en mora. Todo, sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que haya lugar. El IESS queda obligado, asimismo, a la entrega oportuna de las prestaciones de salud a los jubilados en sus unidades médicas, aun cuando el Estado no se hallare al día en el pago de la contribución obligatoria que cubre el costo del seguro colectivo contra la contingencia de enfermedad de los jubilados.**<sup>123</sup>

Esto quiere decir que las prestaciones de jubilación por invalidez, cesantía, créditos hipotecarios, prendarios, quirografarios, entre otros no son reclamables por parte del trabajador mientras su patrono no esté al día en sus aportaciones con el IESS.

Claramente este artículo contraviene el artículo 369 de la Constitución que revisamos anteriormente y que determina que **“el seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley”**<sup>124</sup>, esto sin restricciones y menos por el pago o no pago de los aportes por parte de los patronos. Las consecuencias, los efectos del no pago de los aportes a la seguridad social en el país están siendo asumidas por el trabajador, y no por el titular de la obligación que es el patrono.

El artículo 94 de la Ley de Seguridad Social vulnera claramente derechos de los trabajadores que tienen el carácter de irrenunciables, contraviene la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Constitución Política del Ecuador vigente.

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial No. 369 de 20 de octubre de 2008.

Para discordancias como éstas la técnica jurídica ha creado la herramienta del control abstracto de constitucionalidad prevista en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico.<sup>125</sup>

Es por esto que esta investigación propondrá a la Corte Constitucional acatando el artículo 75 de la referida ley, resuelva la acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 94 de esta Ley, ya que dentro de su competencia esta “Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales”<sup>126</sup>. Al proponer esta reforma a la Ley de Seguridad Social los afiliados al Seguro General obligatorio tendrían derecho a percibir todos los derechos que por ley les corresponde y que la Constitución les garantiza y brinda.

Sabemos que esta discordancia entre la Constitución y la Ley de Seguridad Social se da porque cada una de ellas fue realizada con distintos enfoques y en distintas etapas de la vida política del país. Mientras la Constitución fue publicada en el año 2008, la Ley de Seguridad Social fue publicada en 2001, por lo que amerita se adecue a la normativa constitucional, tema que se debe arreglar y solucionar por el bienestar de los afiliados.

Toda norma debe y es de aplicación directa, si un artículo o una Ley puede ser esta el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social es contraria a los principios de la Constitución esta derogada inmediatamente. El mismo artículo 424 de la Constitución establece que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (derogarse). Así mismo se dice que “la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos

---

<sup>125</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>126</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”<sup>127</sup>. La misma Constitución en sus...

...Disposiciones Transitorias, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta, dispone que se conforme la Comisión Interventora del IESS, para que ordene la realización de los estudios actuariales, y por medio de compañías auditoras practiquen la actualización de los balances, estados financieros y la auditoría económica y administrativa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Bajo este presupuesto, la Comisión Interventora debía presentar un proyecto de reforma a la Ley de Seguridad Social, a la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional. Ninguno de los dos mandatos constitucionales cumplió esta Comisión pues no existen en el Parlamento los estudios actuariales y la actualización de los balances, estados financieros y la auditoría económica y administrativa del IESS, que justifiquen la presentación del proyecto de reformas a la Ley del Seguro Social Obligatorio.<sup>128</sup>

Por tal motivo lo que cabe es la determinación de inconstitucionalidad de este artículo ya que:

Las normas inferiores no incurren en inconstitucionalidades solamente por oponerse a la Constitución, sino también por apartarse de ella. La demanda de inconstitucionalidad en el Ecuador, es un instrumento procesal estatuido para hacer valer el principio de supremacía de la Constitución. Es decir, la inconstitucionalidad, es el quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución, por leyes del Congreso Nacional, del Ejecutivo o actos de gobierno. Porque, partiendo del principio inexcusable, en los Estados de Derecho, de la supremacía de la Constitución, se han de reputar como inconstitucionales todos los actos, leyes, decretos o resoluciones que se aparten de sus normas o las contradigan.<sup>129</sup>

En conclusión, lo que buscamos es dejar sin efecto alguno el artículo 94 de la Ley de Seguridad social. También podría existir la otra vía, que es la reforma por parte del legislativo a la Ley. El artículo 132 de la Carta Magna establece que:

La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes....<sup>130</sup>

La Ley de Seguridad Social al ser una Ley Orgánica para ser modificada requiere según el artículo 133 de la Constitución de la mayoría absoluta de votos de los

---

<sup>127</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 424. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>128</sup> Constitución de la República del Ecuador. Disposiciones transitorias. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>129</sup> *Ibíd.*

<sup>130</sup> *Ibíd.*



miembros de la Asamblea Nacional. El artículo 94 desde nuestro punto de vista debería quedar así:

**RESPONSABILIDAD PATRONAL.-** Si por responsabilidad de un patrono el IESS no pudiere conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habría podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, este será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva. El IESS deberá conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que tiene derecho ajeno a que el empleador hubiere o no cancelado sus obligaciones. Las prestaciones a las que el empleador está obligado las cobrará, el Instituto mediante la jurisdicción coactiva.

El IESS concederá aquellas prestaciones reconociendo la prelación del derecho fundamental del trabajador, y ejercerá por su cuenta las acciones administrativas, civiles y penales para recuperar los valores ocasionados por las prestaciones entregadas al asegurado, con sujeción a lo impuesto en el artículo 96 de la ley. Sabemos que conseguir el apoyo de la Asamblea Nacional para un cambio tan importante y fundamental sería bastante complicado, por ello consideramos que la inconstitucionalidad del artículo sería el camino más óptimo.

Ya son varias las críticas que tiene la Ley de Seguridad Social y la forma en que según esta normativa, se prestan los derechos a los afiliados. El Ministerio Coordinador de Desarrollo Social viene trabajando en este ámbito y proponiendo una transformación a la Ley de Seguridad Social vigente.

Esto demuestra que es un tema que le interesa al Ecuador, sino nos hubiéramos quedado con la respuesta que da el artículo 95 de la Ley de Seguridad Social que determina:

**LA ACCIÓN PARA PERSEGUIR LA RESPONSABILIDAD PATRONAL.-** En los casos de responsabilidad patronal, dentro de los treinta (30) días de producido el hecho que la determina, el IESS iniciará el juicio coactivo correspondiente contra el empleador en mora. El juicio concluirá o podrá suspenderse por pago en efectivo o por suscripción de un convenio de purga de mora con alguna de las garantías señaladas en el artículo 93 de esta Ley, bajo la responsabilidad pecuniaria del Director

General o Provincial o del funcionario que ejerza la jurisdicción coactiva por delegación, según corresponda.<sup>131</sup>

Ahora bien, amplia jurisprudencia trata la inconstitucionalidad de artículos de leyes y el procedimiento a seguir. Además podemos encontrar algunos fallos en contra del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, sin embargo el IESS al existir este artículo atentatorio al derecho de los afiliados ha hecho caso omiso de las mismas.

Jurisprudencia del 14 de Julio de 1986, del Tribunal Contencioso Administrativo, en este año estando vigente otra ley de Seguridad Social, sin embargo sirve para nuestro análisis:

Es de primordial necesidad examinar luego el contenido el Art. 54 (195) de la ya mencionada Ley,... (Artículo 94) su contexto comprende dos mandatos completamente diferentes: el uno, expreso y el otro que se desprende por exclusión, el primero que obliga a la institución aseguradora a conceder las prestaciones de enfermedad, maternidad, auxilio de funerales, y fondo mortuario a todos los afiliados o deudos, siempre que cumplan con los requisitos legales aun cuando los patronos se encuentren en mora. El otro mandato, que por exclusión se desprende del primero, también el caso de mora patronal, comprende a las prestaciones no contempladas en el artículo 54 "195" es decir los seguros de invalidez, vejez, cesantía, riesgos del trabajo y muerte. Estos según el Art. 53 (193) se han de pagar luego de que los empleadores morosos paguen la responsabilidad patronal. Pero del tenor del mismo artículo se entiende que el IESS debe satisfacer obligatoriamente estos beneficios, y proceder luego a cobrar las responsabilidades, y no como sucede en la práctica que primero se ha de hacer efectiva la sanción de responsabilidad patronal para entonces cubrir el beneficio de la prestación.<sup>132</sup>

Encontramos que el derecho a la salud, estrechamente vinculado a la seguridad social es considerado de vital importancia en países vecinos. Por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. La sentencia T-548/11 establece que la salud es un derecho fundamental y reitera la protección por tutela y se establece que:

La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social. Dentro de la garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues ésta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también

---

<sup>131</sup> <http://app2.cne.gob.ec/resultados/>. Consultado el 21 de Julio de 2012.

<sup>132</sup> Jurisprudencia del 14 de Julio de 1986, del Tribunal Contencioso Administrativo No. 8, p. 243.

en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad. En este sentido la faceta mitigadora, cumple su objetivo en la medida en que se pueda lograr amortiguar los efectos negativos de la enfermedad, garantizando un beneficio para las personas tanto desde el punto de vista físico, psíquico, social y emocional. Así las cosas, cuando las personas se encuentran en una situación de riesgo se deben tomar todas las cautelas posibles de modo que se evite provocar una afectación de la salud en alguno de esos aspectos.<sup>133</sup>

La Comunidad Andina de Naciones en la Decisión 584 de 2004, legisla de manera supranacional sobre el derecho fundamental a la atención de salud, especialmente en los casos de riesgos de trabajo y por ser de interés se procede a citar dos de sus más interesantes artículos.

**Artículo 4.-** En el marco de sus Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo, los Países Miembros deberán propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir daños en la integridad física y mental de los trabajadores que sean consecuencia, guarden relación o sobrevengan durante el trabajo.

Para el cumplimiento de tal obligación, cada País Miembro elaborará, pondrá en práctica y revisará periódicamente su política nacional de mejoramiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Dicha política tendrá los siguientes objetivos específicos:

- a) Propiciar y apoyar una coordinación interinstitucional que permita una planificación adecuada y la racionalización de los recursos; así como de la identificación de riesgos a la salud ocupacional en cada sector económico;
- c) Definir las autoridades con competencia en la prevención de riesgos laborales y delimitar sus atribuciones, con el propósito de lograr una adecuada articulación entre las mismas, evitando de este modo el conflicto de competencias;
- d) Actualizar, sistematizar y armonizar sus normas nacionales sobre seguridad y salud en el trabajo propiciando programas para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo, orientado a la creación y/o fortalecimiento de los Planes Nacionales de Normalización Técnica en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo;

**Artículo 7.-** Con el fin de armonizar los principios contenidos en sus legislaciones Nacionales, los Países Miembros de la Comunidad Andina adoptarán las medidas legislativas y reglamentarias necesarias, teniendo como base los principios de eficacia, coordinación y participación de los actores involucrados, para que sus respectivas legislaciones sobre seguridad y salud en el trabajo contengan disposiciones que regulen, por lo menos, los aspectos que se enuncian a continuación:

- a) Niveles mínimos de seguridad y salud que deben reunir las condiciones de trabajo;

---

<sup>133</sup> [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-548-11.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-548-11.htm). Sentencia T-548/11. Consultado el 21 de Julio de 2012.

- b) Restricción de operaciones y procesos, así como de utilización de sustancias y otros elementos en los centros de trabajo que entrañen exposiciones a agentes o factores de riesgo debidamente comprobados y que resulten nocivos para la salud de los trabajadores. Estas restricciones, que se decidirán a nivel nacional, deberán incluir el establecimiento de requisitos especiales para su autorización.

## **2.5 Ley económica urgente, para la defensa de los derechos de los trabajadores**

Mientras se desarrollaba esta investigación y se planteaba el problema existente en la Ley de Seguridad Social, el ejecutivo envió un proyecto de Ley Económica urgente para la defensa de los derechos de los trabajadores a la Asamblea Nacional. Misma que fue publicada en el Registro Oficial el 26 de Septiembre de 2012. Esta ley orgánica busca:

Garantizar los derechos a la seguridad social de los trabajadores y así evitar las situaciones que han venido sucediendo, para lo cual establece la obligatoriedad de otorgar sus prestaciones y a su vez la obligación del IESS de hacer efectivas sus acreencias en contra de los empleadores que se encuentren en mora patronal, para lo cual se establecen reglas en la forma de ejecutar la coactiva que permita que el Estado a través de sus instituciones tenga un instrumento efectivo de ejecución, evitando la interposición de figuras y mecanismos jurídicos que retarden o impidan dicho cobro, como por ejemplo el abuso de la personalidad jurídica que no permiten el cobro adecuado de las acreencias producidas por los sujetos obligados<sup>134</sup>, entre otras reformas.

En nuestro país existe un considerable incumplimiento de las obligaciones patronales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, según algunos asambleístas las deudas rodean los 200 millones de dólares, el cual se ha ido reduciendo, pero no evitado del todo, es un tema que afecta a los afiliados y coarta el derecho de los mismos.

En este sentido, ante las acciones que pueda tomar el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se presenta la dificultad de recaudar el dinero adeudado, en muchos casos, por una acción reprochable de los empleadores, como el ocultamiento de sus bienes, que puede realizarse con la constitución de compañías de papel, administradas por testaferros o la declaración de insolvencia por parte de los patronos para no hacer frente a sus obligaciones con sus empleados.<sup>135</sup>

Este escenario se ha ido magnificando en estos últimos años y muchos trabajadores se han visto impedidos de gozar sus derechos que por ley les corresponden y derechos

---

<sup>134</sup><http://www.amchamecuador.org/pdfs/noticias/221DEFENSADERECHOSLABORALES.pdf>.

Consultado el 28 de Septiembre de 2012.

<sup>135</sup> *Ibíd.*

por los cuales muchos han aportado, esforzado y sacrificado. Más aún cuando el IESS toma cada vez más importancia y los afiliados se ven más alentados a utilizar sus servicios, ya que se ha concientizado a la población al uso y goce de sus derechos a través de campañas de “Trabajo Digno” por ejemplo emprendida por el Ministerio de Relaciones Laborales.

En este contexto, resulta necesaria la reacción del Estado y sus entidades para evitar las diferentes situaciones que han perjudicado y siguen perjudicando a los trabajadores del país, ya sea en el sector público o privado. Ante lo cual, deben establecerse las medidas que el Estado podrá tomar para impedir los abusos de que son objeto los trabajadores. Así, deberá exigirse con mayor rigor el cumplimiento de las diferentes obligaciones laborales por parte de los empleadores; y en este contexto, impedirse el ocultamiento de los bienes de los empleadores, a fin de hacer efectiva su responsabilidad para con los trabajadores.

Por consiguiente, y debido a la íntima relación se ha propuesto una reforma que se orienta al resguardo de las personas trabajadoras, con la verificación del ingreso real de los empleadores:

Art. 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden”<sup>136</sup>.

Y en la transitoria segunda establece que,

---

<sup>136</sup> Ley Orgánica para la defensa de los derechos de los trabajadores. Suplemento Registro Oficial 797. 26 de Septiembre de 2012.

Por esta sola vez los empleadores que no hubieren afiliado a sus trabajadores con relación de dependencia en los últimos tres (3) años, así no se mantenga la relación laboral en la actualidad, no serán sujetos de sanción y podrán afiliarlos extemporáneamente al IESS, dentro del plazo de seis (6) meses contados desde la expedición de la presente Ley, pagando los valores correspondientes de aportación patronal y del trabajador, más el interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, sin recargos por multas, incrementos adicionales o de cualquier naturaleza, sin perjuicio de la responsabilidad patronal que se genere.

Para los cálculos se exceptuarán los porcentajes correspondientes a los seguros de salud y riesgos de trabajo.

El IESS podrá conceder plazos, de acuerdo a la resolución que para el caso expida el Consejo Directivo del IESS, para el pago de la deuda total calculada según lo señalado en esta disposición transitoria. Al valor del capital adeudado se agregará el correspondiente al financiamiento, aplicando las mismas tasas que las de los préstamos quirografarios.

**Esta disposición también se aplicará para todos los empleadores contra los cuales el IESS ha emitido títulos de crédito y aún no han sido cancelados, a fin de que se proceda con su pago. No será aplicable esta disposición, cuando se encuentren pendientes de resolución juicios en los cuales se discuta la relación laboral, salvo que previamente se autorice el desistimiento o el allanamiento en tales juicios.**

Esto significa que por esta vez se realiza esta excepción. En realidad lo que se debió establecer es que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones.

La Asamblea Nacional inició el primer debate del proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales de acuerdo al Proyecto de Ley en el artículo uno, se prevé que el IESS haga efectiva la responsabilidad de los empleadores cuando incurran en mora, en el pago de obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto, a través de cualquiera de sus prestaciones.

Respecto al mismo artículo, Fernando Cordero, presidente de la Asamblea Nacional, señaló la importancia de cumplir con esta responsabilidad y fue enfático en decir “el pago de las obligaciones debe ser en su totalidad y no de uno o dos años, como se ha estado haciendo en algunos casos”.

En el artículo dos, señala el mecanismo de cobro a los dueños de las casas de juego y casinos, pretende que a través de las instituciones del Estado que tienen jurisdicción coactiva, se logre hacer efectivo el cobro de sus acreencias, tanto al

“obligado principal, como a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario.”<sup>137</sup>

Por otro lado se dice que el Proyecto:

Endurecerá las sanciones contra los empleadores que incumplan con sus obligaciones a favor de sus trabajadores, además de que permitirá el pago de las indemnizaciones a los desempleados de los casinos y salas de juego que fueron cerrados. El proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales ya pasó el informe de la Comisión de Régimen Económico y Tributario para el primer debate que se realizaría en la Asamblea Nacional.

El cuerpo legal, contiene seis artículos y una disposición transitoria, fue recibido en la Legislatura el 2 de julio y tiene un plazo de 30 días para su trámite debido a que tiene la condición económico-urgente.

La citada Comisión efectuó algunas precisiones a la propuesta, como por ejemplo, la dificultad que tiene el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) para recaudar el dinero adeudado. Aquello sucedería en muchos casos por una “acción reprochable de los empleadores, como el ocultamiento de sus bienes”. El proyecto busca hacer efectiva la responsabilidad de empresarios con los trabajadores.

Para el asambleísta Fernando Cáceres, el objetivo de la iniciativa legal es que los derechos de los trabajadores no queden vulnerados y que sea el Estado el que asuma el pago a los trabajadores de las salas de juego, cerradas por mandato popular. Para José Chávez, asesor de la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (Ceosl), el proyecto recoge las propuestas que han realizado las centrales sindicales desde hace años. “En el documento no hay ninguna contradicción con la Constitución ni las leyes. Más bien se llena un vacío reclamado por los trabajadores. Es muy beneficioso para proteger nuestros derechos”, expresa. Chávez está seguro de que esta norma será aprobada en la Asamblea, ya que eso buscan los trabajadores en general, pese a que ha realizado algunas precisiones leves ante algunos legisladores como la concordancia que debería existir con el nuevo Código Penal, el cual está en trámite.<sup>138</sup>

Por su parte existen también visiones en contra de este Proyecto de Ley, un:

Informe de minoría de la comisión de Régimen Económico y Tributario estipula que no es posible superponer el derecho laboral sobre el de propiedad, puesto que el artículo 11, numeral 6 de la Constitución, expresa que todos los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de jerarquía. Según el anotado documento, los artículos 2 y 3 del Proyecto son contrarios a los numerales 74 y 75 de la Constitución, violentando todo precepto lógico, jurídico y contrariando tácitamente el debido proceso. Eliminan cualquier anhelo de justicia ya que desde la concepción del proyecto se descarta el principio de inocencia y la buena fe. Los legisladores concluyen que debido a los vicios de constitucionalidad formal y material de la ley, así como por la incompatibilidad legal del articulado, debe el archivar el Proyecto.

---

<sup>137</sup> El tiempo.com.ec. <http://www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/101610-asamblea-debatia-ley-de-derechos-laborales/>. Consultado el 29 de Julio de 2012.

<sup>138</sup> El Telegrafo. [http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com\\_zoo&task=item&item\\_id=46947&Itemid=2](http://www.telegrafo.com.ec/index.php?option=com_zoo&task=item&item_id=46947&Itemid=2).

La Asociación de Exportadores de Banano del Ecuador, también se pronunció y considera que el proyecto introduce una serie de discrecionalidades y potestades que lesionan gravemente el derecho de la presunción de inocencia y el debido proceso.<sup>139</sup>

En realidad y bajo mi punto de vista jurídico se convertiría en una ley parche, que no solucionaría el problema directamente. Ya que no obliga al IESS a pagar la prestación y luego repetir contra el responsable de la falta. El cuestionamiento jurídico atañe directamente a la inconstitucionalidad de un artículo de la Ley de Seguridad Social. Seguramente por un análisis político y de estrategia no se ha propuesto la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social o no se ha hecho un correcto análisis al respecto. En el fondo con esta nueva ley se pretende, se busca lo que en esta investigación se ha planteado desde un inicio: El derecho de los afiliados a recibir todas sus prestaciones independientemente si el patrono se encuentre o no al día con el IESS.

Cuando se discutió la presente Ley, el Asambleísta Arq. Fernando Cordero dijo en sus observaciones que:

La Ley de Seguridad Social actual tiene un artículo noventa y cuatro que es muy parecido al artículo primero -no es igual pero es de la misma naturaleza-, me parece que es mucho mejor que la Comisión en vez de incorporar el artículo primero que entraría en contradicción con el artículo noventa y cuatro, lo que haga es agregar un inciso luego del artículo a continuación del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social: “El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquier de sus prestaciones.”<sup>140</sup>

En realidad esta Ley debió proponer que se reformule el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social estableciendo lo siguiente en un tercer párrafo: “Art. 94.- RESPONSABILIDAD PATRONAL.- Si por culpa de un patrono el IESS no pudiere conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habrían podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, este será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva. El IESS concederá tales prestaciones, en

---

<sup>139</sup> *Ibíd.*

<sup>140</sup> Asociación de exportadores de Banano del Ecuador.

<http://www.aebe.com.ec/data/files/noticias/Noticias2012/Gral2doSem/Matrizdeobservacionesinforme.pdf>  
Consultado el 12 de Septiembre de 2012.



la parte debida a la omisión o culpa del empleador, solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de éste, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto. **El IESS concederá aquellas prestaciones reconociendo la prelación del derecho fundamental del trabajador, y ejercerá por su cuenta las acciones administrativas o legales para recuperar los valores ocasionados por las prestaciones entregadas al asegurado, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 96 de la presente Ley.**

## **2.6 Caso Román**

El 16 de febrero de 2011, el señor Víctor Manuel Román Moreno, siendo afiliado al Instituto ecuatoriano de Seguridad Social con el No. 72440378 remite una comunicación al economista, Fernando Guijarro Cabezas, Director General del IESS. En la misma el solicitante Román explica que es afiliado al IESS desde el mes de junio de 1972, hasta que sufrió un accidente de trabajo el día 7 de diciembre de 2006, cuando se encontraba prestando sus servicios para su Patrono a quien identifica conforme a la Ley. Dicho accidente según diagnóstico del Hospital Carlos Andrade Marín, fue fractura de columna cervical, con gran limitación de movilidad de cuello y hombros, entre otros. Se le determino incapacidad permanente total para el trabajo. Pide ya que cumple con la edad, 65 años, y número de aportes, se le acredite el derecho a jubilarse.

El Patrono según el IESS ha cancelado aportes a favor del afiliado solicitante, desde septiembre del 2005 hasta marzo del 2007. A partir de abril del 2007 hasta abril del 2008, se encuentran generadas planillas de aportes en el sistema y no se han podido cobrar por parte del IESS.

El IESS por medio de la Ing. María Gracias Calisto da contestación a dicho reclamo presentado por el señor Román de la siguiente manera:

- En contestación a su oficio de 2011-02-16, indicamos que por su Accidente sufrido el 07 de diciembre de 2006, presentan el Aviso de Accidente en 2007-05.08.

- En dictamen N.083-2007-C.V.I. de 27 de diciembre de 2007, la Comisión de Valuaciones de Incapacidades resuelve:
- DICTAMINAR: Incapacidad Permanente Total. La solicitud por Incapacidad permanente Total, se recibe el 23 de marzo de 2009.
- Con liquidación 2010-RT-002 de, se envía al Director Actuarial la determinación de responsabilidad patronal para el cálculo respectivo.
- El 02 de marzo 2010 la Dirección Actuarial comunica el valor de responsabilidad que debe cobrarse a la empresa cuyo RUC 1704730835001. Por presentación extemporánea del Aviso de Accidente y por aportes.
- Con Of. 23301700-P-I-091 de 06 de abril de 2010, la Subdirección Provincial de Riesgos del Trabajo Pichincha, aprueba la aplicación de la resolución CD 148, al Patrono, quién debe cancelar al IESS el valor de USD, 10.364,37, resolución que fue enviada a Cartera y cobranzas para el proceso respectivo.
- Por lo expuesto informo que mientras las dependencias administrativas responsables de gestionar la recaudación de responsabilidad patronal, no concluyan dicho proceso, la Subdirección Provincial de Riesgos del Trabajo Pichincha, no puede entregar la prestación solicitada.

Esto significa que mientras el IESS no cobre los valores adeudados por el Patrono, el señor Román no puede acceder a su derecho. El juicio ha sido planteado por parte del IESS contra el Patrono, quien ha dilatado el proceso coactivo que se lleva en su contra y no se ha podido cobrar las planillas. El Patrono presenta mora por 4 personas en el IESS, que hasta la fecha no han sido cancelados:

- Caiza Jácome José Rafael. Exp. No. 97942.
- Román Moreno Víctor M. Exp. No. 237423.
- Cevallos Benavides Edison. Exp. No. 246079.
- Torres Aguilar José Patricio. Exp. No. 249735.

Mientras no cancele los aportes que aún debe ninguno de los afiliados podrá hacer uso de sus legítimos derechos en el IESS.

Ahora bien, el Señor Román quiso y pidió la anulación de esos años de aportes al Seguro Social que no han sido cancelados ya que puede sin esos años aplicar a una jubilación por vejez, sin embargo, el IESS no dio paso a su solicitud porque ya se inició un juicio coactivo y mientras no se cancelen esos valores no se le puede brindar su derecho.

En el presente trabajo de investigación nos preguntamos: ¿Se contraviene o no, el derecho si una persona no pueda acceder a su derecho constitucional, en este caso a la jubilación, porque su patrono no ha cancelado los valores que le corresponden a la Institución que presta el servicio?

Como pudimos analizar y apreciar previamente los trabajadores aportan mensualmente al Seguro Social una porción de sus ingresos, la otra la realiza el patrono. Lo cuestionable es que si el trabajador cumple con sus obligaciones puntualmente no pueda reclamar los derechos que por norma constitucional y legal tiene. Lo que se busca con el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social es que el empleado busque y exija al patrono el pago, cuando el IESS debe y tiene la responsabilidad de realizarlo mediante su poder coactivo. El afiliado debe tener el derecho de recibir sus prestaciones independientemente de que el patrono haya o no cancelado sus obligaciones con el IESS, luego ésta Institución debe encargarse de realizar los cobros, pedir la declaratoria de insolvencia o los mecanismos que las leyes contemplen.

Recordemos nuevamente el artículo 11 de la Constitución, que es claro los principios por los cuales el ejercicio de los derechos se regirá. Se cita el Art.11:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.<sup>141</sup>

En el tercer punto, es el que tiene relevancia para este trabajo dice:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.<sup>142</sup>

Este numeral es muy importante en el desarrollo de esta investigación y propuesta ya que el Derecho a la Seguridad Social es un derecho humano de origen constitucional, como pudimos analizar en el Primer Capítulo y su aplicación debe ser directa e inmediata. Por ende el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social al haber sido aprobada y publicada la actual Constitución se encuentra derogada de manera implícita. Como no se lo hizo, ahora lo intentaremos a pedido de parte. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

En nuestro país el derecho a la Seguridad Social esta garantizado, y todos los habitantes del país, tanto nacionales como extranjeros tenemos derecho a que se nos presten los servicios con calidad y calidez, pero lo más importante que sean oportunos. Independientemente de cuestiones de forma toda persona en este país tiene derecho a recibir sus prestaciones en el momento que las necesite.

La Constitución está sobre cualquier Ley como pudimos analizar previamente, y es de aplicación directa por cualquier funcionario público, sin necesidad de que se declare o no inconstitucional una ley cuando atenta derechos humanos, estos derechos se deben cumplir, y velar por el pleno ejercicio del derecho y porque la persona involucrada reciba y haga uso efectivo de esos derechos consagrados en la Constitución.

Es evidente que existen inconsistencias entre la Constitución vigente y la Ley de Seguridad Social, expedida previamente.

---

<sup>141</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>142</sup> *Ibíd.*

## CAPÍTULO III

### 3 INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ECUADOR

#### 3.1 Estrategia jurídica, procedimientos que se podrían seguir respecto al Caso Román y recomendaciones

##### 3.1.1 Estrategia jurídica

El Caso Román podría ser planteado desde varias perspectivas. El Derecho, como ciencia social, plantea varias alternativas para llegar a la solución de un conflicto. Se podría interponer una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo, intentar una reforma a la Ley de Seguridad Social, o demandar la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, entre otros, para después hacer la reclamación de jubilación por invalidez.

La estrategia jurídica debe guardar relación con los planes y los medios para alcanzar propósitos y objetivos. Es relevante tener propósitos a corto, mediano y largo plazo.

El abogado necesita una correcta estrategia jurídica que le permita participar eficazmente y claramente para alcanzar los objetivos que se propone al cliente.

Cada caso necesita unas tácticas y estrategias específicas. En cada caso confluyen la importancia de lo particular y lo general, pero hay casos generadores de jurisprudencia que nos pueden ayudar a transformar la realidad de una sociedad, que se les puede llamar casos ejemplo.

Con el caso que hemos tomado como referencia para este trabajo, se visualiza un problema actual y muy importante al cual los afiliados a la Seguridad Social están expuestos.

El Caso Román es un ejemplo. Por eso debemos tomar las mejores decisiones sobre cómo proceder.

En el marco estratégico y táctico es importante reconocer en plenitud la realidad social, normativa y axiológica de la que se parte, a cuál se pretende llegar y cómo se ha de recorrer el camino para lograrlo. Se integren las perspectivas de lo jurídico en una vasta complejidad pura de la realidad social, las normas y los valores y de sus alcances materiales, espaciales, personales y temporales.<sup>143</sup>

Toda estrategia tiene que contar con información, lo que se busca es que la asimetría de la información sea la menor, para lo cual se debe calcular bien las decisiones y economizar energía. La estrategia se establece cuando uno sabe en que punto y en que posición específica se encuentra determinada situación y la posición a la que desea llegar realizando las acciones que resulten convenientes.

Una buena y eficiente “estrategia jurídica requiere información, cálculo de las decisiones y economía de energía en todos los aspectos referidos. En la estrategia es relevante atender al efecto sorpresa, para no ser víctima de él y poder utilizarlo”<sup>144</sup>, a nuestro favor. Es muy importante tener en cuenta la celeridad, y eficacia que podamos conseguir.

En este orden de ideas, se analizan a continuación las opciones para definir la estrategia jurídica a seguir para el Caso Román.

### **3.1.2 Procedimientos que se podrían seguir respecto al Caso Román**

Se plantean varias vías para el Caso Román.

Vamos a realizar un análisis de las mismas, desde la menos conveniente jurídicamente hasta la apropiadamente correcta, según nuestra percepción.

**Interponer demanda ante el Contencioso Administrativo contra el Oficio emitido por el Director General del IESS rechazando el derecho del afiliado Román.**

El juicio contencioso administrativo es aquel que plantea el administrado ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en contra de la Administración. Las pretensiones se fundamentan en preceptos de Derecho Administrativo que se litigan entre particulares y la administración pública, por los actos ilegales de ésta que lesionan

---

<sup>143</sup> <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1372/1575>.

<sup>144</sup> *Ibíd.*

sus derechos. En este caso el juicio se plantearía porque no se reconocen los derechos a los que el afiliado puede acceder. Este juicio procede contra “los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”<sup>145</sup> y sobre las “resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos”<sup>146</sup>. En el derecho público el funcionario no solo comete una ilegalidad cuando realiza un acto contrario a la ley, sino también cuando comete una omisión. La Constitución de la República establece en el artículo 11.

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. 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.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.<sup>147</sup>

Además el artículo 226 establece que:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.<sup>148</sup>

Anteriormente ya se realizó el análisis de las inconsistencias constitucionales que tiene no reconocer a los afiliados los derechos contemplados en la Ley de Seguridad, por el hecho de que el patrono no pagó la respectiva aportación al IESS. La acción contenciosa aplicaría pero sería demorada y no tendría mayor impacto general, de carácter colectivo y por lo tanto social. Litigar contra una institución tan grande como

---

<sup>145</sup> Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Artículo 1. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

<sup>146</sup> Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Artículo 2. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

<sup>147</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>148</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

el IESS para establecer un precedente, sería complicado y demandante para salir con éxito de este emprendimiento.

Ahora para esta posibilidad la demanda deberá formularse por escrito y presentarse directamente ante la Sala Distrital correspondiente al domicilio del administrado, dentro de los tres años ya que se plantearía el recurso objetivo en contra de la norma. Para esto no se exige como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa.

El recurso objetivo para el Caso Román ya caducó, es por esto que no se podría plantear esta vía, a menos que se solicite una ampliación o aclaración respecto al Oficio de respuesta realizada por el IESS frente a la reclamación realizada en el Caso Román y la autoridad de seguridad social vuelva a contestar.

De realizar un procedimiento para reactivar el pedido administrativo para posteriormente acudir ante un Tribunal Contencioso Administrativo, involucraría un juicio largo y que tendría un impacto a 4 o 5 años para ser ganado. El litigar de manera directa contra el IESS, podría colocar al litigante en desventaja. Sin embargo se podría ganar y el Sr. Román en 4 o 5 años aproximadamente podría disfrutar de su derecho a la jubilación por invalidez. El tiempo es el principal factor para no realizar este procedimiento, ya que sería muy demorado para el afiliado, significaría gastos, recursos y la sentencia solo sería vinculante para las partes involucradas en el proceso y aunque sería un antecedente jurisprudencial importante en otros casos, no abarca el interés colectivo o general que favoreciera a otros afiliados en igualdad de circunstancias.

### **Plantear una reforma o una nueva Ley de Seguridad Social.**

Para este caso la Constitución establece en el artículo 134 que para las iniciativas para presentar proyectos de ley corresponde:

1. A las asambleístas y los asambleístas, con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el cinco por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional.
2. A la Presidenta o Presidente de la República.
3. A las otras funciones del Estado en los ámbitos de su competencia.



4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que les corresponda de acuerdo con sus atribuciones.

5. A las ciudadanas y los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de las ciudadanas y ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional.

6. Quienes presenten proyectos de ley de acuerdo con estas disposiciones podrán participar en su debate, personalmente o por medio de sus delegados.<sup>149</sup>

Esto sería bastante complicado por el momento político que vive el país, además no parece ser un objetivo primordial en los actuales momentos. Incluso se ha estado planteando el cambio de la Ley para un tema de jubilación de la mujer que es más llamativo y tendría más apoyo político y no está dentro de la agenda legislativa.

Además de la investigación realizada no existe una sola Ley que el legislativo haya planteado, que no tenga un veto importante por parte del Ejecutivo o que haya pasado. Políticamente sería bastante complejo este camino y administrativamente tendría que destinarse muchos recursos y hacer un esfuerzo bastante grande.

No es el momento políticamente preciso y viable para que una iniciativa en este sentido tenga éxito y perdure, no hay que olvidar que el próximo año es electoral y es un tema muy coyuntural y difícil de transformar bajo las circunstancias políticas actuales.

La Nueva Ley Económica Urgente, para la Defensa de los Derechos de los Trabajadores, sin embargo esta Ley no resuelve el problema, ya que nuevamente como revisamos en el capítulo anterior el artículo primero establece que:

Art. 1.- Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

---

<sup>149</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 136. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.

Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden”<sup>150</sup>.

El artículo citado de la nueva normativa no resuelve el problema. Ya que si bien es cierto el IESS seguirá un proceso coactivo en contra de los deudores de la institución, mientras no se logre cobrar esas acreencias los afiliados no tendrán derecho a recibir sus beneficios. Esta nueva Ley lo que hace es brindar mayores competencias para el cobro a los morosos, sin embargo no resuelve el problema del Caso Román.

Se estimó conveniente esta Ley en nuestro análisis porque cuando el Ministerio de Relaciones Laborales la propuso tenía implicaciones en el caso analizado, luego de varios debates y veto presidencial la Ley fue cambiada y perdió todo sentido para el análisis que venimos realizando. Por este motivo creemos que no es procedente ni siquiera tener ya a este punto como una opción para resolver el problema planteado.

### **Acción de protección.**

Se podría plantear una acción de protección según lo establece el artículo 88 de la Constitución, la misma que establece que:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.<sup>151</sup>

Esta medida a nuestro parecer sería la opción b, ya que el impacto que se tendría es directo y específico para el Caso Román, pero no sentaría un precedente para casos posteriores como se quisiera.

---

<sup>150</sup> Ley Orgánica para la defensa de los derechos de los trabajadores. Suplemento Registro Oficial 797. 26 de Septiembre de 2012.

<sup>151</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 88. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Esta acción se podría presentar ante cualquier juez del país o según la misma Constitución establece según el artículo 215:

Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes:

1. El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.

3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.

4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas.<sup>152</sup>

Esta es una opción bastante buena y viable, pero que no generaría el impacto relacionado con el interés general del afiliado que se busca al tratar este Caso. Sin embargo no hay que descartarla. Esta opción brindaría un amparo directo y eficaz del derecho del afiliado en el Caso Román. La acción de protección se impondrá cuando se vulneran derechos constitucionales por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial, como es el IESS por intermedio de su Director General. Esta acción podría ser planteada y ganada, lo que si sería preocupante es que es enfrentar un caso particular contra una institución enorme. No nos daría publicidad y un fallo en contra podría tener un impacto menor para el Estado.

Existen varias jurisprudencias que se relacionan a las circunstancias del Caso objeto de este trabajo. Vamos a realizar el análisis de dos casos, en el primero fue aceptada la acción y en la otra no. Son dos casos muy similares y que ya son un buen antecedente jurídico. Ambos casos fueron tratados por la misma Corte Constitucional y tienen dos resoluciones distintas.

---

<sup>152</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 215. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

## **Caso 1. Caso Morejón**

En Resolución del Tribunal Constitucional de 14 de Julio del 2008, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional conoce el caso de Morejón, quien interpuso una Acción de Amparo Constitucional ante el Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, en contra del Dr. Ernesto Díaz Jurado, Director General del IESS.

El Tribunal resuelve confirmar la resolución adoptada por el Juez Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha; y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado por el recurrente<sup>153</sup>.

### **Antecedentes:**

En este caso el recurrente es afiliado desde el 1 de abril de 1983 con la compañía siendo su Patrono una compañía de responsabilidad limitada, posterior a esto trabajo para varios empleadores y es su último Patrono quien incurre en mora ante el IESS. El reclamante sufrió el 10 de agosto de 2001, quemaduras por electrocutamiento, consecuencia de ello le amputaron la pierna izquierda; accidente que sucede mientras trabajaba en la empresa morosa.

De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución de ese entonces solicitó al IESS la prestación de la jubilación por invalidez, tomando en cuenta que reunía 139 imposiciones, superando las 60 imposiciones mínimas que determina el Art. 186 de la Ley de Seguridad Social. En la tramitación de la jubilación por invalidez le indicaron que primero el ex empleador debe pagar las obligaciones patronales ya que se encuentra en mora, para obtener tal derecho. El 23 de enero de 2006 le informa el IESS que la “AFILIACION Y CONTROL PATRONAL LE DARA TRAMITE A LO SOLICITADO CUANDO LA EMPRESA PATRONAL #03082428 CANCELE TITULO DE CREDITO IMPAGO”<sup>154</sup>. El Juzgado Vigésimo Quinto de lo Civil de Pichincha, con fecha 20 de octubre de 2006, resuelve aceptar el recurso de amparo constitucional propuesto por el recurrente. Se apela a la sentencia por parte del IESS y recae en la Segunda Sala de lo Constitucional.

---

<sup>153</sup> Resolución Tribunal Constitucional 1295, Registro Oficial Suplemento 64, 14 de Julio del 2008.

<sup>154</sup> *Ibíd.*

### **Planteamientos de Derecho:**

La Segunda Sala determina que es competente para conocer y resolver la causa de conformidad con lo dispuesto en las leyes vigentes para la época. En la misma se establece que la pretensión del accionante, se remedie la omisión ilegítima del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, concediendo procedente el derecho a la prestación de jubilación por invalidez a favor del accionante. El tribunal establece que:

- La acción de protección procede, entre otros aspectos, ante la concurrencia simultánea de los siguientes elementos: a) que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública; b) que el acto viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución, convenio o tratado internacional vigente; c) que el acto u omisión de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También procede el amparo constitucional ante actos de particulares que prestan servicios públicos o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.
- Que se podrá presentar cuando se realice un acto ilegítimo o se ha dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado en el presente caso, no se basa solo en el estudio de competencia sino también de su forma, contenido, causa y objeto.

### **Determinaciones de la Corte:**

La Corte determina que,

El empleador con No. patronal 03082428 no canceló los aportes a favor de sus empleados a partir de junio de 1995 al 15 de octubre del 2001, por lo cual, según el oficio No. 13111700-R-3674 del Responsable de Recaudación y Cartera y Cobranzas, se ha emitido el título de crédito en contra de dicha empresa, proceso que se encuentra a cargo del Juzgado de Coactivas de la Subdirección Provincial del IESS, quien no ha ejecutado dicho título por lo cual a consideración de la administración, no se puede otorgar la pensión jubilar por invalidez del accionante.

Ante este hecho la Corte señala que la seguridad social será deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes y que en el sistema nacional de seguridad social, ésta se regirá 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. Que la Ley de Seguridad Social protege a sus afiliados obligados contra las contingencias que afecten su capacidad de trabajo y la obtención de un ingreso acorde con su actividad habitual de invalidez. Realiza un buen análisis de que es la jubilación, y nos recuerdan que Savigny estableció que es “un derecho irrevocable, es el derecho nuestro, el derecho que legítimamente nos pertenece, que ha ingresado en nuestro patrimonio, el que ya no puede sernos arrebatado por el hecho de por quien lo tenemos o por el hecho de un tercero”<sup>155</sup> y que según “Henri, León y Jean Mazeaud los derechos adquiridos deben ser protegidos, incluso contra una ley nueva; ésta no podría privar de un derecho a las personas que están definitivamente investidas del mismo; a la inversa, las simples expectativas ceden ante la ley nueva, que pueden atentar contra ellas y dejarlas sin efecto”<sup>156</sup>. La Corte recalca que el derecho de jubilación por invalidez, es un derecho adquirido y que el recurrente ha cumplido con lo determinado con el Art. 186 de la Ley de Seguridad Social, y “no puede menoscabarse su derecho constitucionalmente protegido, por la falta de ejecución de un título a cargo de la propia administración; siendo facultad privativa de ésta conforme lo señala el Art. 288 de la Ley de Seguridad Social”<sup>157</sup>.

Finalmente también establece la Corte que hay casos similares en los cuales el Tribunal Constitucional, ha actuado de esta forma y que el derecho a la jubilación por invalidez es un derecho adquirido.

## **Caso 2. Cueva**

La afiliada presenta una Acción de Amparo Constitucional ante la Segunda Sala de la Corte Constitucional, en contra de los miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. La Sala confirma la Sentencia del Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha y, en consecuencia, niegan el amparo solicitado por la accionante mediante Sentencia de la Corte Constitucional de 13 de Mayo del 2009.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> *Ibíd.*

<sup>156</sup> *Ibíd.*

<sup>157</sup> *Ibíd.*

<sup>158</sup> Resolución de la Corte Constitucional 783, Registro Oficial Suplemento 122 de 13 de Mayo del 2009.

### **Antecedentes:**

La demandante quiere acogerse a su derecho a la jubilación. Tuvo un accidente en el año de 1974 que le ocasionó un Trauma Cráneo Encefálico, y deficiencia visual y auditiva, con agravamiento progresivo desde hace cuatro años y tratamiento desde cinco años por Diabetes Mellitus. La partida presupuestaria de su último empleo, en el IESS, fue suprimida y presentó una solicitud para la afiliación voluntaria. Su solicitud de afiliación voluntaria fue negada. Ante la negativa de afiliación voluntaria, presentó la solicitud para la jubilación por invalidez. La accionaria tiene 25 años de afiliación al IESS, 135 imposiciones desde octubre de 1970 a marzo de 1984, 151 imposiciones de enero de 1988 a febrero de 2001 que suman un total de 286 imposiciones. A su pedido de jubilación por invalidez mediante Resolución C.D. 084 de 19 de diciembre de 2005 dictada por el Consejo Directivo del IESS, notificada a la accionante se resuelve "NEGAR" su solicitud de jubilación por invalidez "POR ENCONTRARSE FUERA DEL PERIODO DE PROTECCION CONFORME DETERMINA EL Art. 149 del Estatuto Codificado del Seguro Social Ecuatoriano. La solicitante apela la Resolución ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha, y en última instancia ante la Comisión Nacional de Apelaciones como la Ley de Seguridad establece, sin embargo la Comisión Nacional de Apelaciones resuelve negar la petición de jubilación por invalidez, alegando que la incapacidad para el trabajo fue a partir de febrero de 1986, fecha en la cual la accionante se encontraba cesante y por lo tanto se encontraba fuera del período de protección. Sin embargo la accionante recalca que tiene el tiempo y las imposiciones necesarias para que se otorgue a su favor la jubilación por invalidez y que ella suprimió las últimas partidas de su patrono.

### **Planteamientos de Derecho:**

Se alega que la Resolución del IESS le esta conculcando a la reclamante el derecho constitucional consagrado en el Art. 56 de la Constitución de esa época y que la Resolución del Consejo Directivo del IESS es ilegítima e inconstitucional y solicita se deje sin efecto la misma y se establezca que tiene derecho a la jubilación por invalidez ya que, cumple con todos los requisitos establecidos en la Ley, ya que tiene el tiempo y las imposiciones necesarias para que se otorgue a su favor la jubilación por invalidez

acorde con lo establecido en el Art. 149 del Estatuto Codificado del IESS y las resoluciones emitidas por el IESS.

El IESS por su parte establece que la incapacidad comienza en febrero de 1986, cuando estaba cesante y que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley, ya que se encuentra fuera del período de protección y que la demanda no ha señalado con exactitud el derecho vulnerado tanto por el señor Director del IESS o de los señores Miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones y de la Comisión Provincial de Prestaciones.

Para que la Acción de Protección proceda

Deben estar presentes en forma simultánea tres requisitos básicos, que a saber son: "1) que exista un acto u omisión de autoridad pública administrativa ilegítimo". como queda señalado en líneas anteriores el señor Director General del IESS, no ha dispuesto nada por lo tanto no debió ser citado con el amparo; en cambio la Comisión Nacional de Apelaciones y la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha emiten los acuerdos amparados en el Art. 41 y 43 de la Ley de Seguridad Social, dado estricto cumplimiento a lo que establece el Estatuto Codificado del IESS, Ley de Seguridad Social y la Constitución, respetando el debido proceso, concediéndole el derecho a la defensa a la recurrente; 2) que el acto de la administración sea violatorio de los derechos individuales consagrados en la constitución; al respecto señor Juez desde la presentación de la demanda hasta la presente fecha, en forma concreta, la recurrente no ha demostrado el acto del señor Director o las Comisiones Provincial o Nacional hayan violado algún derecho constitucional que vulneren el derecho de la señora Susana Guadalupe Cueva Cevallos, por el contrario los Acuerdos han sido motivados, con la tipificación de normas inherentes al caso, con la explicación de la pertinencia de su aplicación. 3) que tal violación cause o pueda causar de manera inminente un daño"; Que, "en el presente caso si la incapacidad es del año 1986 al año 2008 han transcurrido 22 años."; Que, "Conforme el Art. 149 del Estatuto del IESS, concede un tiempo de protección que tenía la recurrente desde el cese de sus funciones esto es de 13 meses 16 días, la accionante cesó en marzo de 1984 se encontraba protegida hasta el 16 de mayo de 1985, la incapacidad se produce en febrero de 1986, cuando la accionante no se encontraba en el tiempo de protección."<sup>159</sup>

Además establecen que para el "otorgamiento de las diversas prestaciones que entrega el IESS, se requiere que el afiliado en este caso la recurrente, cumpla con los requisitos y condiciones señaladas en las disposiciones legales con las que el IESS se rige, reuniendo requisitos mínimos dispuestos en la ley, Estatuto, Reglamentos y

---

<sup>159</sup> *Ibíd.*



resoluciones para acceder a todas las prestaciones que concede el Instituto a sus afiliados”, esto quiere decir que el patrono haya cancelado todas las aportaciones.

El IESS alega además que la “falta de legítimo contradictor, como la existencia de ilegitimidad de personería pasiva, por cuanto la recurrente interpone su recurso de amparo constitucional, en contra del Director General del IESS, cuando realmente el acto administrativo fue emanado por los miembros de la Comisión Nacional de Prestaciones”<sup>160</sup>.

### **Planteamientos de la Corte:**

La Sala establece que es competente para conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, publicado con la Constitución y que en la tramitación de la acción no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que se declara su validez.

Considera que el IESS para “el otorgamiento de las diversas prestaciones entre las cuales está la Jubilación por Invalidez, debe observar los requisitos y condiciones señaladas en las disposiciones legales en las que se rige (su Ley, su Estatuto, sus Reglamentos y sus resoluciones, todo ello sin contradecir la Norma Suprema)”.

La sala manifiesta sorprendida;

La falta de prolijidad y precisión con la que se emiten los Informes Médicos para Jubilación por Invalidez del Seguro General y Montepío, por parte de los profesionales médicos, que sin observar elementales criterios de ética profesional por la responsabilidad de sus informes o conclusiones, y por la misma Comisión Provincial Valuación de Incapacidades de Pichincha se presentan informes confusos como en el presente caso, que en un primer lugar dejan abierta la posibilidad al decir "podría ser causa de invalidez", y luego el mismo profesional señala explícitamente que "no son causa de Jubilación por Invalidez". Conclusión, en definitiva ante la falta de acto ilegítimo, en este caso se hace innecesario analizar los otros elementos que son indispensables para la procedencia de la acción de amparo constitucional; razones estas por los que la Sala en uso de las atribuciones constitucionales y legales NIEGA la acción presentada.<sup>161</sup>

Se niega la acción y no se le permite acogerse a su derecho fundamental que es la jubilación por invalidez, tampoco la afiliación voluntaria.

---

<sup>160</sup> *Ibíd.*

<sup>161</sup> *Ibíd.*

### **3.2 La Acción de Inconstitucionalidad como figura jurídica en el Ecuador**

La constitucionalidad de una Ley se puede definir como la concordancia, apego, armonía o no contradicción que existe entre un cuerpo legal de tipo ordinario o reglamentario jerárquicamente subordinado, respecto de la Constitución del Estado. La constitucionalidad de una ley se da cuando la misma observa o incorpora los preceptos constitucionales en la formación de la misma. El problema se genera cuando la Constitución es posterior a la Ley, lógicamente van a existir discordancias y por eso se han creado mecanismos para corregir estas desviaciones en el ordenamiento jurídico. Esta característica de las leyes, su concordancia con la Constitución, tiene una relación estrecha con el principio del derecho constitucional conocido como supremacía constitucional, analizado en el segundo capítulo de esta investigación. Ninguna Ley como ya se dijo puede ser contraria, limitar, restringir o tergiversar los derechos contenidos en la norma constitucional, so pena de ser declaradas nulas de pleno derecho.

Es muy clara en este sentido la disposición derogatoria de la Constitución vigente del país que establece que se deroga toda norma contraria a la Constitución y que el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

Una Ley o parte de ella que no posea las características antes mencionadas, que no esté en concordancia con la norma superior, viola por consiguiente, los derechos y libertades de la persona, por lo que se presume carece de constitucionalidad, o dicho de otra manera, es inconstitucional. Esta inconstitucionalidad debe ser declarada mediante los mecanismos establecidos en la Constitución y leyes de los países.

En Ecuador, a raíz de la expedición de la Constitución actualmente vigente, creada por la Asamblea Nacional Constituyente de 2008, se crea un alto Tribunal de tipo constitucional, encargado de velar por el mantenimiento del orden constitucional, que se le da el nombre de Corte de Constitucional, y, entre otras funciones, es la encargada de controlar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes dentro del ordenamiento jurídico.

El artículo 429 de la Constitución establece que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente y sus sentencias y autos tendrán el carácter de definitivos e inapelables. El artículo 437 de la Constitución establece que:

Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.<sup>162</sup>

Como se dijo, tiene la obligación de vigilar y controlar la constitucionalidad tanto de los actos normativos, como de los actos administrativos provenientes de toda autoridad pública. La inconstitucionalidad de un acto normativo:

Puede adolecer de irregularidades provenientes de violaciones a las normas secundarias como leyes, reglamentos, acuerdos, etc., o de violaciones a la normativa constitucional. En el primer supuesto, la impugnación se llevará a cabo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante el respectivo recurso contencioso administrativo; en tanto que en el segundo supuesto cabría la demanda de inconstitucionalidad de dicho acto ante el Órgano de Control Constitucional. En otras palabras, los actos administrativos creadores de normas particulares y que afectan derechos subjetivos son susceptibles de la acción directa de inconstitucionalidad cuando se configuran dos supuestos ineludibles: que el acto que se pretende impugnar sea de naturaleza administrativa y que dicho acto quebrante la normativa constitucional.<sup>163</sup>

Cuando se presume que una ley adolece de constitucionalidad se deberá promover o impulsar, por la parte que se considere afectada, un procedimiento de inconstitucionalidad, ante la Corte Constitucional ya que la ley es de carácter general. La inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general son una derivación del sistema continental europeo, austriaco o concentrado de control constitucional de leyes que faculta al ciudadano el disfrute de sus derechos.

---

<sup>162</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 437. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>163</sup> Pozo Chamorro, Jaime, [http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&task=view&id=2653&pop=1&page=0](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&task=view&id=2653&pop=1&page=0), consultado 28 de Agosto de 2012.

Actualmente, los efectos jurídicos de la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto administrativo son diferentes a la declaratoria de inconstitucionalidad de un acto normativo<sup>164</sup>, “la declaratoria del acto normativo lo deja sin efecto, esto es, lo expulsa del ordenamiento jurídico positivo”<sup>165</sup>.

Mediante Sentencia de la Corte Constitucional el 31 de Mayo del 2012 se declara la inconstitucionalidad de un inciso del artículo 78 de la Ley de Hidrocarburos. En razón que el accionante solicita se declare la inconstitucionalidad del inciso 8vo. del artículo 78 de la Ley de Hidrocarburos, reformada mediante la Ley 2007-85, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos por infringir las disposiciones constitucionales. En lo relativo a nuestra investigación esta resolución establece que “el procedimiento para las demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos se halla previsto tanto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el que se crea el mecanismo del control abstracto de constitucionalidad, que según el artículo 74 tiene como finalidad “garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”<sup>166</sup>. En este mismo sentido mediante Resolución de la Corte Constitucional 56 de 31 de Diciembre del 2009, se declara la acción de inconstitucionalidad de ciertas normas para los fines establecidos en el Artículo 27 inciso tercero de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición establece que “se ordenará publicar un extracto de la demanda en el Registro Oficial, para que cualquier ciudadano coadyuve con la demanda de inconstitucionalidad de las normas o las defienda, remitiendo su opinión a la Corte Constitucional, para lo cual dispondrá del mismo término señalado en el inciso anterior”<sup>167</sup>. Delfin Tenesaca, Presidente de la Confederación del Movimiento Indígena de Chimborazo -COMICH- y Sara Sayaza, Presidenta de la Corporación de Organizaciones de Mujeres Campesinas e Indígenas de

---

<sup>164</sup> Manifestación de la voluntad de la administración pública.

<sup>165</sup> Toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata.

<sup>166</sup> Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de Octubre de 2009.

<sup>167</sup> Resolución de la Corte Constitucional 56, Registro Oficial Suplemento 99 de 31 de Diciembre del 2009.

Colta –COMCIC presentan una acción de inconstitucionalidad de los artículos 2, 4, 5, 7, 9, 26 letra c, 29 párrafo final, 30, 31 del Decreto Ejecutivo No. 982, publicado en el Registro Oficial No. 311 de 8 de abril de 2008 que reforma el Reglamento para la aprobación de estatutos, reformas y codificaciones, liquidaciones y disolución, y registro de socios y directivas de las organizaciones previstas en el Código Civil y en las leyes especiales; así como el artículo 11 del Decreto Ejecutivo No. 3054, publicado en el Registro oficial No. 660 de 11 de septiembre de 2002. Las normas presuntamente vulneradas son los Artículos 1 1.2, 66.13, 76.1 y 3, 82. 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador: y, Art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El juez tuvo 15 días para pronunciarse sobre este caso.

Las principales competencias que tiene la Corte Constitucional para ejercer el control abstracto de constitucionalidad son:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:
  - a) Enmiendas y reformas constitucionales.
  - b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.
  - c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
  - d) Actos normativos y administrativos con carácter general.<sup>168</sup>

Algo importante que debemos analizar es que:

El plazo para interponer las acciones de inconstitucionalidad se rige por las siguientes reglas:

1. Por razones de contenido, las acciones pueden ser interpuestas en cualquier momento.
2. Por razones de forma, las acciones pueden ser interpuestas dentro del año siguiente a su entrada en vigencia.<sup>169</sup>

Y los principales efectos del control de constitucionalidad son:

Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de Octubre de 2009.

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.

2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.

3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.

**4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.**<sup>170</sup>

Sin embargo de lo analizado la demanda de constitucionalidad si se plantea no otorgaría el derecho en el Caso Román para que el afectado pueda disfrutar de la jubilación por incapacidad. Como hemos apreciado anteriormente los efectos del control constitucional mediante la sentencia son a futuro. Por ende una eventual declaración de inconstitucionalidad no produciría efectos inmediatos en el Caso Román.

Analizamos entonces si la vía de la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social sería el mejor camino para el Caso Román.

### **3.2.1 Plantear o no plantear la inconstitucionalidad del artículo 94 de la ley de Seguridad Social**

Como hemos podido estudiar la acción de protección podría ser una buena vía, sin embargo no tendríamos la certeza de poder resolver con éxito el presente caso ya que en un mismo Tribunal se tienen dos visiones para el mismo caso.

Con la inconstitucionalidad que se plantearía según establece la Constitución en el artículo 436, ante la Corte Constitucional, que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por

---

<sup>170</sup> Ley Orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de Octubre de 2009.

el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias tendríamos mayor impacto mediato y sería una decisión definitiva, ya que sus decisiones tienen carácter vinculante.

El carácter vinculante es fundamental en el Derecho, significa que el dictamen es obligatorio y de aplicación inmediata. La Corte debe conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. Este es el punto medular de nuestra investigación y se argumentaría contra el acto normativo que impide al Señor Román ejercer su derecho. Una vez que el acto normativo sea eliminado del mundo jurídico se solicitaría nuevamente al IESS que el afiliado sea declarado jubilado por incapacidad.

Ahora bien, podrían argumentar, y con razón, que la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social no tendría un impacto directo sobre el Caso Señor Román y tendrían razón. Sería mejor presentar una acción de protección basado en la jurisprudencia antes analizada. Sin embargo no tenemos un criterio único respecto al tema, ya que como hemos visto hay criterios dispares dentro de la misma sala. En años anteriores y con una Constitución distinta en el año 1993, se desecha una demanda de inconstitucionalidad mediante Resolución del Tribunal Constitucional 31, Registro Oficial 230, 11 de Diciembre del 2003 respecto al tema tratado. El Señor Fausto Enrique Arcos Rendón, por sus propios derechos, conjuntamente con el informe favorable de procedibilidad del Defensor del Pueblo, demanda la inconstitucionalidad de la Resolución CI. 010 dictada por la Comisión Interventora del IESS, que contiene el Reglamento General de Responsabilidad Patronal en los Seguros de Enfermedad y Maternidad, publicado en el R.O. No. 94 de 23 de diciembre de 1998, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 276 numeral 1 de la Constitución Política, especialmente los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de dicho reglamento.

La comisión Interventora del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, cuando desempeñaba las funciones de Organismo Supremo del IESS, con fecha 8 de diciembre de 1998, dictó la resolución CI. 010 que contiene el Reglamento General de Responsabilidad Patronal y Mora. Patronal, publicado en el R.O. 94 de de 23 de diciembre de 1998. Con relación a la responsabilidad patronal cita el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social en vigencia. Considera que la actual Ley de Seguridad Social, en el artículo 94 da entender que el empleador será responsable de los

perjuicios ocasionados, cuando al momento de la prestación a favor del afiliado el patrono se encuentra en mora, o en evidente incumplimiento de sus obligaciones con el IESS, por ejemplo, que tenga uno o varios meses de aportes impagos. En definitiva se establece que una situación es la mora patronal, que produce intereses por la falta de pago, y los incrementos respectivos en las glosas y procesos coactivos; y, otra muy diferente es que a más que el patrono está en mora de pago de aporte de sus trabajadores, a uno de ellos le sobreviene un siniestro, enfermedad, estado de gravidez, es obligación del Estado a través del IESS prestar el servicio médico a sus afiliados con cargo al empleador, y la cuantía del costo de la atención será cubierta por el mismo, más la sanción prevista en estos casos. Se cubre el valor de la prestación y el monto cubre la responsabilidad patronal de acuerdo con el tarifario y la sanción que significa la falta de cumplimiento de esta prestación. El IESS asegura el derecho y condico el pago de aportes, caso contrario más convendría estar en mora y no responsabilizarse de la falta de la cobertura de las prestaciones a que todo trabajador bajo dependencia tiene derecho, que es intangible, irrenunciable e imprescriptible. Por lo tanto desechan la demanda de inconstitucionalidad planteada. Se argumenta que la Constitución no señala tópicos como el relativo a la responsabilidad y mora patronales, el desarrollo del sistema de seguridad social se deja a la ley, Por tanto la Ley es la que deviene en inconstitucional como se ha dicho.<sup>171</sup>

Como antítesis se podría también decir que el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social en realidad lo que hace es velar porque prevalezca el interés general, ya que el reconocer un derecho previo a ser pagado al IESS por parte del empleador podría acarrear una eventual quiebra del sistema. Los patronos no pagarían los aportes y los afiliados recibirían sus derechos, podría desencadenar en un desequilibrio económico para el Instituto. El interés particular, en este caso del Señor Román no sería el primordial sino mantener el sistema y su equilibrio monetario.

Sin embargo, la seguridad social es un derecho humano, reconocido en el Art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que como ya analizamos y determina que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”<sup>172</sup>. Por otro lado, el Art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que todas las personas tienen derecho a la seguridad social, esto significa que se las proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad. Así también el

---

<sup>171</sup> Resolución del Tribunal Constitucional. Desecha la Inconstitucionalidad. 11-dic-2003.

<sup>172</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>. Consultado el 19 de Abril de 2012.



Protocolo de San Salvador, en su artículo 9 como también varias resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo- OIT. La propia Constitución de la República del Ecuador, establece que si un tratado internacional de derechos humanos ratificados por el Estado, reconoce un derecho más favorable a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Por lo cual se podría pensar como antítesis a esta investigación que el derecho individual este caso se encuentra por debajo del derecho colectivo e incluso del sistema de seguridad social. En vista de este derecho humano garantizado, al accionante no se le puede conculcar por la negligencia del IESS en el cobro del título de crédito y mora o dilación en el uso de su potestad coactiva contra el patrono moroso y resolver no aceptar el legítimo derecho de jubilación por invalidez del afiliado, lo cual acarrea un grave e inminente daño al peticionario.

Por tal motivo y de conformidad con todos los antecedentes que señalan la internacionalidad del derecho fundamental a la pensión por invalidez comprobada, se debe plantear la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, sea que ésta acción esté relacionada con el Caso Román o no. Es hora que se plasme esta necesidad ya que la norma seguirá afectando a varios afiliados. Si bien es cierto con la acción de protección se podría tener un resultado positivo para el caso particular, con la inconstitucionalidad se dejaría sentado un precedente y el fallo de la Corte Constitucional es vinculante y paso previo, pero fundamental para que posteriormente el Caso Román se resuelva con éxito ante el IESS, se exija y se le reconozca su derecho.

### **3.3 Recomendaciones respecto al Caso Román**

De los caminos jurídicos analizados anteriormente la Acción de Inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social. Esto debido a un análisis jurídico – estratégico el cual como bien se dijo anteriormente debe considerar los planes y los medios para alcanzar el propósito y los objetivos. Queremos sin duda que el Señor Román pueda acceder a sus prestaciones, pero también queremos crear un precedente y visibilizar un problema actual y muy grave que está ocurriendo en el Ecuador. Es inadmisibles, como se demuestra a lo largo de esta investigación que una

obligación compartida, (ya que el pago de las aportaciones las realiza el patrono y el trabajador), el no pago de una de las partes se vuelva un impedimento para acceder a un derecho adquirido por parte del afiliado.

El IESS debe otorgarle al Señor Román y a todos los afiliados las prestaciones a pesar de que sus empleadores hayan incurrido en mora patronal e iniciar el cobro correspondiente a los empleadores mediante coactiva, este ejercicio de su facultad coactiva, debería ejercerlo de manera inmediata a la ocurrencia de la mora. El juicio coactivo es un asunto de la competencia del Instituto de Seguridad Social- IESS con los patronos.

El Señor Román o cualquier otra persona debe ejercer su derecho de recibir sus prestaciones independiente de si su patrono esté o no al día en el IESS; caso contrario se estaría afectando a sus derechos como ser humano, a sus derechos constitucionales y el Ecuador a través del IESS, que es el principal prestador del Servicio de Seguridad Social estaría incumpliendo acuerdos internacionales y la propia Constitución de la República. Este caso debe ser un ejemplo para los demás casos existentes y crear un precedente para que no siga existiendo en el mundo jurídico un artículo ampliamente inconstitucional. Como hemos visto ya han existido varios casos similares y ninguno ha planteado abiertamente la inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social.

El Señor Román no recibiría el reconocimiento de jubilación por invalidez con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, ya que como bien se comprende, lo que esta demanda de inconstitucionalidad pretende es la derogatoria del artículo 94 y por lo tanto su eliminación del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual allana el camino para el reconocimiento de la jubilación por invalidez tema del Caso Román. El Señor Román tendría que volver a solicitar su jubilación por invalidez. El IESS al no existir obligación de cobrar previamente la imposición al patrono para otorgar todos los derechos al afiliado debería concederle su derecho.

En fin, la demanda de inconstitucionalidad le serviría al Señor Román como un medio para conseguir finalmente lo que busca, su jubilación. A los afiliados en general se le allanaría el camino hacia su jubilación y estaríamos corrigiendo un grave error

presente en nuestra legislación. Con este recurso de inconstitucionalidad se garantizaría realmente la primacía de la Constitución y se preserva el derecho de los ciudadanos. Sería la mejor estrategia jurídica para que el señor Román obtenga lo que necesita y busca y crearíamos un precedente muy importante para toda la población.

La seguridad social es un deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes. La jubilación, uno de los elementos de la seguridad social, es un derecho de origen constitucional en la legislación ecuatoriana, de irrenunciable e irrevocable, y que pertenece per se al habitante del país, nacional o extranjero, que ha ingresado en nuestro patrimonio, mismo que no puede ser arrebatado por el hecho de que un tercero no cumpla con sus obligaciones. Es contra éste que el Estado tiene que establecer la más duras sanciones, siendo un derecho adquirido debe ser protegido por el Estado, por lo tanto el Estado a través de una institución que le pertenece no puede conculcar los derechos de los afiliados. No puede un Estado y sus Leyes dejar de reconocer un derecho constitucionalmente protegido, y amparado en Tratados internacionales, por el incumplimiento de un tercero. La institución de seguridad social debería tener la capacidad de ejercer los procedimientos coactivos y ejercer las acciones jurídicas para cobrar a sus deudores. La jubilación y especialmente la causada por invalidez constituye una garantía a favor de un sector vulnerable de los afiliados, quienes en razón de la incapacidad sea ésta física o mental se encuentra en imposibilidad de continuar activamente en el trabajo.

## CAPÍTULO IV

### 4 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 4.1 Conclusiones

1. El artículo 94 de la Ley de Seguridad Social es inconstitucional ya que vulnera un derecho consagrado en la Constitución del Ecuador y Tratados Internacionales de los cuales el país es suscriptor.
2. Los afiliados tienen derecho a recibir todas las prestaciones en dinero que fueran reclamadas por el afiliado, independientemente de la falta de cumplimiento de las obligaciones de su empleador.
3. El derecho a la Seguridad Social es un derecho social, todos los habitantes y ciudadanos de un país lo poseen por el simple hecho de ser nacionales o extranjeros residentes en el mismo. Este derecho garantiza la igualdad y la libertad real. Busca proteger a la clase trabajadora en sus relaciones de trabajo sean éstas como subordinados o independientes.
4. Es urgente una reforma legal a la Ley de Seguridad Social en varios aspectos pero principalmente suprimiendo aquellas disposiciones que contrarían los principios de la Seguridad Social y que no se encuentran adecuados a la Constitución de la República vigente y que contravienen Tratados Internacionales.
5. La disposición derogatoria de la Constitución no ha sido tomada en cuenta por los funcionarios del IESS, vulnerando derechos adquiridos de los afiliados.
6. La Corte Constitucional puede y tiene la potestad para declarar la inconstitucionalidad de los actos administrativos a través de los cuales incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales y tiene un poder coercitivo. El mismo que puede ser utilizado como argumento para que se reconozca el derecho a las prestaciones independientemente del pago del empleador.

7. El Señor Román podría plantear una acción de protección para obtener el reconocimiento de su derecho a la jubilación por invalidez. Existen varias jurisprudencias que han reconocido este derecho; sin embargo la Corte tiene fallos contrarios al respecto, lo cual genera la duda de que se pueda ganar esta acción.
8. Es un buen momento políticamente y mediáticamente para que se plantee una demanda de inconstitucionalidad y así todas las personas puedan recibir los derechos que les corresponden independientemente del pago o no de los aportes por parte de sus empleadores. Realmente si el Estado tiene la voluntad política de reconocer un derecho de los trabajadores antes que la voluntad económica de precautelar unos intereses institucionales.
9. Al presentar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social el señor Román no accedería al reconocimiento inmediato de sus derechos, pero un fallo favorable, le ofrecería la posibilidad de plantear un nuevo pedido al IESS, quienes ya no tendrían excusa jurídica para no brindarle la protección solicitada.
10. Esta investigación plantea un tema actual, que involucra a cualquier afiliado a la Seguridad Social, eso se traduce en tres millones de personas que podrían verse afectas positivamente si se presenta y se gana una demanda como la que hemos propuesto.
11. El IESS tiene aproximadamente doscientos millones de dólares en procesos coactivos, el obligar a reconocer las prestaciones previamente al cobro coactivo obligaría al IESS a tener un departamento de coactivas realmente eficiente y capaz.
12. La Ley Económica urgente para la Defensa de los Derechos de los Trabajadores, publicada el 26 de Septiembre de 2012 establece que para hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario, sin embargo no resuelve el problema cuando una persona se declara en insolvencia, por ejemplo.

El artículo 94 de la Ley de Seguridad Social debería establecer que el IESS hará efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de

Seguridad Social, a través de cualquier de sus prestaciones y cargará los valores que el Instituto incurra en la deuda mantenida por el patrono moroso. El IESS concederá aquellas prestaciones reconociendo la prelación del derecho fundamental del trabajador, y ejercerá por su cuenta las acciones administrativas o legales para recuperar los valores ocasionados por las prestaciones entregadas al asegurado.

## **4.2 Recomendaciones**

1. El Señor Román debería plantear en conjunto con un abogado patrocinador una demanda de inconstitucionalidad para sentar un precedente en el país y que se garantice un derecho adquirido por los afiliados al IESS, como es la jubilación por invalidez independientemente que el patrono esté o no en mora con el IESS.
2. El IESS independientemente de que se presente una demanda o no de inconstitucionalidad debería como política garantizar la prestación de todos los derechos de los afiliados independientemente de que el patrono pague o no sus aportes al IESS, ya que está contraviniendo la disposición transitoria de la Constitución y sus funcionarios se pueden ver inmersos en responsabilidades civiles e incluso penales.
3. Es hora que se aplique la disposición derogatoria, contenida en la Constitución, que establece que se deroga toda norma contraria a la Constitución y que el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución. Por lo tanto todo lo que le es contrario no está vigente.
4. Se debe trabajar en la elaboración de un proyecto de Ley reformativa a la Ley de Seguridad Social para que su contenido y lineamientos sean claros, concisos y precisos. En la cual se cree un verdadero Código de Seguridad Social acorde a la Constitución y acuerdos internacionales firmados por el Ecuador y no una ley para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
5. Las normas deben ser creadas para garantizar el acceso y ejercicio de los derechos de los afiliados y no para proteger a los patronos cuando estos incumplan sus obligaciones con los trabajadores.

6. Plantear una demanda de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional que tendrá un carácter vinculante, y le garantizaría al Señor Román y a cualquier afiliado su derecho a la jubilación por invalidez independientemente de que un patrono se encuentre en mora.
7. Presentar esta demanda de inconstitucionalidad en un momento cuando coyunturalmente sea importante de tratar, actual e importante en el debate nacional.
8. El IESS debe trabajar y mejorar su departamento de coactivas y manejarse de manera eficiente, proactiva y eficiente para realizar los cobros que requiera realizar.
9. El IESS debe crear un seguro o una reserva que le proteja de deudas incobrables.

## BIBLIOGRAFÍA

- AISS. *Revista Internacional de la Seguridad Social: Evolución y Tendencias de la Seguridad Social*. Buenos Aires, Argentina: Estudios de la Seguridad Social. No. 82 y No. 4, 1997 y 1992 respectivamente.
- Arce Cano, Gustavo. *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*. México: Ed. Porrúa, 1992.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *En defensa del neo constitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*.
- Blanco Morales, Pilar. *El Seguro Español en el Derecho Internacional Privado*. Editorial Caser, 1989.
- Borja, Ramiro y Borja. *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Tomo I. 1979.
- Cabanellas de Torres, G.; Alcalá Zamora, L. y Castillo. *Tratado de Política Laboral y Social*. 3ra. Ed. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1982.
- Carbonell, Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. México: universidad Autónoma de México, 2005.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. 4ta. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1980.
- Castro Patiño, Nicolás. *Poder Constituyente y Control de la Constitucionalidad*.
- CISS. IV Asamblea General de la CISS. *Evolución y Tendencia de la Seguridad Social en la América*, 1977.
- Clire, Bailey. *Problemas de la Gobernabilidad*. Departamento de Seguridad Social. O.I.T., Oct. 1977.
- De Ferrari, Francisco. *Los Principios de la Seguridad Social*. Buenos Aires, 1972.



- Diez Collado, José Ramón. *El Bienestar Social, Concepto y Medida*. Madrid: Editorial Popular S.A., 1992.
- Díaz, López y Hernández. *Ensayo Derechos Humanos y Seguridad Social*. Venezuela.
- Duque L., Oswaldo. *Seguros del Trabajo e Inseguridad Social*. Editores Colombia, 1987.
- Durand, Paul. *La Politique Contemporaine de Securite' Sociale*. París: Ed. Dalboz, 1953.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo VI. Buenos Aires, Argentina: Ed. Driskil S.A., 1979.
- Ensignia, Jaime y Díaz, Rolando. *La Seguridad Social en América Latina ¿Reforma o liquidación?* Venezuela: Editorial Nueva Seguridad, 1997.
- Escorza Jaramillo, Esteban. *Diccionario de Terminología Usual en el Seguro Social Obligatorio*. Quito: Ed. IESS., 1999.
- Euzeby, Chantal. *La Seguridad Social del Siglo XXI*. AISS, 1998.
- Fajardo, Martín. *Derecho de la Seguridad Social*. Lima - Perú: IDEMSA Editores, 1989.
- González Ortega, S. *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- Gough IAN. *Política del Estado de Bienestar Social*. Madrid: Editorial Blume, 1982.
- Grossman, Claudio. *La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. [www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/.../Grossman.pdf](http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/.../Grossman.pdf).
- Gruat, Jean-Víctor. *Pertinencia, Principios de la Seguridad Social y Reforma de Pensiones*. Dpto. de Seguridad Social. OIT., 1997.

- Gutiérrez, Antonio y García, S. *Modernización o Privatización de la Seguridad Social*. En Democracia Hoy, 1996.
- INSS. *El sistema español de Seguridad Social: antecedentes y modelo actual*. Madrid, 2008.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. *Guía básica de información de seguridad y salud en el trabajo*. Primera edición, 2007.
- Instituto Mexicano del Seguro Social. *La Seguridad Social y el Estado Moderno. El Financiamiento de la Seguridad Sociales los países Latinoamericanos*. México, 1992.
- Jaramillo Jaramillo, Alfredo. *Introducción al derecho*. 3ra. Ed. Quito: PUDELECO, 2000.
- Larrea Holguín, Juan. *Historia del Derecho Ecuatoriano*. Ed. Universidad Católica de Guayaquil, 1996.
- López Valencia. *Jalones de una reforma social*. Madrid, 1946.
- Imansa Pastor, José M. *Derecho de la Seguridad Social*. Las Editorial Tecnos S.A., 1991.
- Martí Bufil, Carlos. *El Seguro Social en Hispanoamérica*. Madrid, 1949.
- Martínez Girón, J.; Arufe Varela, A. y Carril Vázquez, X. M. *Derecho de la Seguridad Social*. Netbiblo, A Coruña, 2008.
- Mesa Lago, Carmelo. *Regímenes pensionales en el cono sur y en área andina*. Revista nueva sociedad No. 122, 1992.
- Mijares Ulloa, Luis. *Sociología de la Seguridad Social*. Caracas: Editorial EDIME, 1982.
- Ministerio de Relaciones Laborales. *Dirección de Seguimiento y Control a la Afiliación al IESS*.

- Miller, David y Michael, W. *Compiladores, Pluralismo, Justicia e Igualdad*. Buenos Aires: Editorial Fondo de Cultural Económica de Argentina. Ministerio de la Seguridad.
- Mora Contreras, Oscar. *Seguridad Social y/o Bienestar Social o Fortaleza Estatal*. Curso de Especialización – Maestría en Seguridad Social. Tesis de grado. Caracas: Editorial Lisbona, 1978.
- Morales, Inés. *Ensayo sobre Seguridad Social en Colombia*. Granamerica, Medellín.
- Núñez, Jorge. *Historia del Seguro Social Obligatorio*. Quito: Imprenta del IESS, 1992.
- Obando, José Ángel. *Seguridad social: Una Visión General*. Central del movimiento de trabajadores costarricenses, 2002.
- Oficina Internacional del trabajo. *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Primera edición. Ginebra, Suiza, 2011.
- Oficina Internacional del Trabajo. *Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa*. Primero Edición. Ginebra, 2011.
- Oficina Internacional del Trabajo. *La seguridad social y la primacía del Derecho*. Ginebra: Impreso por la Oficina Internacional del Trabajo, 2011.
- Oficina Internacional Trabajo. *Conservación de los Derechos en materia de Seguridad Social*. Informe V a la 69ª. Reunión (1983) de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra, 1983.
- Orszag, Peter R. y Stiglitz, Joseph E. *Presentado en conferencia. Nuevas Ideas sobre la Seguridad en la Vejez*. Banco Mundial Washington D.C. 14-15 de Septiembre, 1999.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1994.
- Peluas, Daniel. *Las Políticas Sociales en América Latina*. 2002.

- Prieto Sanchís, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Ruiz Jiménez, J. *La Concepción Institucional del Derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1994.
- Sánchez León, Gregorio. *Derecho de seguridad social: derecho mexicano de la seguridad social*. Editorial Cárdenas, 1987, p. 5.
- Sir Beveridge, William. *Plan de Seguro Social*. En obra citada por Washington Barriga L.
- Vela Monsalve, Carlos. *Derecho Ecuatoriano del Trabajo*. Quito – Ecuador: Ed. La Unión, C.A., 1955.
- Wlasic, Juan Carlos. *Manual Crítico de los derechos humanos*. Segunda edición. Fondo editorial de Derecho y economía, 2011.

### **Páginas Web**

- Asociación de exportadores de Banano del Ecuador. [www.aebe.com.ec](http://www.aebe.com.ec)
- Blog inconciencia. [www.iccc.es](http://www.iccc.es)
- Cámara de Diputados. [www.camaradediputados.gov.do](http://www.camaradediputados.gov.do)
- Cámara Ecuatoriano Americana de Comercio. [www.amchamecuador.org](http://www.amchamecuador.org)
- Consejo Nacional Electoral. [www.cne.gob.ec](http://www.cne.gob.ec)
- Comisión Interamericana de Derecho Humanos. [www.cidh.org](http://www.cidh.org)
- Derecho Ecuador. [www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)
- Diario Expreso. [www.expreso.ec](http://www.expreso.ec).

Diario Hoy. [www.hoy.com.ec](http://www.hoy.com.ec).

Diario Telégrafo. [www.eltelegrafo.com.ec](http://www.eltelegrafo.com.ec).

Ecuador inmediato. [www.ecuadorinmediato.com](http://www.ecuadorinmediato.com)

Ecuador Legal. [www.ecuadorlegalonline.com](http://www.ecuadorlegalonline.com)

Enciclopedia y biblioteca virtual de las ciencias sociales, económicas y jurídicas.

EuroSur. [www.eurosur.org](http://www.eurosur.org).

Enciclopedia virtual Eumet. [www.eumed.net](http://www.eumed.net)

El Comercio. [www.elcomercio.com.ec](http://www.elcomercio.com.ec)

El tiempo. [www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com)

Facultad de Derecho UNICEN. [www.cartapacio.edu.ar](http://www.cartapacio.edu.ar)

Filosofía española. [www.filosofia.org](http://www.filosofia.org)

Hunnapu. [www.hunna.org](http://www.hunna.org)

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. [www.iess.gob.ec](http://www.iess.gob.ec).

Instituto Latinoamericano de Investigaciones sociales de Ecuador. [www.ildis.org.ec](http://www.ildis.org.ec).

Instituto Nacional de estadísticas y Censos. [www.inec.gov.ec](http://www.inec.gov.ec).

Instituto Salud y Futuro Universidad Andrés Bello. [www.saludyfuturo.cl](http://www.saludyfuturo.cl).

Instituto Superior de Ciencias Médicas de la Habana. [www.ucmh.sld.cu](http://www.ucmh.sld.cu).

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)

La seguridad social en el Ecuador, historia y cifras. [www.flacsoandes.org](http://www.flacsoandes.org)

La nación. [www.nacion.com](http://www.nacion.com)

Naciones Unidas. [www.un.org](http://www.un.org).

Naciones Unidas Mujeres. [www.unifemandina.org](http://www.unifemandina.org)

Organización de las Naciones Unidas para alimentación y Agricultura. [www.fao.org](http://www.fao.org).

Organización Mundial de la Salud. [www.who.org](http://www.who.org).

Organización Mundial del Trabajo. [www.oit.org](http://www.oit.org).

Organización Panamericana de la Salud. [www.paho.org](http://www.paho.org).

Organización Internacional Trabajo. [www.ilo.org](http://www.ilo.org)

Real Academia de la Lengua Española. [www.lema.rae.es](http://www.lema.rae.es)

Mi tecnológico. [www.mitecnologico.com](http://www.mitecnologico.com)

Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración. [www.mmrree.gob.ec](http://www.mmrree.gob.ec)

Ministerio de Relaciones Laborales. [www.mrl.gob.ec](http://www.mrl.gob.ec)

United Nations Human Rights. [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)

Universidad Andina Simón Bolívar. [www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec)

Manual para parlamentarios. [www.ipu.org](http://www.ipu.org)

Revista de Medicina en Colombia. [www.encolombia.com](http://www.encolombia.com).

Real Academia Española de la Lengua. [www.rae.es](http://www.rae.es)

Superintendencia de Bancos y Seguros del Ecuador. [www.sbs.gob.ec](http://www.sbs.gob.ec)

Universidad de Málaga. [www.eumed.net](http://www.eumed.net).

The free dictionary by Farlex. [www.es.thefreedictionary.com](http://www.es.thefreedictionary.com)

## **Plexo Normativo**

African Charter on Human and People's Rights.

Código de Trabajo Codificado.

Constitución de la República del Ecuador.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación.

Convención sobre la eliminación de todas forma de discriminación contra la mujer.

Convención sobre los derechos del niño.

Código de la niñez y adolescencia.

Europea Social CharterPart I, el Protocolo San Salvador.

Ley Codificada de Seguridad Social.

Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional.

Ley orgánica para la defensa de los derechos de los trabajadores.

Ley orgánica de la Función Legislativa.

Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Decreto Legislativo. Registro Oficial 228.

## **Sentencias**

ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS DE PROCURADURÍA GENERAL DEL  
ESTADO, PARTE 82, Registro Oficial, 35, 28-sep-2009.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-548/11.

Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo 14-VII-86 T.C.A. No. 8.

Jurisprudencia del 14 de Julio de 1986, del Tribunal Contencioso Administrativo No. 8,

Resolución del Tribunal Constitucional, DESECHA LA INCONSTITUCIONALIDAD,  
11-dic-2003.

Resolución del Tribunal Constitucional, DESECHA POR IMPROCEDENTE LA  
DEMANDA, 22-abr-2003.

Resolución del Tribunal Constitucional. Desecha la Inconstitucionalidad. 11-dic-2003.

Resolución de la Corte Constitucional 783, Registro Oficial Suplemento 122 de 13 de  
Mayo del 2009.

Resolución Tribunal Constitucional 1295, Registro Oficial Suplemento 64, 14 de Julio  
del 2008.

Resolución de la Corte Constitucional el 31 de Mayo del 2012 se declara la  
inconstitucionalidad de un inciso del artículo 78 de la Ley de Hidrocarburos

Resolución de la Corte Constitucional 8, Registro Oficial Suplemento 714 de 31 de  
Mayo del 2012.

Resolución de la Corte Constitucional 56, Registro Oficial Suplemento 99 de 31 de  
Diciembre del 2009.



# **ANEXOS**

## **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 94 DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL**

### **SEÑORES MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL:**

**Yo, VÍCTOR MANUEL ROMÁN MORENO**, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, casado, con cédula de identidad 1707263528, por mis propios derechos y domiciliado en la ciudad de Quito, ante ustedes respetuosamente comparezco y deduzco la siguiente **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

### **AUTORIDAD QUE EXPIDIÓ LA NORMA IMPUGNADA**

El acto normativo impugnado es el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, publicada en Registro Oficial Suplemento No. 465 de 30 de Noviembre de 2001, modificada por última ocasión el 31 de marzo de 2011 por la Asamblea Nacional.

### **LUGAR DE NOTIFICACIÓN**

Todas las notificaciones las recibiré en mi casillero constitucional número xxx y vía correo electrónico a [inconstitucional94lss@gmail.com](mailto:inconstitucional94lss@gmail.com)

### **ANTECEDENTES:**

El concepto de los derechos humanos lo constituye, las libertades, derechos y facultades que tiene un ser humano y que le son inherentes por el hecho de su condición de tal. La seguridad social es un derecho humano reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que garantiza a los miembros de una sociedad el acceso a los bienes y servicios mínimos para poder acceder a una vida digna y decente. El Ecuador ha ratificado y adoptado la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Constitución Política del Ecuador es una de las más avanzadas de los países latinoamericanos en los que respecta a seguridad social. Reconoce a la seguridad social como un derecho de los ciudadanos y un deber primordial del Estado; por lo que, el Estado debe garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud y la Seguridad Social entre otros. Sin embargo la Ley de Seguridad Social no ha evolucionado acorde con la nueva Constitución y los derechos reconocidos a nivel internacional.

## **ESPECIFICACIÓN CLARA Y PRECISA DEL ACTO NORMATIVO IMPUGNADO:**

El 30 de Noviembre de 2001 es publicada la Ley de Seguridad Social en Registro Oficial Suplemento No. 465, en la que se contempla el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social. El artículo 94 de la referida Ley establece:

Art. 94.- RESPONSABILIDAD PATRONAL.- Si por culpa de un patrono el IESS no pudiese conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habrían podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, éste será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva.

El IESS concederá tales prestaciones, en la parte debida a la omisión o culpa del empleador, solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de éste, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto.

## **SEÑALAMIENTO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y ACUERDOS INTERNACIONALES QUE SE CONSIDERAN VIOLADOS.**

### **Constitución de la República.**

Este artículo citado viola los siguientes artículos de la Constitución del Ecuador, que fue publicada el 20 de octubre de 2008 mediante el Registro Oficial.

La Constitución garantiza derechos considerados fundamentales para el buen vivir y para darle practicidad a la política de inclusión. Reconoce a la seguridad social como un derecho de los ciudadanos y un deber primordial del Estado.

- **Artículo 3:** establece que el Estado debe garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, **la seguridad social** y el agua para sus habitantes.

- **Artículo 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 efectivo 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 auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

- **Artículo 66:** el Estado reconoce y garantizará a las personas el derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, **seguridad social** y otros servicios sociales necesarios.

- Artículo 261: el Estado central tendrá competencias exclusivas sobre las políticas de educación, salud, seguridad social, vivienda.

- Artículo 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 subsidiaridad.

- Artículo 368: el sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.

- Artículo 369: establece que el **seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley**. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente. La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.

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

- Artículo 371 determina que “las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado (...) **Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.**

- Artículo 424: la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 426: todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. **Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.** No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

- Artículo 428: **cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y**

**remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.**

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

- Artículo 427: las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

- Artículo 417: los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

- Artículo 424: la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. **La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.**

Y por último, es inconstitucional ya que atenta a la DISPOSICION DEROGATORIA que determina que se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial número uno del día once de agosto de 1998, y toda norma contraria a esta Constitución. El resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

#### **Convenios Internacionales ratificados por el Ecuador:**

- El derecho a la Seguridad Social, es un derecho humano reconocido por la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, y que garantiza a los miembros de una sociedad el acceso a los bienes y servicios mínimos para poder acceder a una vida digna y decente.

- Artículo 22: **toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social**, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Es una obligación de los Estados brindar un mínimo de seguridad a las personas que habitan su territorio.

- Artículo 25: toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

- El pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El artículo 9 establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”<sup>173</sup>. El presente convenio faculta a la concreción material de los derechos llamados de segunda generación por medio de acciones judiciales. Los Estados tienen la obligación de cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” el artículo 9, del derecho a la Seguridad Social establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

---

<sup>173</sup> <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Compilation1sp.pdf>.

El día 26 de Marzo de 1993 el Ecuador ratificó su adhesión al Protocolo.

## **ARGUMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DE INCONSTITUCIONALIDAD**

El artículo 94 de la Ley de Seguridad Social del Ecuador es inconstitucional y contraviene a la Declaración Universal de Derechos Humanos; al no permitir a los afiliados al Seguro General Obligatorio disfrutar de todos sus derechos cuando un patrono no pagó los valores al IESS. Esto es atentatorio a los derechos del trabajador ya que no puede hacer uso, goce y disposición de beneficios que por ley le corresponden y porque el efecto de la norma castiga a quien no ha incumplido deberes ordenados por el Estado.

Este escenario se ha ido magnificando en estos últimos años y muchos trabajadores se han visto impedidos de gozar sus derechos que por ley le corresponden y derechos por los cuales muchos han aportado, se han esforzado y sacrificado. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 94 ya citado no afecta los intereses colectivos que representa el IESS, ya que éste debe hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores que incurran en mora en el pago de las obligaciones que impidan la atención de los afiliados por parte del Instituto de Seguridad Social, a través de cualquiera de sus prestaciones. La Institución tiene por ley jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, debe ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros sean de público conocimiento de propiedad del patrono moroso y sus herederos, y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación. Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden. Es por esto



que como solución definitiva se plantea ante ustedes la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social.

El IESS al iniciar juicio coactivo a un patrono por falta de pago del aporte de su empleado que puede finalizar llevando al patrono a la insolvencia. Si no tiene bienes caso en el cual el trabajador no tiene derecho a acceder a sus beneficios que por ley le corresponden.

Son dramáticos los casos cuando luego de 19 a 25 años de laborales una persona de 65 años de edad no puede acceder a sus prestaciones de jubilación porque su último patrono no pago sus aportes al IESS y ésta Institución no permite que el trabajador cancele esos aportes, convirtiéndose en una injusticia para el trabajador, como el caso del Señor Román.

### **PETICIÓN CONCRETA QUE SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO NORMATIVO**

Se pide se declare inconstitucional el artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, ya que la norma es contraria a esta Constitución y pactos internacionales firmados por el Ecuador.

### **DESIGNACIÓN DE LA CASILLA CONSTITUCIONAL**

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el Casillero Constitucional no. 123 y autorizo a Clínicas Jurídicas de la Universidad San Francisco de Quito para que mi caso y en nombre y representación suscriba cuantos escritos sean necesarios en la presente.

Firmo con mi Abogado Defensor.

**Sr. Víctor Manuel Román Moreno.**