

UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN

CARRERA DERECHO

SEDE QUITO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**ESTUDIO SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DE LA LEY DE
SEGURIDAD SOCIAL, PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE AFILIACIÓN**

FRAUDULENTA

AUTOR:

MIGUEL FERNANDO ABÁSULO CHAMORRO

TUTOR

DR. JUAN GERARDO ÁVILA URDANETA. PHD.

QUITO-2021

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR



CERTIFICADO DEL ASESOR DE TESIS

Dr. **JUAN GERARDO AVILA URDANETA, PhD.**, Profesor de la Carrera de Derecho Sede Quito de la Universidad Metropolitana

CERTIFICO:

Haber revisado el trabajo de investigación de tesis para optar por el título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, realizado por el estudiante **MIGUEL FERNANDO ABÁSULO CHAMORRO**, portador de la cédula de ciudadanía 172680177-6, cuyo título es "**ESTUDIO SOBRE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE AFILIACIÓN FRAUDULENTO**", el mismo que cumple con todas las exigencias académicas y reglamentarias para este tipo de trabajo por lo que autorizo su presentación.

He puesto especial atención para verificar que el trabajo no contenga textos sin la respectiva referencia bibliográfica, sin embargo, si se llegase a determinar la existencia de plagio académico la responsabilidad será únicamente de sus autores.

Quito, 02 de marzo de 2021

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Juan Gerardo Avila Urdaneta", is written over a faint circular stamp or watermark.

Dr. Juan Gerardo Avila Urdaneta PhD.

ASESOR DE TESIS

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, **Miguel Fernando Abásolo Chamorro**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, de la carrera de Derecho, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación, que versa sobre: **Estudio sobre la modificación del artículo 80 de la ley de seguridad social, procedimiento de declaratoria de afiliación fraudulenta** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría del compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

MIGUEL FERNANDO ABÁSULO CHAMORRO

C.I. 172080177-6

AUTOR

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, **Miguel Fernando Abásolo Chamorro**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **Estudio sobre la modificación del artículo 80 de la ley de seguridad social, procedimiento de declaratoria de afiliación fraudulenta**, modalidad Proyecto de Investigación de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

MIGUEL FERNANDO ABÁSULO CHAMORRO

C.I. 172080177-6

DEDICATORIA

A mi Padre Miguel quien fue mi aliciente, para estudiar esta noble carrera, a mi Madre Cecilia, a mi Hermana Stefany, y a mi esposa Doris, quienes me brindaron su incondicional apoyo durante el tiempo transcurrido para llegar a culminar esta etapa de mi vida, que da inicio a una nueva oportunidad, y me abre las puertas para seguir creciendo como persona; y al Dr. Juan Carlos Merizalde quien me ha impartido sus conocimientos y me motivó en especializarme en Derecho Administrativo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por sobre todas las cosas, por haberme dado la fuerza necesaria para culminar este primer peldaño profesional de mi vida.

A todas las personas que me brindaron su apoyo, para cumplir este sueño que hoy en día se convierte en una hermosa realidad al servicio de los más necesitados en búsqueda de la justicia y el bien común.

ÍNDICE.

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR.....	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN.....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
RESUMEN.....	X
ABSTRACT.....	XI
INTRODUCCIÓN	1
Planteamiento del problema.....	1
Hipótesis.....	2
Objetivos de la investigación.....	4
Objetivo general.....	4
Objetivos específicos.....	4
Idea de la investigación.....	5
CAPÍTULO I.....	9
1. MARCO TEÓRICO.....	9
1.1. El derecho social	9
1.2. El derecho laboral.....	10
1.3. La seguridad social.....	12
1.3.1. Surgimiento de la seguridad social.....	14
1.3.2. Surgimiento de la seguridad social en Ecuador.....	18
1.3.2.1. Periodo comprendido entre 1917 a 1928.....	18
1.3.2.2. Periodo comprendido entre 1929 a 1940.....	19
1.3.2.3. Periodo comprendido entre 1941 a 1952.....	21

1.3.2.4.	Periodo comprendido entre 1953 a 1964.	23
1.3.2.5.	Periodo comprendido entre 1965 a 1976.	24
1.3.2.6.	Periodo comprendido entre 1977 a 1988.	26
1.3.2.7.	Periodo comprendido entre 1989 a 2000.	29
1.3.2.8.	Periodo comprendido entre 2001 a 2012.	30
1.3.2.9.	Periodo comprendido entre 2013 a la actualidad.	30
1.4.	Afiliación a la seguridad social.	31
1.4.1.	Afiliación a la seguridad social en Ecuador.	31
1.4.1.1.	Estructura orgánica del IESS.	33
1.4.1.1.1.	Órganos de reclamación administrativa.	34
A.	Comisión Nacional De Apelaciones.	35
B.	Comisión Provincial De Prestaciones y Controversias.	36
1.4.2.	Afiliación a la seguridad social en Colombia.	36
1.4.3.	Afiliación a la seguridad social en Perú.	38
1.4.4.	Afiliación a la seguridad social en Chile.	40
1.4.5.	Afiliación a la seguridad social en Venezuela.	42
1.4.6.	Afiliación a la seguridad social en España.	44
1.5.	Afiliación fraudulenta a la seguridad social.	47
1.5.1.	Afiliación fraudulenta en Ecuador.	48
1.5.2.	Afiliación fraudulenta en Colombia.	51
1.5.3.	Afiliación fraudulenta en Perú.	54
1.5.4.	Afiliación fraudulenta en Chile.	58
1.5.5.	Afiliación fraudulenta en Venezuela.	60
1.5.6.	Afiliación fraudulenta en España.	62
1.6.	Elementos de la afiliación fraudulenta a la seguridad social.	66

1.6.1.	Dolo.....	66
1.6.2.	Engaño.....	69
1.6.3.	Perjuicio.	70
1.6.4.	Intencionalidad.	72
CAPÍTULO II.....		74
2.	METODOLOGÍA	74
2.1.	Entrevista a funcionario de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS.	75
2.1.1.	Entrevista al Dr. Víctor Hugo Jara Toscano.....	75
2.2.	Entrevista a Juez del Tribunal Contencioso Administrativo.	80
2.2.1.	Entrevista al Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas.	80
CAPÍTULO III.....		84
3.	PROPUESTA DE LEY	84
3.1.	Antecedentes.....	84
3.1.1.	Reforma a la Ley de Seguridad Social.	87
3.1.2.	Reforma al Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera. 89	
3.1.3.	Reforma al Código Organico Integral Penal.	91
CONCLUSIONES.....		93
RECOMENDACIONES.....		95
Bibliografía.....		96
ANEXOS.....		106

RESUMEN

La Seguridad Social, concebida como un derecho inalienable de todas las personas que viven dentro del territorio ecuatoriano, y que están afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), ya sea de manera personalmente o por los empleadores, busca garantizar el acceso digno a la salud, riesgos laborales, jubilaciones y otros servicios, nunca se puede violar, bajo ninguna circunstancia.

Siendo la afiliación fraudulenta, considerada por la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, como falsa o inapropiada, puede hoy, terminar incontables años de beneficios de la Seguridad Social, por el mero hecho de ser emitido un informe en la sede administrativa por parte de funcionarios del IESS, quienes, en su opinión, consideran que hubo mala fe en el seguro de determinada persona y en el pago de prestaciones.

Por ello, este trabajo de investigación propone la reforma de la Ley de Seguridad Social, en particular la modificación del artículo 80, relativo a la afiliación fraudulenta, con el fin de establecer los conceptos básicos de este tipo de afiliación y el procedimiento a seguir por el IESS, para que los ciudadanos sepan en qué consiste, y no se vean afectados por intentar defraudar al Estado inventando algo inapropiado en materia de prestaciones, a su vez, en caso de error en la declaración de pérdida de beneficios, el ciudadano puede defenderse en la sede administrativa, presentando diversos elementos de descargo que ayuden a esclarecer la verdad, ahorrando tiempo y recursos sin tener que acudir a los tribunales para defender sus derechos.

Palabras clave: Ecuador; Seguridad Social; Fraude

ABSTRACT

Social Security, conceived as an inalienable right of all people who live in the Ecuadorian territory, and who are affiliated with the Ecuadorian Social Security Institute (IESS), either personally or by employers, seeks to guarantee dignified access to the health, work risk, retirement and other services, it can never be violated, under any circumstances.

Being fraudulent affiliation, considered by the Law, Jurisprudence and the Doctrine, as false or inappropriate, can today, end countless years of Social Security benefits, by the mere fact of being issued a report in the administrative headquarters by parts of IESS officials, who, in their opinion, consider that there was bad faith in the insurance of a certain person and in the payment of benefits.

For this reason, this investigation work, proposes the reform of the Social Security Law, in particular the modification of article 80, relative to fraudulent affiliation, in order to establish the basic concepts of this type of affiliation and the procedure to be followed by the IESS, so that citizens know what it is, and not be affected by trying to defraud the State by inventing something inappropriate in terms of benefits, in turn, in case of error in the declaration of loss of benefits, the citizen can defend himself at the administrative headquarters, presenting various elements of discharge that help clarify the truth, saving time and resources without having to go to the courts to defend their rights.

Keywords: Ecuador; Social Security; Fraud.

INTRODUCCIÓN

Planteamiento del problema.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad social (IESS) en uso de su potestad determinadora, a través del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera; emitido mediante resolución 516 publicada en el Registro Oficial Edición Especial 687 del 15 de agosto de 2016, cuya última modificación tuvo efecto el 18 de octubre de 2018, señala en el artículo 30 una definición de afiliación fraudulenta, entendiéndose esta como:

La afiliación fraudulenta será toda aquella que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido, transgrediendo con ella la buena fe entre las partes. La sanción se efectuará de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene la facultad de oficio o a petición de parte, de efectuar los procedimientos administrativos para determinar posibles casos fraudulentos.

Para investigar si una afiliación es fraudulenta las Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura, efectuarán el procedimiento determinado por la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura y aprobado por la Dirección General. (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016, pág. 13)

De la misma manera, la Ley de Seguridad Social vigente a la actualidad, publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001, establece en su artículo 80 lo siguiente:

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

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 26)

En base a los artículos citados, se puede observar lo que sucede en caso de detectarse una falsa afiliación por parte IESS, siendo esto, el hecho de dar de baja los aportes consignados de manera fraudulenta, a más de cobrar por concepto de multas los aportes servidos, tanto al falso empleado como al falso patrono; la afiliación fraudulenta, en la gran mayoría de casos, es detectada al momento en el que el afiliado solicita la jubilación patronal, en virtud de que para ser concedida está, se designa a un inspector, quien verifica en el historial laboral la continuidad de las aportaciones, y la óptima procedencia de dichos aportes, puesto que se encuentra entre las funciones del inspector designado, el investigar sobre la presunción de afiliaciones indebidas o fraudulentas, debiendo para ello, remitir un informe a la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias.

La Ley de Seguridad Social, establece, como ya se mencionó con antelación, las sanciones en el caso de que fuere detectada una afiliación como fraudulenta. Sin embargo, no establece el significado de este tipo de afiliación, motivo por el cual este trabajo de titulación busca exhortar a la Asamblea Nacional a fin de que modifique el artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, incluyendo una breve conceptualización de la afiliación fraudulenta. A fin de que sea de fácil entendimiento para los afiliados a la Seguridad Social, y estos no caigan en indefensión.

Hipótesis.

La Seguridad Social, considerada por la Constitución de la República del Ecuador como un derecho de todos los ecuatorianos y un deber del Estado, siendo la afiliación al IESS un derecho irrenunciable, no puede ser declara como indebida o fraudulenta por el solo hecho de un informe emitido por un inspector designado para el efecto. Por el contrario, debe señalarse en la Ley y en los Reglamentos, los plazos de investigación, el procedimiento a seguir, los trámites internos, y demás; a fin de que el afiliado pueda salvaguardar sus derechos en sede administrativa, presentando elementos de descargo tales como el Contrato de Trabajo, roles de pago, historial laboral, biométrico de horas

laboradas, su juramento deferido, e incluso solicitar la declaración de parte del empleador.

Mediante la declaratoria de afiliación fraudulenta por parte del IESS, el trabajador pierde varios años de aportaciones perjudicando el acceso a una digna jubilación en virtud de que, en el común de los casos, el afiliado que ha trabajado bajo relación de dependencia por varios años, logrando acumular cuatrocientas ochenta (480) imposiciones o más, o que desea jubilarse por cumplir con los años de aportación al tener sesenta y cinco (65) años de edad, habiendo acumulado ciento ochenta (180) imposiciones o setenta (70) años de edad, habiendo acumulado ciento veinte (120) imposiciones; y desea acceder por el hecho de cumplir con los requisitos exigidos por el IESS, a la mensualización vitalicia de las pensiones, debe presentar una solicitud al IESS mediante la página web digitando su usuario y clave de afiliado.

Una vez realizado dicho proceso descrito con antelación, siendo ingresado el trámite de petición de jubilación, es analizado por la “Coordinación provincial de prestaciones de pensiones, riesgos de trabajo, desempleo y fondos de terceros” (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016, pág. 14), quienes emiten un informe a la “Comisión provincial de prestaciones y controversias” para que esta a su vez proceda a dar de baja ciertos años de aportación por considerar que existió una afiliación fraudulenta, la cual según un informe interno que tiene carácter de acto administrativo, son dados de baja los aportes que en la mayoría de casos detectados, suele darse cuando ha existido una relación laboral entre cónyuges.

Lo cual es concatenado, con el análisis de un precedente jurisprudencial de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, y un Juicio del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, donde se puede apreciar que los casos de afiliación fraudulenta, se enmarcan en la figura de la relación laboral existente entre cónyuges, pese a que no existe impedimento legal para que el esposo o esposa pueda trabajar para su cónyuge, más sin embargo, el IESS, se basa en el estamento de lo establecido en el artículo 218 del Código Civil que señala textualmente que:

Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código y capitulaciones matrimoniales, no obstante en caso de separación de bienes podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad". (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, pág. 75)

Por lo tanto, basándose en lo descrito con antelación, se señala que no podría existir la mínima posibilidad legal, de que entre cónyuges exista una relación laboral, pues según el IESS, ello vulnera el vínculo jurídico que implica la institución del matrimonio, aunque frente a ello, cabe recalcar que aquella limitación no es concreta, y muchos menos limita de forma absoluta, que se puedan celebren otro tipo de contratos que muy bien son válidos por expresa autorización de la ley o por efecto de la modificación del régimen de sociedad conyugal al de bienes separados entre cónyuges.

Lo cual, desde el punto de vista positivo del derecho, la simple idea de que pueda existir una relación de trabajo entre cónyuges, que tienen realizada la disolución de la sociedad conyugal no es posible, según lo expresa (Vargas, 2015, pág. 7) debido a un evidente vacío legal existente, el cual no señala de una manera específica dicha posibilidad, remitiéndose únicamente a lo establecido en el artículo 218 del Código Civil. (Vargas, 2015, pág. 7)

Objetivos de la investigación.

Objetivo general.

Desarrollar un estudio que incorpore elementos técnicos, para la modificación del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, para establecer una afiliación de relación de dependencia laboral entre cónyuges como fraudulenta.

Objetivos específicos.

- ✓ Analizar la figura de la afiliación fraudulenta en el sistema de la Seguridad Social en materia administrativa y laboral en el territorio nacional.

- ✓ Analizar las legislaciones de la seguridad social de Colombia, Perú, Chile, Venezuela y España, al declarar afiliaciones como Fraudulentas, sus consecuencias y procedimientos.
- ✓ Elaborar los instrumentos para implementar un procedimiento que regule la afiliación fraudulenta, teniendo como órgano de control la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS.

Idea de la investigación.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008 a la actualidad, establece el derecho a la seguridad social, señalando en su artículo 34 lo siguiente:

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. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 29)

De la misma forma, la Constitución versa sobre la responsabilidad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), en el artículo 370 señalándolo como: “entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 168)

Establecidos los principios Constitucionales en lo referente al Derecho a la Seguridad Social, es menester señalar que, la Ley de Seguridad Social vigente a la actualidad, que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001, cuya última reforma parcial se expidió el 21 de agosto de 2018, señala que la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), es obligatoria para todas aquellas personas que perciban una remuneración económica a cambio de una actividad laboral, ya sea esta física o intelectual, bajo relación de dependencia o no. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 1)

Ahora bien, La normatividad y la jurisprudencia, como menciona (Maldonado Sierra , 2017, pág. 76), atribuyen a la afiliación fraudulenta varias acepciones como: la de irregular, falsa, indebida, ilegal, ineficaz, incorrecta, etc. De igual manera, (Ledesma, 2014, pág. 75) menciona que se puede inferir como un acto doloso y consiente el simular una afiliación a la Seguridad Social, para obtener de esta ultima los beneficios que conlleva el estar afiliado. (Ledesma, 2014, pág. 75)

Dentro de la legislación ecuatoriana, el IESS en uso de su potestad determinadora, a través del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS; emito mediante resolución 516 publicado en el Registro Oficial edición especial 687 del 15 de agosto de 2016, cuya última modificación tubo efecto el 18 de octubre de 2018, señala en artículo 30 define a la afiliación fraudulenta como:

La afiliación fraudulenta será toda aquella que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido, transgrediendo con ella la buena fe entre las partes. La sanción se efectuará de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene la facultad de oficio o a petición de parte, de efectuar los procedimientos administrativos para determinar posibles casos fraudulentos.

Para investigar si una afiliación es fraudulenta las Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura, efectuarán el procedimiento determinado por la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura y aprobado por la Dirección General. (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016, pág. 13)

De la misma manera, la Ley de Seguridad Social vigente a la actualidad, publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001, establece, en el “Capitulo Ocho” denominado “De La Recaudación y De La Mora Patronal”, dentro de su “Parágrafo 1 De La Recaudación”, artículo 80 lo siguiente:

En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto retendrá, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto exigirá, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dará por

vencidas y declarará exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 26)

Este artículo señala, lo que sucedería en caso de que sea detectada una afiliación fraudulenta, y sobre el tipo de responsabilidades en las que incurren el empleador y el falso afiliado, siendo estas la responsabilidad civil y penal, pero no especifica lo que es una afiliación fraudulenta, y el procedimiento en el que se basa la Comisión de Prestaciones y Controversias del IESS, para declararla como tal. Por lo cual, existe la necesidad de que este artículo sea reformado por parte de la Asamblea Nacional, incluyendo en el mismo, una breve conceptualización de la afiliación fraudulenta, la cual debe ser de fácil entendimiento para los afiliados a la Seguridad Social, a fin que estos no caigan en indefensión.

La Seguridad Social, considerada por la Constitución de la República del Ecuador como un derecho de todos los ecuatorianos y un deber del Estado, siendo la afiliación al IESS un derecho irrenunciable, no puede ser declarada como indebida o fraudulenta cuando evidentemente exista una verdadera relación laboral entre cónyuges, por el solo hecho de un informe emitido por un inspector designado para el efecto. Debe señalarse en la Ley y en los Reglamentos, los plazos de investigación, el procedimiento a seguir, los trámites internos, y demás; a fin de que el afiliado pueda salvaguardar sus derechos en sede administrativa, presentando elementos de descargo tales como el Contrato de Trabajo, roles de pago, historial laboral, biométrico de horas laboradas, su juramento deferido, he incluso solicitar la declaración de parte del empleador.

Entonces, Cabe preguntarse ¿Cuáles son los plazos de investigación, el procedimiento a seguir, los trámites internos, y demás bases para que los funcionarios de la “Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias” puedan declarar una afiliación como indebida o fraudulenta entre cónyuges? Y ¿cuál es la limitación de que pueda afiliarse a mi cónyuge al Seguro Social, así se en calidad de ama de casa u otro tipo de actividad por la colaboración prestada en el trabajo?; Por lo cual, el propósito de este

trabajo de titulación es, tras el desarrollo de un estudio teórico técnico-jurídico, proponer la modificación del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, a fin de que exista una adecuada regulación de la afiliación fraudulenta, en lo referente a los plazos, procedimientos administrativos y demás garantizando con ello que un afiliado pueda hacer uso de su derecho a la defensa.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1. El derecho social

El derecho social, forma parte de los “derechos subjetivos”, que son reconocidos por el “derecho positivo”, el cual, a su vez forma parte de los “derechos fundamentales del ser humano”, mismos que fueron aprobados a nivel internacional, tras la promulgación del “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en el año de 1976. EL cual, según la concepción del tratadista (Trueba, 1972) es el “conjunto de principios, instituciones y normas que, en función de la integración, protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles”. (Trueba, 1972, pág. 27)

Por otro lado, el derecho social, es concebido como un

Sistema de disciplinas y regulaciones jurídicas estrechamente relacionadas, con un fundamento, una finalidad y un método común -muchas veces dependientes entre sí, que protege a los menos favorecidos, es usualmente identificado con el Derecho del Trabajo y con el Derecho de la Seguridad Social. (Sosa, 2008)

Siendo a partir de estas dos acepciones fundamentales, del derecho social, que se puede entrever que este, se encuentra formado por un conjunto de leyes, y tratados, que buscan por sobre todas las cosas, el bienestar de las personas o grupos de personas que son catalogadas como vulnerables o económicamente débiles, brindándoles la protección que necesitan garantizándoles adecuadamente el derecho de la libertad individual, al trabajo, a la seguridad social y acceso a los servicios básicos.

Al analizar la evolución en la positivización de los derechos sociales, a los cuales en un inicio les fue negado su carácter de derecho, al ser considerados simplemente como una mera aspiración, según la concepción de (Arango, 2015) estos son el

Producto de revoluciones y luchas políticas, reconocidas a los grupos o colectividades, como en el caso de la clase trabajadora, a la que se le ha reconocido los derechos sociales fundamentales con carácter de derechos subjetivos, a través de los años, entre

ellos los derechos laborales y los derechos a la seguridad social; al igual que con que con el objeto de prestación fáctica por parte del Estado, también se ha reconocido el derecho a la alimentación, a la salud, a la educación, a la vivienda, entre otros. (Arango, 2015, pág. 1677)

El Derecho Social, cuna e inspiración del Derecho Laboral y del Derecho a la Seguridad Social, se encuentran regulados y equiparados en las relaciones económicas y empresariales. Según la concepción del tratadista (Santos, 1994, pág. 25) quien dijo que las relaciones entre particulares, “la vida jurídica de los grupos humanos homogéneos (clase campesina, clase trabajadora, económicamente débiles, etc.), no podía reglamentarse por los principios del derecho privado”, y que, tampoco se podría “encontrar dentro del esquema del derecho público que regula las relaciones entre el Estado y los súbditos, sobre bases de supra y subordinación.” (Santos, 1994, pág. 25); De la concepción citada con antelación, se tiene que el derecho laboral posee cierta naturaleza particular, al regular tanto los intereses económicos por un lado de la clase obrera y trabajadora, y por otro lado de los empresarios que se apoyan en los trabajadores para alcanzar la riqueza por la productividad brindada por los empleados.

1.2. El derecho laboral

Según la concepción del tratadista ecuatoriano (Vásquez, 2004, pág. 18) el derecho laboral se define como un “conjunto de normas y principio que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, sus modalidades y condiciones del trabajo. Ciencia que con criterio social, vela por la justicia en las relaciones de trabajo”. De igual forma, (Cabanellas, 2006, pág. 121) define al derecho del trabajo, como

El conjunto de normas positivas y doctrinas referentes a las relaciones entre el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores, (...) brindada en diversos aspectos legales, contractuales y consuetudinarios de los dos elementos básicos de la economía (...) independientemente si el trabajador presta sus servicio intelectual, técnico, de dirección, de fiscalización o manual, donde el Estado, como poder neutral y superior, ha de marcar las líneas fundamentales de los derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de la producción. (Cabanellas, 2006, pág. 121)

Así mismo, el Dr. Ángel Arias Domínguez (2003), manifiesta que el trabajo, en su sentido extenso, “es uno de los fenómenos más característico del género humano” (Arias, 2003). Puesto que el hombre siempre se ha visto encaminado en ejercer una actividad física o intelectual, a la espera de un resultado productivo obteniendo como resultado a su esfuerzo la consecución de riqueza, o improductivo obteniendo como resultado a su esfuerzo otro tipo de beneficios que suelen ser necesarios para los seres humanos en su esfera individual y social. Siendo en definitiva el trabajo, “una categoría antropológica, una invariante de la naturaleza humana cuyo rastro se encuentra en todo tiempo y lugar”. (Arias, 2003, pág. 543)

En virtud de que el Derecho del Trabajo, se constriñe a la consecución de dos objetivos igualmente necesarios, por un lado:

La regulación jurídica del conflicto subsistente en el fenómeno de la prestación de la fuerza productiva (...) y por otro lado “la protección de los derechos individuales de los actores de la trama, como garantía de la trascendencia del trabajo en su aspecto individual y social. (Arias, 2003, pág. 545)

Que, según (Cevallos, 2007) vio sus inicios a partir de la Revolución Juliana, incluyendo en la normativa ecuatoriana, al contrato individual de trabajo, la duración de las horas de trabajo en sus jornadas máximas, al igual que el tiempo de descanso, la protección a la mujer embarazada, la jubilación por años de trabajo, entre otras.

En el año de 1929, se habló por primera vez de los derechos sociales que tiene la clase obrera por parte de la Asamblea Constituyente de ese entonces, no siendo hasta el año de 1937, donde se anunció el Código de Trabajo para su posterior expedición por parte de la Asamblea Nacional; el cual, a lo largo de la historia, ha mutado debido a los diversos cambios y mejoras, tras las constantes luchas de la clase obrera y de los trabajadores, generando con ello una serie de derechos y seguridades para el óptimo desarrollo de la actividad laboral, aun que pese a ello, durante estos años no se ha abordado el tema de la contratación laboral entre cónyuges, ni la relación laboral ente cónyuges que tengan una disolución de la sociedad conyugal.

Siendo el tema de la relación laboral ente cónyuges, de suma importancia, puesto que la gran mayoría de negocios se constituyen con la idea que los esposos laboren en conjunto, apoyando la idea de matrimonio que es concebida como el auxilio mutuo entre las partes, pudiendo las partes legalmente capaces contratar y ser contratadas; puesto que, el Derecho individual del trabajo, regula la relación jurídico laboral existente entre las partes, lo cual es reconocido por la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales que han sido debidamente ratificados por el Ecuador, y por la Leyes de la república que reconocen la amplia gama de derechos y obligaciones individuales.

Según lo establecido en el artículo 8 del Código de Trabajo (2005) el Contrato individual de trabajo es “el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005, pág. 4)

1.3. La seguridad social

La seguridad social, concebida por (Pérez, 1956, pág. 35) como “parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual” (Pérez, 1956, pág. 35) Es parte de un Derecho Social, en virtud que, es extensiva a toda la población que vive dentro un territorio, sea esta nacional o extranjera, a la cual se le garantiza el acceso a la salud, y a una vida digna a cambio de un porcentaje de su remuneración; al igual que es parte del Derecho Positivo, en virtud de que se encuentra plasmada dentro de las diversas leyes que forman parte del ordenamiento jurídico, nacional e internacional, relaciona con las materias del Derecho Constitucional, Laboral y Administrativo.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la seguridad social guarda una estrecha relación con el Derecho Constitucional, en virtud de que la Constitución como Norma Suprema, reconoce en su articulado, los derechos que tienen todos y cada uno de los ciudadanos que viven dentro del territorio ecuatoriano, de estar afiliados al seguro social, a fin de recibir los múltiples beneficios, por las prestaciones mensuales

consignadas al mismo, así como los deberes que tiene el Estado ecuatoriano para con los afiliados de asegurar el acceso digno.

De la misma manera, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la seguridad social, guarda relación con el Derecho Administrativo, en virtud de la entidad denominada “Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” (IESS), adscrita al Estado que, en uso de potestad determinadora, puede emitir Reglamentos Internos que regulen el buen uso de las prestaciones de los afiliados. Al igual que guarda relación con el Derecho Laboral, por cuanto constituye una obligación por parte del empleador el asegurar a sus trabajadores, a fin de que estos perciban los derechos que le corresponden al estar afiliados.

La seguridad social es

La protección que una sociedad proporciona a los individuos, (...) para, asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia. (Organización Internacional del Trabajo)

Lo cual coincide con lo señalado por Yamin, quien citando a Alvarado, J. 2000, define a la Seguridad Social, como un

Derecho humano fundamental, al igual que un instrumento de justicia social, considerándola como un componente insoslayable del sistema de protección social integral de la persona, lo cual implica el asegurar los ingresos indispensables para que las personas puedan vivir con dignidad y decoro (Yamin, 2006, pág. 255)

Por consecuencia, la seguridad social tiene como finalidad el proteger a los habitantes ante posibles contingencias como en el caso de despidos o de jubilación por vejez, o eventualidades inesperadas que puedan ocurrir como en el caso de riesgos de trabajo. Siendo este, un derecho que es garantizado a cada persona de manera individual a cambio del pago de un porcentaje de la remuneración mensual percibida, independientemente si esta es consignada por un trabajador en relación de dependencia o no.

1.3.1. Surgimiento de la seguridad social.

Según lo señalado por (de Buen Lozano & Morgado Valenzuela, 1997, pág. 603), la seguridad social, es “el resultado de un largo proceso histórico derivado del estado de inseguridad en que vive el hombre, desde los albores de la humanidad”, Debido a que el hombre desde sus inicios, se vio enfrentado a “las vicisitudes propias de la vejez y la imposibilidad de subsistir por sus propios medios”. (de Buen Lozano & Morgado Valenzuela, 1997, pág. 603) la cual, conforme a la evolución de los pueblos y nacionalidades ha ido avanzando con el pasar el tiempo, conforme han aparecido distintas manifestaciones de seguridad social en el mundo, que han sido adoptadas de diversas formas por las culturas del mundo antiguo.

A manera de ejemplo: en Egipto, se creó “las instituciones de defensa y de ayuda mutua, que prestaban auxilio en caso de enfermedad, como el servicio de salud pública, financiado con un impuesto especial”; o en Babilonia, se obligaba a “los dueños de los esclavos al pago de los honorarios a los médicos que los atendían en casos de enfermedad”; o en Roma, donde apareció los “*collegia corpora officie*”, que subsistieron durante mucho tiempo hasta la invasión de los barbados, las siendo una especie de asociación de artesanos con “propósitos mutuales, religiosos y de asistencia a los colegiados y a sus familiares, que asumían la obligación de atender a sus funerales”. (Nugent, 1997, pág. 604)

De la misma manera, el tratadista Paul Durand, citado por (Rendón, 1992, pág. 17) señala que “la formación histórica del sistema de seguridad social ha pasado por tres etapas”, siendo estas: **1)** la aparición de un procedimiento indiferenciado de garantías tales como “el ahorro individual, la mutualidad, el seguro privado, la asistencia pública y la responsabilidad”; **2)** la de los seguros sociales, y **3)** la de la seguridad social. Lo cual es admitido plenamente a su vez por los tratadistas Luis Enrique de la Villa y Aurelio Desdentado Bonete. (Rendón, 1992, pág. 17)

Siendo, en resumen, la formación de la seguridad social, el resultado de un “prolongado proceso que se extiende desde los inicios del siglo pasado hasta la época presente”; donde su aparición como tal se da desde el preciso instante en que pequeños

grupos de trabajadores se asocian en búsqueda de una mutua protección, que gradualmente se hace extensiva a todos los trabajadores, auxiliándolos contra “los riesgos y contingencias, como la enfermedad, el accidente, la maternidad, la vejez y la muerte”. (Nugent, 1997, pág. 614)

Por otro lado, conforme lo explica (Nugent, 1997, pág. 606) antes de la primera revolución industrial, el trabajador se encontraba totalmente desprotegido y desprovisto de cualquier tipo de protección laboral y social, cualquier tipo de gasto a favor del trabajador se consideraba como un incremento a los costos de producción en lo referente a la mano de obra. Sin embargo, los empleadores no estaban obligados a cubrir gastos de enfermedad o de accidentes de sus trabajadores, ni muchos menos existía algún tipo de contingencia enfocado a los riesgos laborales; debiendo ser cubiertos dichos gastos por el trabajador.

La seguridad social, apareció de manera paulatina, como sistemas iniciales de protección, según lo señalado por la (de Buen Lozano & Morgado Valenzuela, 1997), quien divide a la misma en tres etapas fundamentales, que son el ahorro privado, la mutualidad y el seguro privado, siendo etapas representativas para dar paso a lo que hoy se conoce como seguridad social, por su evidente aporte, que ha sido muy significativo, siendo el aporte de cada una de ellas a breves rasgos el siguiente:

- 1) El ahorro privado, surgió históricamente gracias a que el hombre, desde sus inicios, busco guardar parte de su producción, que era obtenida del producto del esfuerzo de su trabajo, a fin de prever los tiempos difíciles o algún tipo de eventualidad futura; modelo que tomo fuerza, durante la era industrial, puesto que el trabajador como tal, se vio obligado de manera personal a conservar parte de sus ingresos, siendo esta medida con el pasar del tiempo adoptada por el Estado.
- 2) El mutualismo, en el que está ausente el fin de lucro, fue creado a partir de la asociación de miembros de determinadas comunidades o colectivos a manera de previsión social. Esta asociación es inspirada en el principio de solidaridad y funcionó inicialmente de manera subrepticia en los albores del siglo XIX, aun cuando se hallaba proscrito por la ley; prohibición que desapareció con el tiempo

permitiendo que las asociaciones tengan existencia legal y personería jurídica, las cuales a la actualidad aún perduran y agrupan a profesionales, comerciantes, artesanos y profesores.

- 3) El seguro privado hizo su primera aparición a finales del siglo XIX, debido a las carencias de las asociaciones de socorro mutuo, que se encontraban imposibilitadas de atender con la debida amplitud del caso los riesgos y contingencias sociales. Que, a diferencia, del seguro privado, que tiene una naturaleza eminentemente mercantil, permitió tras la suscripción de un contrato de derecho privado, al asegurado que se obligue al pago de una prima estimada en función del riesgo asumido por la aseguradora, lo que posibilitaba el cumplir con el objetivo primordial de las aseguradoras que era el brindar cobertura a determinados riesgos y contingencias sociales.

Por otro lado, como era costumbre en la antigüedad, en caso de un infortunio el empleador “se acogía a la teoría civilista de la culpa, exonerándose de la responsabilidad en tanto la víctima no acreditara que el evento dañoso se había producido por culpa del empresario”, por lo cual el trabajador a más de verse impedido de probar la culpa de su principal, se veía imposibilitado de seguir un proceso jurisdiccional ordinario. De igual forma, se desarrolló la “teoría del riesgo, defendida en Francia por Salleilles y Josserand (1897) lo cual significo un notable adelanto para el trabajador, debido a que el empresario, que se beneficiaba con los resultados de la negociación, “debía asumir el riesgo del daño que sufrían quienes estaban a su servicio, aun cuando no existiera culpa del empresario”; esta teoría fue el puntal para la existencia de las leyes sobre accidentes de trabajo. (Nugent, 1997, págs. 609-610)

Con respecto a otra de las teorías del riesgo laboral, fue concebida como un sistema de protección, la llamada asistencia pública, que surgió con el nombre de asistencia social, siendo concebida por la iglesia católica como un acto de caridad para las personas más necesitadas, concepción que fue adoptada por instituciones privadas y posteriormente por entidades estatales que comenzaron a brindar asistencia pública a través de hospitales, hospicios y asilos.

Sin embargo, estos sistemas iniciales de protección resultaron incapaces de dar una solución integral a los riesgos de trabajo y contingencias sociales. Por lo cual en Alemania, país pionero en la seguridad social, se presenta ante el Parlamento un proyecto de seguro obligatorio contra accidentes y enfermedades concebido por Bismark, que fue adoptado por prenombrado gobierno el 15 de julio de 1883, brindando con ello la debida protección a los trabajadores industriales de forma obligatoria,

Contra el riesgo de enfermedad y la contingencia de la maternidad; con prestaciones por un máximo de trece semanas, mediante el pago de cotizaciones abonadas en la proporción de dos terceras partes por los trabajadores y una tercera por los empresarios. (Nugent, 1997, pág. 611)

La Seguridad Social, como se ha podido vislumbrar en líneas anteriores, ha ido evolucionando constantemente, hasta ser considerada un derecho humano fundamental, siendo su punto más álgido, las múltiples luchas sindicales de los trabajadores, y de diversos organismos internacionales, que fueron tomando fuerza a nivel mundial, que a partir de la Segunda Guerra Mundial, dieron paso al “Preámbulo de la Constitución de la OIT (Parte III del Tratado 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»”. (Salcedo, 2006) Desencadenado en lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual reconoce a la Seguridad Social como un derecho humano fundamental en el artículo 22, el cual 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, dada cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Motivo por el cual, varios países, entre estos Ecuador, han incorporado en su Carta Magna a la Seguridad Social como un derecho inalienable e irrenunciable de las personas, garantizando con ello el acceso a la salud, al seguro de riesgos de trabajo, y una digna jubilación, figuras que hasta nuestros días aún persisten, en virtud de que garantizan el derecho que tiene cada una de las personas que viven dentro de un

territorio independientemente si son nacionales o extranjeras, por cuanto garantiza el acceso digno a la seguridad social, a la salud, y a la vida.

1.3.2. Surgimiento de la seguridad social en Ecuador.

1.3.2.1. Periodo comprendido entre 1917 a 1928.

Inicialmente, según la explicación del autor Jorge Núñez, hasta la primera década del siglo XX, los servidores militares del Estado, debido a los riesgos que engloba dicha profesión, eran los únicos que se encontraban protegidos por un sistema legal protección frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuyos costos de pensiones de retiro y de montepío eran cubiertos por fondos del presupuesto general del Estado, al no existir una Caja Militar. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 5)

En cuanto a los trabajadores en general, no existía protección social alguna contra los riesgos laborales y mucho menos sobre sus derechos, por lo cual en el año de 1917, por parte del Congreso Nacional, se estable por Ley con carácter de irrenunciable las primeras medidas de protección en pro de los trabajadores, siendo estas: jornada diaria de ocho horas de trabajo, jornada semanal con cuarenta y ocho horas, días domingos y festivos son descansos reconocidos y remunerados, y las horas extraordinarias de trabajo con el pago de tarifas especiales; ello significo la primera aproximación a la protección social. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 5)

Como dicen Paz y Miño J. (2001), la idea de implementar un sistema de seguridad social en Ecuador, surgió durante el gobierno de Alfredo Baquerizo Moreno, quien conjuntamente con los legisladores de la Cámara del Senado en 1917 plantearon la creación de la “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones”, proyecto que no pudo ser plasmado sino hasta el año de 1928, durante el periodo presidencial de Isidro Ayora, quien mediante Decreto número 18, promulgado en el Registro Oficial 590 del 13 de marzo de 1928, crea la “Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa” o “Caja de Pensiones”, institución creada como resultado de las múltiples luchas obreras perpetradas durante la Revolución Juliana de 1925, las cuales permitieron que lo social sea considerado como política de Estado. (Paz y Miño, 2001, págs. 58-69)

1.3.2.2. Periodo comprendido entre 1929 a 1940.

Con la creación de la Caja de Pensiones, en el año de 1929 se llevó a cabo una importante reforma a la Constitución de ese entonces; la cual incluyo, ciertas garantías de protección a los derechos del trabajador, que fueron plasmadas en el numeral 18 del artículo 151 de la Constitución Política, del cual se puede avizorar, que se garantiza de manera ecuánime, la protección de los derechos de los trabajadores, quienes debe estar amparados bajo un contrato, en el que se establezcan jornadas laborales, salarios mínimos, seguridad social y demás garantías, asegurando con ello, el bienestar y dignidad humana de los trabadores, al manifestar en el artículo 151 lo siguiente:

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, asegurado a todos un minimum de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la formal 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. (Ecuador, Asamblea Nacional, 1929, págs. 32-36)

Por otro lado, según lo recalcan los autores Cecilia Mantilla y Enrique Abad, hasta 1935, año en él se dicta

La Ley del Seguro Social Obligatorio (...) existía en nuestro país, y en general en toda América Latina, muy poca experiencia en materia de seguros sociales”. Pese a que desde el año de 1928 comenzó existir la “Caja de Pensiones”, entidad que únicamente ejercía actividades mutuales y de cooperativismo más que de seguro social. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 22)

Siendo por ello que, durante el periodo presidencial de Alberto Enríquez Gallo, precisamente el 5 de diciembre de 1935, se expide por Decreto Supremo, la primera “Ley de Seguro Social Obligatorio”, el cual dio paso a la creación del “Instituto Nacional de Previsión, como órgano superior del Seguro Social”, con la finalidad de establecer la práctica del Seguro Social Obligatorio, fomentar el Seguro Voluntario y demás. (Ecuador, Superintendencia de Bancos, 2019).

Entre sus disposiciones, la prenombrada ley, establecía la contribución bipartita (patronal y laboral) para la cobertura de los riesgos, consagrando la existencia de la Caja de Pensiones, como una “entidad aseguradora con personería jurídica y patrimonio propio diferenciado de los bienes del Estado”. De igual forma dicha Ley dispuso la creación del “Instituto Nacional de Previsión”, como entidad rectora del sistema nacional de Seguros Sociales, el cual inicio su existencia legal el 1 de mayo de 1936, pasando la “Caja de Pensiones” a ser una entidad eminentemente ejecutiva regida bajo la dependencia y orientación del Instituto. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 15)

Posterior a ello, en el año de 1937, el “Instituto Nacional de Previsión”, crea mediante Decreto número 63 expedido el 31 de marzo, publicado en el Registro Oficial número 455 del 3 de abril, los estatutos de la “Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros Industriales”. La cual, para el año de 1938, ya prestaba múltiples servicios para sus afiliados, encontrándose entre estos servicios, los de: “asistencia médica, pensiones vitalicias por invalidez total, jubilaciones, devolución de aportes, auxilios mortuorios, pensiones de montepío para los deudos del afiliado”. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 43)

Los cuales, de acuerdo a datos informativos, enviados a la oficina Internacional del Trabajo, que fueron publicados en el “Boletín de Informaciones y Estudios Sociales y Económicos” de marzo de 1939, el número de afiliados al 31 de diciembre de 1938

ascendía a casi cien mil obreros (100.000), pese a que hasta ese momento no se hallaban afiliados los empleados particulares, los obreros de fábricas y minas, los trabajadores agrícolas, las empleadas domésticas y demás trabajadores. Pese a que, durante este periodo, existió una notable resistencia por parte de los obreros de afiliarse a la “Caja del Seguro”, ya que estos creían que era un medio de exacción. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 44)

1.3.2.3. Periodo comprendido entre 1941 a 1952.

Durante el gobierno presidencial de Carlos Arroyo del Río, el 14 de julio de 1942, se creó una nueva ley del Seguro Social Obligatorio, la cual fue publicada en el Registro Oficial 574 del 25 de julio de 1942, que estableció en su articulado, grandes logros a favor de los trabajadores, entre los cuales podemos encontrar, a la obligatoriedad patronal de inscribir a los trabajadores, al igual que las diferentes prestaciones que se conceden, así como también abordó lo referente a la estructura jurídica y administrativa, y los recursos económicos de las Cajas de Previsión. (Rocha, 1989, pág. 8)

Así mismo, a partir del mes de enero de 1944, son promulgados los nuevos estatutos de la Caja del Seguro, tras un arduo estudio realizado por el actuario checoslovaco Emilio Schoenbaum, quien detallo “toda la jurisprudencia sobre el seguro social existente en el país, para poder sugerir, sobre la base de criterios y cálculos actuariales un conjunto de alternativas y de reformas jurídicas”, los mismos que fueron establecidos, mediante Decreto número 212 expedido el 27 de junio, que a su vez, entraron en vigencia desde el 1 de enero de 1945. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 25)

Para el año de 1945 específicamente en marzo, durante el periodo presidencial de José María Velasco Ibarra, entra en vigencia una nueva reforma Constitucional, la cual apenas tuvo vigencia de un año, siendo lo más destacado en cuanto a la seguridad social, lo comprendido en el artículo 149, referente a que la previsión y la asistencia social catalogada como un servicio ineludible del Estado extensivo al mayor número de habitantes del país, en procura de proteger al “asegurado y a su familia en casos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, viudez, orfandad, desocupación, y demás contingencias de la vida”, (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1945, pág. 103)

Considerando a su vez en dicho artículo *ibídem*, al seguro social como un derecho irrenunciable de los trabajadores públicos y privados, reconociendo el carácter tripartito de financiamiento indicando que se “sostendrá con el aporte equitativo del Estado, los patronos y de los mismos asegurados” (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1945, pág. 103). Por lo cual, para junio de 1945, la “Caja del Seguro” realiza un Censo entre los afiliados, enviando una especie de “cédulas individuales de inscripción de los trabajadores a los patronos”, estableciendo con ello la obligatoriedad de registrar los respectivos avisos de entrada y de salida de los trabajadores. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 51)

Siendo derrocado como presidente José María Velasco Ibarra mediante un golpe de Estado, en 1946, se convoca a la Asamblea Nacional Constituyente a fin de que elabore una nueva Carta Magna, la cual deroga todos los preceptos jurídicos anteriores, contenidos en el artículo 149 de la Constitución de 1945; siendo el único aporte de la Constitución de 1946 con respecto a la seguridad social, el hablar en su artículo 191, sobre la “estabilidad y autonomía de las Cajas de Previsión”. Siendo más adelante en el año de 1948, aprobada una ley de protección artesanal, la cual obligaba al “Instituto Nacional de Previsiones” a incluir a los artesanos al seguro social, ley que fue objetada en el mismo año.

Para diciembre de 1949, por resolución del Instituto Nacional de Previsión, se dotó de autonomía al Departamento Médico, pero manteniéndose bajo la dirección del Consejo de Administración de la Caja del Seguro, con financiamiento, contabilidad, inversiones y gastos administrativos propios. Promulgándose para el año de 1951, específicamente el 20 de noviembre, la “Ley del Seguro de Cesantía del Magisterio”, en el Registro Oficial número 968, existiendo a su vez, nuevas reformas a los estatutos de la Caja del Seguro en lo principal a “los mínimos de sueldos imponible, los nuevos mínimos de rentas a concederse y la cuantía básica de jubilación”. (Cisneros, 2018, pág. 148)

Para el año de 1952, el 2 de mayo, son aprobados por parte del “Instituto Nacional de Previsión”, ciertos “elementos importantes en torno a jubilaciones”; siendo estos, “el reglamento para el control de la supervivencia y del derecho de los pensionistas de la

Caja del Seguro”, y “la reforma al reglamento sobre concesión de jubilaciones mínimas por vejez en la Caja del Seguro”. De igual forma, en el mismo año, el 20 de noviembre es promulgada en el Registro Oficial número 68, la 8 “Extensión de la Ley de Seguro de Cesantía”. (Cisneros, 2018, pág. 148)

1.3.2.4. Periodo comprendido entre 1953 a 1964.

Para el año de 1956, entra a funcionar la denominada “Caja Militar”, la cual pretendió aumentar la cobertura hacia grupos que no estaban protegidos ni contemplados bajo el sistema de protección, hasta ese entonces. Siendo en el año de 1958, la Ley del Seguro Social Obligatorio, objeto de amplias reformas, al dictarse el “Decreto Ley de Emergencia” número 27 del 16 de julio publicado en el Registro Oficial número 565, el cual “concede personería jurídica y nueva organización al Departamento Médico del Seguro Social”. (Rocha, 1989, pág. 9)

En el año de 1959, son aprobados en sesión de los miembros del “Directorio del Instituto Nacional de Previsión”, celebrada el 21 de mayo, los nuevos Estatutos para la “Caja del Seguro”, y la “Caja de Pensiones”, en los que se destaca como principalmente que “Las Cajas serían similares, tendrían un igual sistema de financiamiento, iguales beneficios y requisitos” y la existencia de una “Mayor agilidad para el cálculo de prestaciones en dinero (pensión de invalidez o vejez) «no habría más que multiplicar el coeficiente correspondiente a los tiempos de afiliación por el promedio de los cinco años de mejor remuneración del afiliado»” (Cisneros, 2018, págs. 150- 151)

En el año de 1963, mediante Decreto Supremo número 517 expedido el 19 de septiembre, se decide la unificación del Sistema de Seguridad Social en el Ecuador, que fusionó a la denominada “Caja de Pensiones” con la “Caja del Seguro”, para conformar la “Caja Nacional del Seguro Social” conforme consta en la Ley publicada en el Registro Oficial número 65 del 26 de septiembre de 1963. De igual forma en el mes de septiembre de 1963, se creó por parte del Instituto Nacional de Previsión, una “Comisión de Reestructuración del Servicio Médico del Seguro Social”, mediante la presentación de un informe denominado, “La Seguridad Social en el Ecuador a través del Seguro de Enfermedad y Maternidad”, dicho informe abarcó temas sobre el subsidio por enfermedad, seguro para los riesgos y accidentes laborales, seguro del trabajador

agrícola, seguro del trabajador doméstico, seguro del artesano. (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social)

Por lo cual, en el año de 1964, mediante Decreto Supremo número 29, se instituyen los Seguro de Riesgos del Trabajo, Artesanal, de Profesionales, de trabajadores domésticos; y, de subsidios por enfermedad, Ley que fue publicada en el Registro Oficial número 239 del 4 de mayo de 1964. (Rocha, 1989, pág. 9)

1.3.2.5. Periodo comprendido entre 1965 a 1976.

Para el año de 1966, mediante Decreto Ley número 685, se dispuso la afiliación a la seguridad social del clero secular, bajo condiciones especiales, con la finalidad de cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte. Posterior a ello, en el año de 1967, específicamente el 19 de octubre, fue establecida la afiliación voluntaria de las personas consideradas como riesgos asegurables, para ello debía ser solicitado dicha afiliación realizándose un examen médico previo, para poder gozar de los seguros de “invalidez, vejez y muerte, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, asistencia por enfermedad y maternidad”. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 38)

En el año de 1968, específicamente el 28 de agosto, habiéndose reunido en asamblea las comunidades campesinas de “Yanayacu”, “Guabug”, “Palmar” y “La Pila”; es presentado a la Asamblea Nacional y al Presidente de ese entonces, un primer Plan Piloto del Seguro Social Campesino, a fin de que se les permita a los miembros de las comunidades rurales el afiliarse al seguro social, para gozar de los beneficios de salud, y riegos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, siendo denominado dicho plan como Seguro Social Campesino.

El 29 de junio de 1970, durante el gobierno de Velasco Ibarra, se lleva a cabo una inminente reestructuración administrativa suprimiéndose el “Instituto Nacional de Previsiones” entidad que fue la encargada a lo largo de 35 años de existencia de dirigir y organizar el régimen del seguro social, mediante Decreto número 9, disponiendo la transferencia de todos los fondos del “Instituto Nacional de Previsiones” al “Departamento Médico del Seguro Social”, como fondo inicial para la financiación del

Seguro Médico Familiar, siendo los muebles y pertenencias destinados a la “Caja Nacional del Seguro Social” (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 64)

Mediante Decreto número 40 emitido el 25 de julio de 1970, se dispone la creación de lo que hoy conocemos como “Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, entidad que asumió todos los activos y pasivos, al igual que todos los derechos y obligaciones concernientes a la Seguridad Social Obligatoria; siendo según el artículo 1 de dicho decreto citado por (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993) una entidad autónoma “con personería jurídica y fondos propios distintos de los del fisco, y se halla exento de todo impuesto fiscal, provincial, municipal y especial, de conformidad con la vigente Ley del Seguro Social Obligatorio” (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 64)

En el año de 1972, específicamente el 14 de enero se dicta el “Código de Seguridad Social”, que tenía como objetivo el “pasar del seguro social clásico, basado en las cotizaciones, a un sistema de seguridad social que pusiera en práctica los principios de universalidad y solidaridad”; incluyendo a los trabajadores excluidos hasta la época, además de extender los beneficios a familiares de los afiliados, buscando el eliminar desigualdades encontradas al interior del grupo de afiliados, orientando las inversiones a una capitalización con fines sociales. Dicho código, entró en estado de suspensión el 28 de marzo de 1972, tras ser derrocado como presidente Velasco Ibarra. Posterior a ello, el 8 de enero de 1976, tres días antes de que el General Guillermo Rodríguez Lara deje el poder, se puso nuevamente en vigencia el citado cuerpo legal, que fue derogado en abril de 1972 por el triunvirato militar, ante múltiples presiones de los grupos de interés. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 65)

Durante estos periodos, se buscó consolidar varios objetivos de la Seguridad Social tales como: “la extensión progresiva de la seguridad social hasta cubrir a toda la población activa, tanto en el área urbana como rural, la prestación de servicios a la familia” entre otros, a través de una distribución unánime de los beneficios de la seguridad social, que buscan elevar el nivel de vida. Según un informe emitido por el Gerente General del IESS, de ese entonces, Coronel Fernando Dobronski Ojeda, se dio a conocer la desproporcionada desigualdad existente entre los afiliados y la población en general, encontrada en múltiples “fallas del sistema legislativo, laboral y socio-

económico del país” en aferrarse a cánones tradicionales, el cual, traducido a datos estadísticos, muestra que, en 1971 el número de afiliados constituía tan solo el 15.7% de la población económicamente activa (PEA) y el 5.3% de la población total. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, págs. 67-69)

Durante toda esta época, la incorporación de grupos ocupacionales al sistema de seguridad social representado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, fue relativamente deficiente; más sin embargo es necesario hacer mención que en año de 1973 se incorporó a un nuevo grupo comprendido por la población rural, apareciendo el “Seguro Social Campesino” de acuerdo al Plan Piloto establecido mediante Decreto Supremo número 307, expedido el 27 de marzo de 1973, el cual autorizaba al IESS a celebrar convenios con el Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Educación, con la finalidad de mejorar los servicios hacia las comunas campesinas que ya contaban con el régimen de seguro social. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 72)

En el año de 1974, mediante Decreto Supremo número 1111, se llevó a cabo una importante restructuración del Departamento Médico pasando a formar parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con el nombre de “Dirección Nacional Médico Social del IESS” siendo transferidos todos los activos y pasivos al igual que los derechos y obligaciones asumidas en periodos anteriores, por lo cual comienza a formar parte del patrimonio del IESS. (Rocha, 1989, pág. 10)

1.3.2.6. Periodo comprendido entre 1977 a 1988.

En el año de 1979, durante el gobierno constitucional de Jaime Roldos Aguilera, se instauró un nuevo proceso democrático, luego de casi una década de dictadura; con la entrada en vigencia de una nueva Constitución Política publicada en el Registro Oficial número 800 del 27 de marzo de 1979, que entró en vigencia el 10 de agosto de 1979 y plasmaba un notorio énfasis a la Seguridad Social, estableciendo en la sección cuarta “De la seguridad social y la promoción popular”, artículo 29 lo siguiente:

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 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; (Ecuador, Primera Comisión de Reconstrucción, 1979, pág. 10)

De igual forma, en el Plan Nacional de Desarrollo, elaborado por el Gobierno para el periodo (1979-1984), dio la debida importancia del caso a la Seguridad Social, considerándola como “un derecho fundamental, que exige el reconocimiento y esfuerzo nacional parara extenderlo a toda la población”.; así mismo se consideró que el Sistema de Seguridad Social, se fundamentaba en “la redistribución equitativa del producto nacional, al que tiene derecho el hombre en tanto creador de dicha riqueza”. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, págs. 78-79)

En marzo de 1980, fue presentado ante la Cámara Nacional de Representantes un nuevo proyecto al “Código de Seguridad Social”, el cual fue redactado por una comisión del propio “Instituto Nacional de Seguridad Social”, que, por primera vez en la historia, fue estudiado con el debido detenimiento por parte de los legisladores y los sectores involucrados; siendo el mismo tildado de complejo, pesado y poco operativo puesto que el mismo contaba con 500 artículos. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 66)

A partir de 1981, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, “empieza a hacer realidad la mayoría de las disposiciones y líneas de trabajo que se le habían

diseñado” (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993); en noviembre de 1981, se expide la Ley de extensión del Seguro Social Campesino, por Decreto Legislativo, plasmando con ello la idea que dio sus primeros albores en el año de 1968 con el pedido de incorporación de la población rural para posteriormente en 1973 proceder a la incorporación de un nuevo grupo al IESS, formado por los asegurados al Seguro Social Campesino.

En el año de 1983, el IESS se convierte en la pionera institución en proveer préstamos para vivienda- del país según lo señala (Rocha, 1989, págs. 28-29), puesto que no era posible hablar de seguridad social si no se involucra dentro de ella la satisfacción del requerimiento de vivienda. Siendo en el año de 1985, mediante Decreto Ejecutivo número 482 emitido el 31 de enero de 1985 publicado el Registro Oficial número 120 del 6 de febrero de 1985; Decreto Ejecutivo número 983 emitido el 9 de julio de 1985, publicado en Registro Oficial número 243 del 6 de agosto de 1985, y Decreto Ejecutivo número 2238 emitido el 23 de septiembre de 1986, publicado en Registro Oficial número 529 del 24 de septiembre de 1986, reformados los “Estatutos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” en lo referente a su organización administrativa, creándose nuevas Direcciones Regionales que contaban con jurisdicción y competencia claramente determinadas, con sede en las provincias de Quito, Ibarra, Ambato, Riobamba, Cuenca, Loja, Portoviejo, Machala y Guayaquil. (Rocha, 1989, págs. 28-29)

A partir de año de 1986, durante el gobierno presidencial de León Febres Cordero, es enviado un nuevo proyecto de ley por parte del IESS, el cual el Congreso no alcanzó a conocer, siendo aprobado quince días después por el Ministerio de la Ley y se publicó finalmente en el Registro Oficial No. 434, del 13 de mayo de 1986, como Decreto Ley número. 21. Por lo cual, para el año de 1987, mediante el Decreto Legislativo número 62 expedido el 15 de abril el Registro Oficial 666, se resaltó el principio Constitucional de autonomía institucional, propuesto en lo referente a la desconcentración administrativa y la regionalización, lo cual constituye el marco legal con el cual el IESS ejerce su actividad, al igual que se corrigió lo referente a la cuantía de los prestamos emitidos por el IESS, limitándolos a 10 salarios mínimos vitales como máximo. (Rocha, 1989)

1.3.2.7. Periodo comprendido entre 1989 a 2000.

En el año de 1989, mediante la publicación del Registro Oficial número 445 del 3 de abril, nace la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros, cuya creación amplía en forma notable el campo de protección de los trabajadores del país, al igual que a partir del 1 de julio se unifican los sistemas de cotizaciones y prestaciones de los regímenes de afiliación general y especial y se amplía el régimen de afiliación voluntaria. (Rocha, 1989, pág. 55)

En el Registro Oficial Suplemento número 21, de 8 de septiembre de 1988; se publica una la Ley Reformatoria de la Ley del Seguro Social Obligatorio, posterior a ello, en el Registro Oficial número 110 de 17 de enero de 1989; se publica una nueva Ley Reformatoria a la Ley del Seguro Social Obligatorio; al igual que el 26 de diciembre de 1989; y, el 29 de enero de 1990 se publican nuevas Leyes Reformatorias a la Ley del Seguro Social Obligatorio. Durante estas múltiples reformas conforme lo señalan los autores (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993) el IESS creció notablemente “no sólo en extensión geográfica y en número de beneficiarios, sino sobre todo en la intensidad de su compromiso con los trabajadores y con la sociedad en su conjunto”. (Abád, Carrera, & Colamarc, 1993, pág. 107)

En el año de 1993 durante el Gobierno del Arq. Sixto Duran Ballén, Ecuador ratifica la adhesión al Protocolo de “San Salvador, adicional a la iniciativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” en una ceremonia celebrada en la sede central de la Organización de Estados Americanos (OEA), comprometiéndose en “observar, promover y aplicar los derechos contenidos en este instrumento internacional”, puesto que este convenio faculta la concreción material de los derechos por medio de acciones judiciales.

En el año de 1998, es reformada la Constitución Política de la República, la cual señala en su articulado, específicamente en los artículos 57 y 58, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), es una entidad autónoma responsable de la aplicación del Seguro General Obligatorio, el cual es un “derecho irrenunciable e imprescriptible de los trabajadores y sus familias”, que cubre “las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y

muerte”. cuya protección, es extensiva a toda la población urbana y rural de manera progresiva, ya sea que esta se encuentre bajo dependencia laboral o no. (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 1998, págs. 19-20)

1.3.2.8. Periodo comprendido entre 2001 a 2012.

En el año 2001, es reformada la Ley del Seguro Social Obligatorio de 1990, para convertirse en lo que hoy conocemos como Ley de Seguridad Social, la cual fue publicada en el Registro Oficial Suplemento número 465, del 30 de noviembre de 2001. De manera ostensible, La Constitución del Ecuador de 2008 vigente, publicada en el Registro Oficial número 449 del 20 de octubre, consagra a la Seguridad Social en su artículo 3 numeral 1, la garantía de no discriminación y el efectivo goce de los derechos, entre estos la Seguridad Social; de igual forma, en el artículo 34, la señala como un derecho irrenunciable de todos los habitantes, y como un deber y responsabilidad primordial del Estado, regida bajo los principios de “solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, págs. 16-29)

La Ley de Seguridad Social vigente a la actualidad, que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001, cuya última reforma parcial se expidió el 21 de agosto de 2018, señala que la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), es obligatoria para todas aquellas personas que perciban una remuneración económica a cambio de una actividad laborar, ya sea esta física o intelectual, bajo relación de dependencia o no. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001)

1.3.2.9. Periodo comprendido entre 2013 a la actualidad.

Según lo señalado por (Cisneros, 2018) desde el año de 1968 al año de 1983, se ha dictado un total de 58 Decretos Reformatorios a la “Ley del Seguro Social Obligatorio”, entre estos “algunas reformas a los Estatutos” y, un sinfín de “Resoluciones y reformas reglamentarias para la aplicación de determinadas prestaciones”. Al igual que se ha realizado algunas reformas a la Norma Suprema, en lo relacionado al artículo 29 referente a la Seguridad Social, vislumbrando que el contenido del mismo no varía más que en la forma de redactarlo; puesto que ya no se empieza expresando que “todos los ecuatorianos tienen derecho a previsión social”, sino más bien que “todos los

ecuatorianos tienen derecho a la seguridad social”, realizando algunas modificaciones de forma de algunos párrafos, pero en contenido no varía. (Cisneros, 2018)

1.4. Afiliación a la seguridad social.

La palabra afiliación, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, proviene del latín “*affiliatio*”, siendo concebida como la acción y efecto de afiliar, lo que significa el “inscribir a alguien en una organización o en un grupo”. (Real Academia Española de la Lengua, s.f.). De lo cual, podemos entender dentro del contexto ecuatoriano, y de los demás países que gozan del servicio de Seguridad Social, como el hecho de inscribir al trabajador por parte del empleador al seguro social, a fin de que este pueda gozar de los beneficios que brinda dicha institución.

1.4.1. Afiliación a la seguridad social en Ecuador.

En Ecuador, según lo señalado por los artículos 16 y 18 de la Ley de Seguridad Social, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, es una entidad pública que goza de “autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio”, cuyo objetivo es la prestación del “Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional”; esta entidad, se encuentra sujeta a “las normas del derecho público”, rigiéndose por los principios de “autonomía, división de negocios, desconcentración geográfica, descentralización operativa, control interno descentralizado y jerárquico, rendición de cuentas por los actos y hechos de sus autoridades, y garantía de buen gobierno, de conformidad con esta Ley y su Reglamento General”. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 8)

Desde los albores de la Seguridad Social en Ecuador, cuyo origen institucional se remonta al año de 1928 en el cual se crea la “Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa” o “Caja de Pensiones”, hasta nuestros días, tras las múltiples reformas constitucionales y legales, realizadas a lo largo de los años, que han ido esbozando los derechos de las personas adscritas a lo que hoy se conoce como “Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, entidad autónoma creada con personería jurídica en el año de 1970.

Siendo la Seguridad Social concebida por la Constitución de 2008, como un derecho irrenunciable de todos los habitantes del territorio ecuatoriano, permite por el principio de universalidad que todos los habitantes se afilien, sean nacionales o extranjeros, a fin obtener múltiples beneficios tales como la jubilación por vejez o invalidez, y seguro de contingencia de salud por enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, y muerte, he incluso percibir un seguro de contingencia por despido o cesantía.

Según lo establece el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social vigente expedida en el Registro Oficial Suplemento número 465 del 30 de noviembre del 2001 cuya última reforma se llevó a cabo el 21 de agosto del 2018, los habitantes que perciban un ingreso por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio sea este físico o intelectual, que trabajen bajo relación de dependencia o no, tienen el pleno derecho de solicitar la protección del “Seguro General Obligatorio”, siendo sujetos de protección “el trabajador en relación de dependencia; el trabajador autónomo; el profesional en libre ejercicio; el administrador o patrono de un negocio; el dueño de una empresa unipersonal; el menor trabajador independiente; las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado; y, las demás personas obligadas a la afiliación al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes o decretos especiales.” (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 2)

Según lo señala el artículo 73 de la Ley de Seguridad Social, el artículo 42 del Código del Trabajo y el artículo 367 de la Constitución, para que una persona pueda gozar de los beneficios del “Seguro General Obligatorio”, es necesaria que exista la inscripción del trabajador en calidad de afiliado al IESS, debiendo el empleador generar un aviso de entrada, el cual se obliga en remitir al IESS en un tiempo no mayor a quince (15) días contados a partir del primer día que el trabajador comienza a prestar sus servicios lícitos y personales para la empresa o persona natural; en el caso de que no exista la inscripción a la seguridad social por parte del empleador tal como lo estipula la Ley, el empleado podrá demandar su cumplimiento sin que existan perjuicios en contra de este, y se podrán imponer sanciones al empleador de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal.

La inscripción a la Seguridad Social del trabajador por parte del empleador, debe ser pagada de manera mensual al IESS desde el primer día que el trabajador comienza

a prestar sus servicios lícitos y personales, debiéndose tomar en cuenta para el cálculo del pago todos aquellos montos percibidos por sueldo, comisiones, horas extras y bonos mensuales, debiendo la suma de dichos valores ser multiplicada por 9,45%, valor que será descontado del salario mensual al trabajador en concepto de aporte personal, y a ello se le debe sumar el equivalente al 11,15% en concepto de aporte patronal, siendo el monto que debe ser pagado al IESS de manera mensual el 20,60%, según lo establece el artículo 1 disposición primera de la resolución número C.D. 501 la cual fue emitida el 13 de noviembre del 2015.

En el caso de que la afiliación al IESS sea de manera voluntaria, por parte de un trabajador autónomo, profesional en libre ejercicio, dueño de empresa unipersonal u alguna otra forma permitida por la Ley, se deberá cancelar de manera mensual al IESS el 20,60% del total de las remuneraciones percibidas de manera mensual, según lo establece el artículo 1 disposición sexta de la resolución número C.D. 501.

1.4.1.1. Estructura orgánica del IESS.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, siendo la entidad encargada de administrar la afiliación, recaudación de los aportes y contribuciones al Seguro General Obligatorio; divide su administración en unidades básicas de negocios. Siendo según la Ley de Seguridad Social los responsables de la aplicación del Seguro General Obligatorio en el territorio nacional, Los órganos de Gobierno y dirección superior del IESS, que son:

- a) El Consejo Directivo (conformado por 3 miembros)
- b) La Dirección General; y,
- c) La Dirección Provincial. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 9)

Por otro lado, existen órganos especializados de gestión según lo establece el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social, “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”, siendo estos los siguientes:

- 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. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, págs. 9-10)

Así mismo, como parte de los órganos especializados se encuentran los órganos de reclamación administrativa entre los que podemos encontrar a la “Comisión Nacional de Apelaciones” y a la “Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias” responsables de “la aprobación o denegación de los reclamos de prestaciones” presentados por los asegurados; de igual, como parte de los órganos especializados encontramos a los órganos técnicos auxiliares y el órgano de control interno. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 10)

1.4.1.1.1. Órganos de reclamación administrativa.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra reclamación proviene del latín “*reclamatio, -ōnis*”, siendo concebida como la acción y efecto de reclamar, lo que significa la “oposición o contradicción que se hace a algo considerado injusto, o que no se consiente”. (Real Academia Española de la Lengua, s.f.). Siendo en Ecuador, según lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguridad Social, los órganos de reclamación administrativa, la Comisión Nacional de Apelaciones; y, la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, las comisiones responsables de resolver las reclamaciones presentados por el afiliado, aprobando o denegando las mismas.

Según lo señalado en el segundo inciso del artículo 134 del Código Orgánico Administrativo, los reclamos administrativos presentados ante el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, deben sustentarse mediante los procedimientos específicos de dicha institución, y solo en el caso de que no los hubiere, por los procedimientos establecidos en el COA, en virtud de que el IESS según lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Seguridad Social, se rige por principio de “autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria”, el cual es ejercido por el Consejo Directivo, que es el encargado de emitir las normas técnicas y los respectivos reglamentos y resoluciones aplicables de manera obligatoria por los órganos y dependencias del IESS.

A. Comisión Nacional De Apelaciones.

La Comisión Nacional de Apelaciones, es la responsable de conocer y resolver todas aquellas apelaciones sobre las resoluciones administrativas relativas a los derechos de las personas afiliadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y sobre aquellas obligaciones que tiene el empleador de cumplir con el pago de los aportes, según lo establece el artículo 40 de la Ley de Seguridad Social. En cuanto a las atribuciones de dicha Comisión, según lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Seguridad Social, será la responsable en segunda instancia de conocer y resolver de manera definitiva las apelaciones de las resoluciones administrativas de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, en lo referente a los derechos de las personas afiliadas al IESS y sobre las obligaciones que tienen los empleadores. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001)

Cualquier apelación que sea presentada a dicha Comisión, deberá ser presentada dentro del término de ocho días contados a partir del siguiente día hábil en el que se dio a conocer la notificación de la resolución. Cabe señalar que, la resolución que emite la Comisión Nacional de Apelaciones, no es susceptible de ningún recurso adicional en vía administrativa, debiendo ser expedida de manera motivada dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha en la que se presentó el recurso, transcurrido dicho tiempo y no habiendo emitido resolución alguna del recurso presentado por el afiliado o el empleador se entenderá como aceptado el reclamo, pudiendo el afiliado ante la Unidad Judicial Contencioso Administrativa solicitar silencio administrativo siendo considerado el acto administrativo resuelto por título de ejecución; recayendo la responsabilidad indemnizatoria sobre los miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones.

La Comisión Nacional de Apelaciones, se encuentra conformada por tres profesionales en derecho que serán nombrados de manera ecuaníme por el Concejo Directivo del IESS, debiendo acreditar para el cargo, quince años de experiencia de reconocida solvencia, que deben de manera obligatoria desempeñar sus funciones a tiempo completo en calidad de funcionarios del IESS, encontrándose prohibidos de ejercer cualquier otro cargo sea este público o privado, con la salvedad de la docencia universitaria.

B. Comisión Provincial De Prestaciones y Controversias.

La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con sede en cada una de las Direcciones Provinciales del IESS, es la responsable de conocer y resolver en primera instancia todas aquellas reclamaciones y quejas presentadas por los afiliados o sus derechohabientes en materia de denegación de prestaciones de dinero, y todas aquellas reclamaciones presentadas por el empleador en lo referente a las obligaciones de este, según lo establece el artículo 43 de la Ley de Seguridad Social.

La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, se encuentra conformada por tres profesionales en derecho que serán nombrados de manera ecuánime por el Concejo Directivo del IESS, debiendo acreditar para el cargo, diez años de experiencia de reconocida solvencia, que deben de manera obligatoria desempeñar sus funciones a tiempo completo en calidad de funcionarios del IESS, encontrándose prohibidos de ejercer cualquier otro cargo sea este público o privado, con la salvedad de la docencia universitaria.

1.4.2. Afiliación a la seguridad social en Colombia.

En Colombia, la seguridad social se encuentra concebida como un “servicio público de carácter obligatorio”, que se encuentra bajo la “dirección, coordinación y control” del Estado, regido por los principios de “eficiencia, universalidad y solidaridad”; Este servicio es garantizado, de manera irrenunciable para todos los habitantes, pudiendo ser prestado el mismo por “entidades públicas o privadas”, con sujeción a la Ley, según lo determina el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991. (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991, pág. 25)

Con respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, este se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993, la cual establece en concatenación con lo establecido en la Constitución, que el derecho a la salud es obligatorio e irrenunciable, es decir, los ciudadanos colombianos y extranjeros (debidamente registrados en las bases de datos migratorias), tienen que estar afiliados a seguridad social en Salud, por el principio de universalidad. (Colombia, Congreso de la República, 1993)

De igual forma, la Ley 100 de 1993, señala que la prestación del servicio de salud, debe prestarse por Empresas Promotoras de Salud (E.P.S.). contemplando dos regímenes de afiliación por un lado el régimen contributivo y por otro lado el régimen subsidiario, siendo este régimen creado con la finalidad de evitar que exista un desmesurado monopolio en la prestación de los servicios de Seguridad Social. Pudiendo entender con respecto al régimen contributivo que, a este deben estar afiliadas todas aquellas personas que generen un ingreso económico mensual, debiendo de mes a mes, de forma obligatoria aportar las cotizaciones en salud, siendo estas descontadas de acuerdo al sueldo que devengue el afiliado en la nómina salarial.

Por otro lado, con respecto al régimen subsidiario, se puede señalar que ha este deben estar afiliadas aquellas personas en condición de vulnerabilidad, y que no posean un ingreso económico, siendo los servicios de salud subsidiados por el Estado. Para acceder a este régimen especial, el Estado colombiano determinara mediante encuestas la condición socioeconómica de la persona, permitiéndole pertenecer al Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), el cual es una herramienta, conformada por un conjunto de reglas, normas y procedimientos que sirve para obtener la información socioeconómica confiable y actualizada de aquellas personas vulnerables.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, busca el fortalecimiento de los programas públicos de salud, al reformar varios aspectos relacionados a la “dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud”. (Colombia, Congreso de la República, 2007).

Con respecto a las reclamaciones en materia de “pensiones, accidentes de trabajo y salud ocupacional”, estas se tramitan de manera ordinaria ante la Jurisdicción Laboral, mientras que, con respecto a las reclamaciones derivadas de la insuficiencia en la prestación de servicios de salud, por parte de las entidades públicas de salud, las demandas se tramitan en vía contencioso administrativa, o de ser el caso, si la entidad es privada en vía ordinaria laboral. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 53)

Es menester señalar dentro de la legislación colombiana que, el servicio de la salud no se encuentra garantizado dentro de la Constitución como un derecho fundamental, pero sin embargo al encontrarse este intrínsecamente ligado con el derecho a la vida, adquiere un carácter de derecho fundamental, motivo por el cual, en procura de brindar una óptima asistencia en salud a los “usuarios del Sistema General de Seguridad Social”, según lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, la “Superintendencia Nacional de Salud”, es competente para “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en”, los temas relacionados a: riesgos de salud por la negativa de atención por parte de las entidades promotoras de salud; conflictos por multi-afiliaciones; y conflictos generados por la libre elección que puedan producirse entre los usuarios y las aseguradoras. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 54)

1.4.3. Afiliación a la seguridad social en Perú.

En Perú, la seguridad social se encuentra consagrada en la Constitución Política del Perú de 1993, como un “derecho universal y progresivo de toda persona” (Art. 10); siendo garantizado por parte del Estado “el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones”, ya sea que este se preste a través de “entidades públicas, privadas o mixtas”; encontrándose a cargo del Estado, los “regímenes de pensiones”, administrados por la “entidad del Gobierno Nacional” (Art. 11). Que son: “el Seguro Social de Salud y el Sistema Nacional de Pensiones”. (Perú, Congreso Constituyente Democrático, 1993, pág. 5)

Tal como se puede vislumbrar de la norma constitucional, citada con antelación, el sistema de seguridad social peruano responde a un modelo mixto puesto que el servicio se puede prestar tanto por entidades “estatales, privadas o mixtas”; en materia de salud, existen dos tipos de regímenes, siendo estos el régimen contributivo y el régimen estatal, al igual que en materia de pensiones, existiendo por un lado el “régimen contributivo de reparto”, y por el otro, el “régimen de capitalización individual”.

Dentro del régimen contributivo al sistema de seguridad social de salud, al igual que en Ecuador, existen dos tipos de afiliados, por un lado, los “afiliados regulares”, comprendido por todos aquellos trabajadores bajo relación de dependencia; y por otro

lado los “afiliados potestativos” comprendido por los trabajadores independientes que no cumplen los requisitos para afiliarse de manera regular. Con respecto al sistema de pensiones, es facultativo para el trabajador el elegir a que sistema desea pertenecer, pudiendo inscribirse ya sea dentro del “Sistema Nacional de Pensiones”, o dentro del “Sistema Privado de Pensiones”, siendo el este último, el preferido por parte de la población peruana que trabaja bajo relación de dependencia o que trabaja de manera independiente, según cifras estadísticas emitidas por el “Instituto Nacional de Estadística e Informática” (INEI).

La Seguridad Social en Salud, de acuerdo a lo establecido a la Ley No. 29344 aprobada en el año 2014, garantiza el libre acceso a prestaciones a cargo de instituciones públicas, privadas o mixtas; a través de un marco de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud, en concordancia con lo establecido en la Constitución peruana y con los principios universales de la seguridad social. Bajo estos antecedentes, la Ley No. 29344, establece las reglas fundamentales del Sistema de Aseguramiento en Salud de Perú, a fin de encontrar solución a la cobertura de la población pobre y a la calidad de los servicios (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 127).

El Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud, se financia mediante la aportación de los afiliados a la misma, debiendo el empleador aportar el 9% por concepto de aporte patronal y el trabajador el 4% de la remuneración percibida; por otro lado, en el caso de un régimen especial, al cual se encuentre afiliada una ama de casa, esta deberá aportar el 5% de una remuneración mínima; y por último el Seguro Integral de Salud, dirigido a personas de escasos recursos económicos y que viven en condiciones de pobreza extrema, se financia mediante, recursos ordinarios que provienen del Presupuesto General de la República, entre los que se puede encontrar donaciones y contribuciones no reembolsables. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 130)

Con respecto a las reclamaciones dentro del “Sistema Nacional de Pensiones”, estas son resultas en sede administrativa por la institución de ESSALUD cuando el acto administrativo se encuentre relacionado a la “recaudación de ingresos no tributarios,

otorgamiento y reconocimiento de prestaciones de seguridad social en salud”; o, por el Tribunal Fiscal, cuando la reclamación se encuentra relacionada con la determinación de los aportes a ESSALUD, pudiendo contra dichas resoluciones interponer una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 134)

Mientras que las reclamaciones dentro del “Sistema Privado de Pensiones”, son resueltas, en una primera instancia, por las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), pudiendo el afiliado regular o potestativo, en caso de encontrarse inconforme con determinada resolución acudir ante el “Centro de Conciliación, Arbitraje y Solución de Controversias de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud”. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 135)

1.4.4. Afiliación a la seguridad social en Chile.

En Chile, al igual que en Ecuador, la Seguridad Social se encuentra consagrada como un deber y un derecho; en vista que la Constitución Política de la República de Chile de 2005, señala en su artículo número 19, numeral 9, el “Derecho a la protección de la salud”, cuyo acceso a esta prestación es garantizado de manera libre y equitativa por parte del Estado, siendo otorgado este tanto por entes públicos y privados, en la forma y condiciones que determine la Ley; por otro lado el numeral 18 ibídem, garantiza el “Derecho a la seguridad social”, el cual según lo señala la norma es supervigilado por el Estado, con el fin de garantizar un adecuado ejercicio de dicho derecho, puesto que, la “acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”, las cuales pueden otorgarse ya sea mediante instituciones públicas o privadas, debiendo establecerse por la Ley, las cotizaciones obligatorias. (Chile, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 1980, pág. 14)

El régimen de seguridad social, se fundamenta en el sistema contributivo de trabajadores dependientes e independientes, siendo general para todos los afiliados destacando que, junto a este sistema contributivo, existe el financiamiento solidario enfocado a favor de aquellas personas que no poseen los recursos suficientes y que no pueden acceder a las prestaciones del régimen previsional, por lo cual, en el sistema de salud, todas las personas están protegidas. Se garantiza el acceso a prestaciones a

todos todas las personas están protegidas, siendo garantizado el acceso a todos a las prestaciones. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 39)

Con respecto al régimen de pensiones, es menester señalar que este es gestionado por dos tipos de Sociedades Anónimas, siendo estas las “Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)” y “Compañías de Seguros de Vida”, a las cuales el afiliado debe cotizar el 10% de la remuneración mensual percibida, más una cotización adicional que es destinada al financiamiento de la comisión de las AFP y a la prima del seguro. Mientras que, en el ámbito de la medicina preventiva y curativa, este servicio es administrado de manera indistinta ya sea por Sociedades Anónimas o Corporaciones de derecho privado sin fines de lucro, bajo la denominación de “Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE)”; a las cuales el afiliado cotiza el 7% de su remuneración o pensión, pudiendo el afiliado con total libertad, convenir un aporte superior al porcentaje indicado como mínimo, al ser dicho régimen de financiamiento de reparto simple.

Con respecto al sistema de capitalización individual como parte del sistema de pensiones, obliga a los trabajadores dependientes, al ahorro de los aportes en una cuenta personal abierta dentro de una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) de su elección, todo ello con la finalidad de que puedan financiar sus pensiones de vejez e invalidez, pudiendo los trabajadores independientes incorporarse a dicho sistema de manera voluntaria. (Ciedess, 2000, pág. 14).

En lo referente a las reclamaciones administrativas, dicha competencia recae sobre la Superintendencia de Administradora de Fondos de Pensiones en el caso de que la controversia sea con entidades privadas, o sobre la Superintendencia de Seguros, respecto de las compañías de Seguros que suelen pagar pensiones vitalicias. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 44)

En el caso de reclamaciones al antiguo sistema de pensiones que se encontraba a cargo del Instituto de Normalización Previsional (INP), vigente únicamente para las personas incorporadas antes de 1983 que a la actualidad se encuentra en proceso de extinción, la competencia para conocer y resolver los reclamos administrativos recae sobre la “Superintendencia de Seguridad Social”, la cual tiene control jurídico sobre la

parte actuarial, médico y financiera del el Instituto de Normalización Previsional (INP) y sobre las mutuales de empleadores, siendo esta Superintendencia la última instancia de reclamación sobre lo ya indicado en el ámbito administrativo. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 144)

Por último, en el ámbito propiamente jurisdiccional, la competencia la tienen los Tribunales de trabajo, los cuales son los encargados de conocer y de resolver todas aquellas cuestiones relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social y del otorgamiento de las prestaciones, indiferentemente de si el afiliado decidió o no acudir ante las instancias administrativas anteriormente señaladas.

1.4.5. Afiliación a la seguridad social en Venezuela.

En la República Bolivariana de Venezuela, la Seguridad Social conforme lo señala la Constitución de 1999, se encuentra garantizada por el Estado, estableciéndose en el artículo 86 que, todas las personas tienen derecho a la seguridad social como “servicio público de carácter no lucrativo”, garantizando de esta manera la salud y el aseguramiento de protección para contingencias de “maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social”, a través del sistema de seguridad social “universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo”, sin ser un impedimento el que las personas con falta de recursos económicos se puedan ver privadas de la protección. (Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente, 1999, pág. 17)

A parte de la Constitución, la Seguridad Social en la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra regulada por la “Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial número 39.912 del 30 de abril de 2012, y tiene por objeto el controlar la “rectoría, organización funcionamiento y financiamiento”, del Sistema de Seguridad Social, el cual garantiza a los afiliados al sistema sean estos nacionales o extranjeros residenciados, una adecuada protección por cualquier tipo de contingencia; en virtud que la seguridad social, es considerada un “derecho humano y social fundamental e irrenunciable”. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2012, pág. 3)

Con respecto a su régimen, este es prestacional, siendo este un conjunto de normas que regula los aportes con los cuales son atendidas las contingencias, por lo cual las aportaciones realizadas por los afiliados al “Instituto Venezolano de los Seguros Sociales” (IVSS), constituyen la base fundamental de financiamiento al régimen general de carácter obligatorio, conjuntamente con los aportes fiscales del Estado.

El trabajador bajo relación de dependencia, debe aportar de manera obligatoria y de forma mensual el 4% de su remuneración, mientras que la empresa dependiendo de la calificación de riesgo aporta entre un 9% y un 11% (así por ejemplo: si es una empresa de riesgo mínimo el 9%, si es una empresa de riesgo medio el 10% o si es una empresa de riesgo máximo el 11% según lo establece el artículo 192 del Reglamento del Seguro Social), en cambio si el trabajador es independiente deberá aportar de manera facultativa y de forma mensual el 13% de la remuneración o ingreso declarado por concepto de cotización.

En Venezuela, la norma establece que de manera general existen tres Sistemas Prestacionales que son (de Salud, de Previsión Social y de Vivienda y Hábitat), siendo estos, parte del componente del Sistema de Seguridad Social, que agrupa a su vez a, seis diferentes tipos de regímenes entre los cuales podemos encontrar los siguientes (Régimen Prestacional de Salud, de Servicios Sociales del Adulto Mayor y otras categorías de personas, de Empleo, de Pensiones y otras Asignaciones Económicas, de Seguridad y Salud en el Trabajo, y de Vivienda y Hábitat).

Este conjunto de normas que regulan las prestaciones con las cuales se atenderán “las contingencias, carácter, cuantía, duración y requisitos de acceso”. Cabe señalar que, los recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social, son distribuidos de manera directa entre los diferentes fondos que integran los regímenes prestacionales. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 162)

Con respecto a los órganos de reclamación administrativa, la competencia recae sobre la “Superintendencia de Seguridad Social”, la cual es la encargada según lo establece el artículo 31 de la “Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”, de “establecer un sistema de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización”, a fin de

poder identificar de manera oportuna, los posibles problemas de “la recaudación y la gestión de los recursos financieros en cualesquiera de los órganos, entes y fondos integrantes del Sistema de Seguridad Social, bajo los criterios de una supervisión preventiva”, debiendo para ello, “adoptar las medidas tendentes a corregir la situación”. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2012, pág. 10)

Agotando la vía administrativa de la “Superintendencia de Seguridad Social”, y todos los recursos administrativos posibles, según lo señala la “Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, se debe anteponer aun en vía administrativa, ante el “Ministerio del Poder Popular para la Protección del Proceso Social de Trabajo” el último recurso administrativo denominado “Recurso Jerárquico”, agotando con ello la vía administrativa pudiendo acudir en caso de que exista una vulneración de derechos ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en la vía judicial.

1.4.6. Afiliación a la seguridad social en España.

En España, al igual que otros países, históricamente adopto el modelo conocido como “continental o bismarckiano” de afiliación, y a su vez se estableció un modelo de prestaciones económicas de carácter contributivo condicionado a la condición de trabajo dependiente e incluso independiente con el pasar del tiempo; siendo esta afiliación de carácter contributivo, estrictamente ligada a los seguros obligatorios de vejez e invalidez, que fueron implementados en la décadas pasadas, conjuntamente con el “Seguro Obligatorio de Enfermedad”, y el “Seguro de Maternidad”, los cuales constituían el núcleo esencial de cobertura social. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 87)

Modelo que ha sido cambiado a la actualidad, puesto que, el Sistema de Seguridad Social responde hoy en la actualidad, a un modelo mixto, que junto al régimen de protección contributiva se desarrolla un régimen de naturaleza universal y no contributiva, siendo ello garantizado por la Constitución de 1978 aún vigente, la cual en su artículo 41 manifiesta con respecto a la seguridad social, que, “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos”; el cual ante situaciones de necesidad, tales como el caso de desempleo, avale las prestaciones

sociales y la asistencia, siendo. “La asistencia y prestaciones complementarias” libres (España, Cortes Generales, 1978, pág. 10)

Así mismo, es necesario destacar que el país de España, al pertenecer a la Unión Europea, son aplicables los distintos convenios y tratados suscritos tanto por la Organización Internacional del Trabajo OIT, así como también, aquellos convenios que provienen de compromisos bilaterales, y demás estatutos internos. Siendo preciso destacar al respecto que, “la íntima relación entre concertación política y social y reforma de la Seguridad Social” que se inició en los años ochenta, y que tuvo su algidez tras la aprobación del denominado “Pacto de Toledo” en 1995; el cual se instituyó como un “compromiso parlamentario sobre el sistema de la Seguridad Social y su evolución”. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 87)

Hoy a la actualidad, la seguridad social española, se centra en dos tipos de Régimen siendo estos el General y el Especial; dentro del Régimen General, se encuentran afiliadas la mayoría de personas que de manera habitual trabajan en el territorio español por cuenta ajena que no se encuentren incluidos en ningún régimen especial, independientemente si estos son de nacionalidad española o extranjera.

Mientras que, dentro del Régimen Especial, se encuentran afiliadas las personas que trabajan por cuenta propia o de manera autónoma, o aquellas que se dediquen a actividades del mar, de la minería del carbón, y los trabajadores regulados por leyes específicas tales como funcionarios públicos, civiles, militares y funcionarios encargos de la Administración de Justicia, e incluso estudiantes en una especie de seguro escolar.

De acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la “Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre)” prevé distintas modalidades de protección entre las cuales se puede avizorar a, la modalidad de protección contributiva, no contributiva, de prestaciones universales y de protección complementaria, las cuales se procederá a explicar brevemente.

- ✓ **Modalidad de Protección Contributiva.** – Este tipo de modalidad posee un carácter eminentemente profesional y proporcional, en virtud de que su financiamiento se realiza del monto que aportan los trabajadores y empresarios,

siendo las compensaciones percibidas ante las contingencias de “enfermedad, accidente, desempleo, cargas familiares, incapacidad, vejez o muerte”, cuya cuantía es calculada en función del tiempo y de los importes de las aportaciones realizadas con antelación a la contingencia; debiendo afiliarse a este tipo de modalidad, los españoles y extranjeros legalmente residentes, que realicen una actividad profesional.

- ✓ **Modalidad de Protección No Contributiva.** - Este tipo de modalidad, tiene por objeto la cobertura de prestaciones económicas ante las contingencias de “invalidez, vejez, desempleo o cargas familiares”, en las que, el importe de las aportaciones fijo y no subordinado a aportaciones previas, siendo ello condicionado a la falta de recursos de los beneficiarios. Por lo cual dichas aportaciones, son financiadas por el Estado.

- ✓ **Modalidad de Prestaciones Universales.** - Este tipo de modalidad, tiene relación directa con la asistencia médica y con los servicios sociales, siendo su acceso extensivo a toda la población, en virtud de que su financiamiento procede de impuestos del Estado.

- ✓ **Modalidad de Protección Complementaria y Gestión Privada.** - Este tipo de modalidad, tiene relación directa con las “Mutualidades de Previsión Social y los Fondos y Planes de Pensiones”, la cual coexiste junto a las anteriores modalidades de gestión pública.

Con respecto a las entidades gestoras, las cuales tienen como finalidad la administración y gestión de la Seguridad Social existen cuatro diferentes entidades con distintas atribuciones cada una, siendo estas el “Instituto Nacional de la Seguridad Social”, encargado de la gestión y administración de las prestaciones económicas; el “Instituto de Gestión Sanitaria”, encargado de asistencia médica cuya competencia recae sobre el Estado; el “Instituto de Mayores y Servicios Sociales”, encargado de la gestión de pensiones de invalidez y de jubilación aportadas dentro de una modalidad

contributiva; y el “Instituto Social de la Marina”, encargado de la gestión y administración de todas aquellas prestaciones provenientes de actividades marítimas y pesqueras.

La financiación del Sistema de Seguridad Social, proviene de los ingresos obtenidos de las aportaciones realizadas por los trabajadores, empresarios y el Estado; a lo cual, cabe recalcar que, la Seguridad Social es responsabilidad del Estado quien atribuye su competencia en lo referente a la capacidad normativa y de control al “Ministerio de Empleo y Seguridad Social”; cuya determinación de los recursos disponibles, se puede encontrar entre las distintas “Entidades Gestoras de la Seguridad Social”, en calidad de entes públicos, con personalidad jurídica.

Con respecto a la reclamación administrativa, esta se puede presentar ante el Organismo que emitió la resolución en el caso de que no se esté de acuerdo con dicha decisión, para ello el afiliado dispone de un plazo de 30 días contados a partir de la notificación para impugnar dicha decisión, pudiendo en el caso de la reclamación sea desestimada, acudir ante el Juzgado de lo Social, y como siguiente paso se puede acudir ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma del que dependa el Juzgado que dictó sentencia.

1.5. Afiliación fraudulenta a la seguridad social.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la palabra fraudulento proviene del latín “fraudulnetus”, cuyo adjetivo se relaciona con lo “engañoso o falaz”, siendo un acto “tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros”, en virtud del cometimiento de una acción “contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete”. (Real Academia Española de la Lengua, s.f.).

En virtud de lo señalado con antelación, se puede establecer que la persona inscrita en calidad de afiliado al Seguro Social, que mediante engaños pretenda beneficiarse de los servicios brindados por este, eludiendo las disposiciones legales, y ocultando la verdad, dicha afiliación será declarada como fraudulenta. Siendo por ello que se pretende elaborar un vademécum, el cual se pretende sirva de guía a los afiliados al Seguro Social y en especial, en la relación laboral entre cónyuges, para que no se vean

afectados por el hecho de que su inscripción sea declarada como fraudulenta, perdiendo con ello todas las aportaciones realizadas, viéndose inmersos en pagar engorrosas multas.

1.5.1. Afiliación fraudulenta en Ecuador.

En Ecuador, según lo concebido por el artículo 80 de la Ley de Seguridad Social con respecto de la afiliación fraudulenta, únicamente se señala las consecuencias que ocurrirían en el caso de que se detectare por parte del IESS, que la inscripción del afiliado es fraudulenta; más, sin embargo, no se establece lo que es sí este tipo de afiliación, motivo por el cual se ha formulado este proyecto de titulación a fin de que pueda ser reformado el artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, el cual es considerado poco explicativo para el contribuyente. Puesto que, según lo establecido dentro de la normativa ecuatoriana el artículo 80 de la Ley de seguridad social, se señala con respecto a la afiliación fraudulenta que:

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

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono. (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 26)

Como se puede vislumbrar de dicho artículo, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, puede retener en concepto de multas, los aportes personales y patronales al igual que los fondos de reserva pagados a este, pudiendo exigir a su vez el reembolso de los servicios recibidos, declarando que sea pagado de ipso facto, los préstamos quirografarios o hipotecarios recibidos a favor del trabajador, siendo responsable la persona que de manera dolosa se hubiese afiliado al IESS, y la persona que se haya prestado en calidad de patrono para que pueda existir la falsa afiliación.

Subsiguientemente a este artículo, la Ley de Seguridad Social señala en su artículo 81 con respecto a la declaración de la afiliación fraudulenta, se señala que, esta

será declarada por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso ante la Comisión Nacional de Apelaciones, siendo estos los órganos competentes de reclamación administrativa, estableciendo en dicho artículo lo siguiente: "Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones". (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 26)

Por otra parte, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el reglamento interno, denominado "Reglamento de aseguramiento, recaudación y gestión de cartera", señala según lo concebido en el artículo 30 del mismo que la afiliación fraudulenta es la que no posee los debidos hechos probatorios, pretendiendo a través de ello, obtener de manera personal por estar afiliado los beneficios de contingencia, vulnerando con ello la buena fe del IESS, estableciendo en dicho artículo lo siguiente:

La afiliación fraudulenta será toda aquella que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido, transgrediendo con ella la buena fe entre las partes. La sanción se efectuará de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene la facultad de oficio o a petición de parte, de efectuar los procedimientos administrativos para determinar posibles casos fraudulentos.

Para investigar si una afiliación es fraudulenta las Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura, efectuarán el procedimiento determinado por la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura y aprobado por la Dirección General. (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016, pág. 13)

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en uso de su potestad determinadora, puede solicitar toda aquella documentación que considere pertinente, con la finalidad de verificar si dicha afiliación es o no fraudulenta, pudiéndose de oficio ser declarada por los órganos de reclamación administrativa como tal, procediéndose de manera inmediata, a la retención de los fondos consignados por el patrono y le empleador por concepto de multas, pudiendo a su vez exigir el IESS el pagó o reembolso de las prestaciones servidas,

siendo solidariamente responsable el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono, por el hecho de detectarse dolo o mala fe.

A lo que cabe señalar, que en caso de ser detecta una afiliación fraudulenta, existirán tanto responsabilidades civiles como penales, en concordancia con lo establecido en la Constitución, la cual en su artículo 327 establece que el “incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley”. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 154)

La figura de la declaratoria de afiliación fraudulenta aparece el 25 de julio 1970 con la reforma a la Ley de Seguridad Social mediante Decreto número 40, y desde la fecha ha sufrido pocas o escasas modificaciones en su texto, siendo pertinente que se dé una imperiosa reforma a la Ley por parte del Órgano Legislativo. De igual forma, es necesario que se emita por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, un Reglamento o regulación interna que regule los procedimientos seguidos por parte de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, al igual que los procedimientos seguidos por la Comisión Nacional de Apelaciones, a fin de que el contribuyente pueda en vía administrativa, hacer uso de su derecho a la defensa, consagrado el artículo 76 numeral séptimo literal a) de la Constitución que establece:

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

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 53)

Como se puede vislumbrar de dicho artículo, se garantiza con ello, la posibilidad de presentar los elementos de descargo de manera informada que le ayuden al afiliado a proteger su interés y poder obtener tras largos años de aportación, el descanso merecido percibiendo de manera mensual el monto por jubilación que le corresponda. Siendo por ello, que con el fin de establecer los estamentos necesarios referentes a la afiliación fraudulenta como parte de los objetivos específicos de esta tesis de titulación, se ha considerado pertinente realizar un análisis de las legislaciones de seguridad social

de los países de Colombia, Perú, Chile, Venezuela y España, con los cuales Ecuador ha suscrito Convenios Internacionales de cooperación, comparando las mismas respecto a la regulación para declarar una afiliación como fraudulenta, en los sistemas de Seguridad Social de dichas legislaciones, al igual que las medidas y el procedimiento a seguir.

1.5.2. Afiliación fraudulenta en Colombia.

Como se trató en líneas anteriores, en Colombia existen dos tipos de regímenes de afiliación, siendo uno de estos el Régimen Subsidiario dentro del cual se encuentran afiliadas las personas de escasos recursos económicos y en condición de vulnerabilidad, cuyo principal beneficio entregado por parte del Estado es el subsidio de salud.

Mediante varios análisis realizados por parte del Estado colombiano, se ha podido identificar que, gran parte de las personas afiliadas al Régimen Subsidiario, lo suelen hacer de manera fraudulenta, mediante declaraciones falsas haciéndose pasar por vulnerables, en la encuesta de condición socioeconómica de la persona, del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), las cuales cuando son descubiertos, por una parte son expulsados del SISBEN, y por parte se ven inmersos en serias consecuencias penales, por el hecho de haber incurrido en el delito de “falsedad en documento privado”, tipificado en el artículo 289 de la Ley 599 del 2000, siendo a su vez responsable penalmente el funcionario del SISBEN que permitió dicha afiliación por el delito de “falsedad ideológica en documento público”, tipificado en el artículo 286.

Por otro lado, en vía administrativa, la afiliación fraudulenta al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se encuentra establecido en el Decreto número 1485 del 13 de junio de 1994, el cual regula la “organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud” E.P.S. y regula la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud. Este Decreto vigente hasta la fecha, establece en su artículo número 14 lo siguiente con respecto a la afiliación fraudulenta:

El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas: (...)

7. Prácticas no autorizadas. Las Entidades Promotoras de Salud de conformidad con lo que para el efecto señale el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, deberán abstenerse de introducir prácticas que afecten la libre escogencia del afiliado, tales como las que a continuación se enumeran: (...)

3. Terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados, o negar la afiliación a quien desee afiliarse, siempre que garantice el pago de la cotización o subsidio correspondiente, salvo cuando exista prueba de que el usuario ha utilizado o intentado utilizar los beneficios que le ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud en forma abusiva o de mala fe. Para estos efectos, se consideran conductas abusivas o de mala fe del usuario entre otras, las siguientes:

c) utilizar mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del Sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. (...) Artículo 14. Régimen general de la libre escogencia. (Colombia, Presidencia de la República, 1994, págs. 6-8).

De igual manera lo hace, el Acuerdo 244 del 31 de enero del 2003, por medio del cual se definen las condiciones y la forma de operación del “Régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, establece entre sus disposiciones, en el artículo 26 lo siguiente:

Pérdida de la calidad de afiliado en el Régimen Subsidiado. La afiliación al Régimen Subsidiado será indefinida mientras subsistan las condiciones previstas en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y en el presente acuerdo para ser beneficiarios. Sin embargo, la calidad de afiliado se perderá cuando: 1. Se cumplan las condiciones definidas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios para pertenecer al Régimen Contributivo. 2. Se compruebe por parte de la entidad territorial o la ARS, que el afiliado incurrió en actos fraudulentos contra el Sistema o de incumplimiento de los deberes establecidos en la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar. (Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, 2003, pág. 8)

Por último, el Decreto 1804 del 14 de septiembre de 1999, en el cual se expidió las normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, señala en su artículo 12 con respecto a la “contratación con terceros para las actividades de afiliación y carnetización”, lo siguiente:

Los terceros con los cuales se contraten las actividades de afiliación y carnetización deberán acreditar ante la ARS [[Administración del Régimen Subsidiario]] correspondientes garantías suficientes, que permitan asegurar el reintegro de recursos

en caso de afiliaciones fraudulentas o irregulares, como consecuencia de las cuales la administradora deba reintegrar recursos a las entidades territoriales.

Los pagos por afiliaciones a los terceros únicamente se podrán realizar sobre aquellos afiliados que no hubieran sido rechazados por los entes territoriales, sin perjuicio de la irregularidad del pago en caso de que en fecha posterior se determine la afiliación fraudulenta o irregular. (Colombia, Presidencia de la República, 1999, pág. 8)

Con respecto a las reclamaciones en materia de “pensiones, accidentes de trabajo y salud ocupacional”, estas se tramitan de manera ordinaria ante la Jurisdicción Laboral, mientras que, con respecto a las reclamaciones derivadas de la insuficiencia en la prestación de servicios de salud, por parte de las entidades públicas de salud, las demandas se tramitan en vía contencioso administrativa, o de ser el caso, si la entidad es privada en vía ordinaria laboral. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 53)

Es menester señalar dentro de la legislación colombiana que, el servicio de la salud no se encuentra garantizado dentro de la Constitución como un derecho fundamental, pero sin embargo al encontrarse este intrínsecamente ligado con el derecho a la vida, adquiere un carácter de derecho fundamental, motivo por el cual, en procura de brindar una óptima asistencia en salud a los “usuarios del Sistema General de Seguridad Social”, según lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, la “Superintendencia Nacional de Salud”, es competente para “conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en”, los temas relacionados a: riesgos de salud por la negativa de atención por parte de las entidades promotoras de salud; conflictos por multi-afiliaciones; y conflictos generados por la libre elección que puedan producirse entre los usuarios y las aseguradoras. (Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 2012, pág. 54)

Maldonado (2017), en su ensayo “La Afiliación Fraudulenta en el Sistema de Seguridad Social Integral Colombiano”, realiza un exhaustivo análisis normativo y jurisprudencial de la afiliación fraudulenta al Sistema General de la Seguridad Social en Salud colombiano, llegando a la conclusión de que este panorama impone el reto de fortalecer el marco regulatorio de la afiliación fraudulenta, precisando los efectos de esta

práctica al interior de sistema, sin perjuicio de la inspección, vigilancia y control que el Estado debe realizar a los que sacan provecho del vacío inexistente. (Maldonado Sierra , 2017, pág. 79)

1.5.3. Afiliación fraudulenta en Perú.

En Perú, a través del “Reglamento de verificación de la condición del asegurado”, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo número 002-2009-TR, se norma lo establecido en la Ley número 29135 que señala el porcentaje que debe ser pagado a ESSALUD y a la oficina de Normalización Previsional, que establece en su artículo 1, las facultades de ESSALUD, para de oficio ejercitar las actividades de verificación de “la condición de asegurados del Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes administrados por ESSALUD”, al igual que las condiciones que nacen del vínculo existente entre las “entidades empleadoras” y los trabajadores bajo relación de dependencia.

En el “Reglamento de verificación de la condición del asegurado”, aprobado mediante Decreto Supremo número 002-2009-TR, el cual surgió a raíz de la imperiosa necesidad de propiciar la articulación gubernamental necesaria, que aplique estrategias encaminadas al fortalecimiento del sistema de control, por la necesidad de prevenir y frenar el fraude en las afiliaciones a la seguridad social en salud; los conceptos de prestación indebida y afiliación indebida, establecidos en el artículo 1 que señala:

Artículo 1.- Definiciones Para los efectos del presente Reglamento, los vocablos siguientes tienen el alcance que se indica:

Prestación indebida: Aquella que recibe un asegurado sin tener derecho de cobertura al no cumplir los requisitos señalados en las normas vigentes.

Afiliación Indebida: A la relación que ha generado una persona y/o una Entidad Empleadora ante ESSALUD, incumpliendo con las condiciones establecidas en las normas de Seguridad Social en Salud. (Peru, Congreso de la República, 2009, pág. 4)

De igual forma, dentro del artículo 2 numeral 3, entre las atribuciones de ESSALUD, señala la facultad establecer “el procedimiento administrativo para la imposición de la sanción de inhabilitación por el órgano a que se haya atribuido esta potestad, por el incumplimiento de los requisitos determinantes para la inclusión de una

persona en el Régimen Contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes que administra ESSALUD.” Al igual que en el numeral 4, “El procedimiento administrativo para la imposición de sanciones relacionadas con la obligación de permitir el control y el deber de informar ante ESSALUD.” (Peru, Congreso de la República, 2009, pág. 5)

(Barja 2020), señala en su tesis de titulación “Fortalecimiento del sistema de control para evitar las afiliaciones indebidas al sistema de aseguramiento en ESSALUD, Lima – Perú, 2018”, que la afiliación indebida, también suele ser llamada como:

Fraudulenta, ilegal, irregular, siendo esta acción entendida como aquella que no guarda correspondencia con la situación real del asegurado y/o sus derechohabientes, los cuales suelen utilizar distintas modalidades como, la simulación de relaciones laborales, creación de empresas “fantasma”, el aprovechamiento de la necesidad de los ciudadanos que son inducidos a ésta práctica por intermediarios (personas naturales o jurídicas), con la simple y llana finalidad de adquirir la condición de asegurados para acceder a las prestaciones de salud, económicas o sociales que brinda el Seguro Social de Salud o que se otorgue los beneficios a sus presuntos derechohabientes sumado a la vulneración de normas, el vacío legal, ausencia de tipificación penal de conductas infractoras y sanciones efectivas en materia de seguridad social en salud, entre otros. (Barja, 2020, pág. 2)

En ese sentido, la afiliación indebida, considerada por (Barja, 2020) como

La vinculación irregular o fraudulenta que efectúa una persona natural o jurídica para declarar su condición de entidad empleadora y a sus trabajadores con el fin de obtener la condición de asegurados al Régimen Contributivo de la Seguridad Social administrado por ESSALUD y recibir las prestaciones asistenciales, económicas o sociales, para beneficio propio o de sus derechohabientes, incumplen al realizar dicha vinculación, los requisitos establecidos en las normas de seguridad social en salud; causando la saturación a nivel financiero del Régimen Contributivo de Seguridad Social en salud, por el hecho de destinar recursos económicos en el tratamiento y rehabilitación de enfermedades, por lo general de muy alto costo, al igual que los pagos por prestaciones económicas a asegurados que por conveniencia han simulado el establecimiento de relaciones laborales con supuestos empleadores, causando un retraso en la atención asistencial de quienes realmente la merecen, por el hecho de encontrarse asegurados de

legal y debida forma y ser merecedores de acceder a las prestaciones brindadas por ESSALUD con la debida celeridad y calidad pertinente. (Barja, 2020, pág. 48)

El control de las personas que de manera fraudulenta hacen uso de los servicios de Seguridad Social en Salud, está a cargo de las “Oficinas de Seguros y Prestaciones Económicas” y de las “Unidades de Control de Filtraciones”, entidades que dependen de la “Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas de ESSALUD”, según lo establecido en el artículo 212-B del “Reglamento de Organización y Funciones de ESSALUD”, de conformidad con las disposiciones del “Manual de Operaciones de las Oficinas de Seguros y Prestaciones Económicas”, el cual fue aprobado mediante la Resolución de Gerencia General N° 815-GG-ESSALUD-2016, con fecha 20 de julio de 2016.

Dentro de la legislación peruana de manera doctrinaria, se contempla diversas modalidades de afiliación indebida, entre las cuales se puede mencionar a las siguientes: afiliación indebida por vulneración legal, y afiliación indebida por simulación de relación laboral en las cuales no existe la relación jurídica de seguridad social para tener la condición de asegurado.

El tipo de afiliación indebida por vulneración legal, incumple las condiciones establecidas en las normas de Seguridad Social en Salud y dentro de las normas especiales, por falta a la veracidad de los actos y declaraciones defraudando con ello, la confianza depositada por el Estado; En caso de ser detectado este tipo de afiliación mediante control ex post por parte de la “Oficina de Seguros y Prestaciones Económicas”, por encontrarse información errada en los registros se procede a emitir la “Resolución de Baja de oficio del Registro de Asegurados Titulares y Derechohabientes”, de conformidad con lo establecido en el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, “Ley del Procedimiento Administrativo General”.

Dentro del acto administrativo, se determina de oficio la baja del asegurado, y se establece como causal el hecho de no cumplir con los requisitos establecidos en las normas especiales para tener la condición de asegurado, y que por lo tanto no puede

estar inscrito en el citado Registro ni acceder a las prestaciones de ESSALUD, durante un periodo determinado; debiendo de conformidad con lo establecido en el artículo 15, numeral 15.3 de la Ley 27056, “Ley de Creación del Seguro Social” y de conformidad con el primer párrafo del artículo 31 del “Reglamento a la Ley 27056, aprobado por Decreto Supremo N° 002-99-TR, “cumplir con reembolsar a ESSALUD, el costo de los servicios recibidos sin perjuicio de las acciones civiles o penales a que hubiere lugar”. (Peru, Congreso de la República, 2009) Por haber utilizado medios ilícitos para percibir beneficios que no le correspondían.

Mientras que, en el tipo de afiliación indebida por simulación de relación laboral, se incumple en el hecho de materializar la declaración de uno o más trabajadores que no pertenecen a una entidad empleadora, ya sea por motivos de amistad, familiaridad o de condiciones de lucro, con la finalidad de que estos puedan acceder los falsos trabajadores al uso de prestaciones de salud y económicas. ESSALUD, en uso de su potestad sancionadora, de conformidad a lo establecido en el artículo 15, numerales 15.2 y 15.3 de la Ley N° 27056, “Ley de Creación del Seguro Social de Salud (ESSALUD)”; artículo 4 de la Ley N° 29135, y el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1172, que incorpora el artículo 5-A a la Ley N° 26790, “Ley de Modernización de la Seguridad Social de Salud”; es responsabilidad del empleador el pagar multa en caso de presente declaraciones falsas, tendientes a que se otorguen prestaciones indebidas; al igual que es responsabilidad del asegurado el pagar una multa cuando utilizo medios ilícitos para obtener beneficios indebidos o cuando se filian indebidamente.

Respecto a la sanción administrativa que debe pagar el empleador en concepto de multa, esta se encuentra establecida en el artículo 30 del Reglamento de la Ley N° 27056, “Ley de Creación del Seguro Social de Salud”, el cual señala que “las infracciones y sanciones aplicables a las entidades empleadoras mencionadas en el numeral 15.2 de la Ley, se rigen por el Código Tributario y demás disposiciones vigentes”. (Perú, Congreso de la República, 1999)

Por ello, entre las cláusulas generales del Contrato de Afiliación al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – Salud Independientes, se señala como causal de pérdida de cobertura que, el afiliado puede perder su derecho a la cobertura otorgada

en el Contrato, si este “presenta información fraudulenta y engañosa apoyada en declaraciones falsas relacionadas con su tratamiento”, o; si “el afiliado o terceras personas que obran por cuenta de éste o con su conocimiento, emplean medios o documentos falsos para obtener beneficios del seguro otorgados por el presente contrato”. (Perú, Seguro Social de Salud, 2020)

1.5.4. Afiliación fraudulenta en Chile.

En Chile, el sistema de salud está conformado, por una parte, por el sector público, el cual otorga prestaciones a la población a través de un administrador financiero denominado “Fondo Nacional de Salud (FONASA)” y el sistema de prestaciones públicas; y por otra parte por el sector de seguros de salud privado, el cual está formado por instituciones de salud previsional, conocidas como “ISAPRES”.

Estos dos sistemas de salud chilenos, se encuentran regulados por el Sistema de Pensiones comprendido dentro del “Compendio de Normas del Sistema de Pensiones”, el cual tiene como objetivo principal el “sistematizar en un cuerpo único la normativa dictada por la ex Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y su sucesora legal, la Superintendencia de Pensiones.”, estableciendo dentro de su primer libro denominado “Afiliación al Sistema de Pensiones del Decreto Ley número 3500 de 1980”, Título Uno, “Afiliación e Incorporación a una Administradora de Fondos de Pensiones”, apartado A. “Afiliación e Incorporación a una Administradora” que, La Superintendencia de Pensiones como órgano rector, es la entidad encargada de impartir las debidas instrucciones referidas a los procedimientos que por Ley deben cumplir las Administradoras de Fondos de Pensiones en lo referente al “proceso de afiliación al Sistema e incorporación a una Administradora, de los trabajadores dependientes, independientes y los afiliados voluntarios, en especial en relación a la obligación de afiliarse al Sistema de Pensiones de Capitalización Individual en la AFP”. (Chile, Superintendencia de Pensiones, 1980, pág. 5).

El texto del Decreto Ley número 3.500 del 13 de noviembre de 1980, que establece “un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual obligatoria en una administradora de fondos de pensiones

(AFP).” El cual se encuentra actualizado a diciembre de 2019, señala con respecto a la afiliación fraudulenta en su artículo 13 lo siguiente:

Los que, con el objeto de obtener o facilitar la obtención indebida de los beneficios que establece esta ley, para sí o para terceros, ocultaren la identidad de todos o alguno de sus beneficiarios; proporcionaren antecedentes falsos o dolosamente ocultaren antecedentes fidedignos, en perjuicio de una Administradora, de una Compañía de Seguros o del Fisco, serán sancionados con las penas que establece el artículo 467 del Código Penal. (Chile, Junta de Gobierno de la República, 1980, pág. 11)

Como se puede apreciar de dicho artículo, el afiliado que dese pertenecer a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), con el objetivo de obtener de manera indebida los beneficios de pensiones por vejez o por invalidez, para sí o para terceras personas, mediante el ocultamiento de información, propiciando en la declaración antecedentes falsos, o que con la intención de dañar a la Administradora de Fondos, alguna compañía de Seguros o al Estado, ocultando antecedentes fidedignos, será sancionado penalmente con prisión y multas según lo establecido en el artículo 467 del Código Penal, el cual textualmente señala:

El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

- 1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.
- 2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
- 3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales. (Chile, Congreso Nacional, 1874, pág. 93)

Siendo el hecho de defraudar a la Administradora de Fondos, alguna compañía de Seguros o al Estado, como se puede apreciar de dicho artículo citado con antelación esto es penado con prisión que puede ser desde 61 días hasta 3 años, y multas que van desde 5 Unidades Tributarias Mensuales equivalentes pesos chilenos a 50.322,00 que en dólares equivalen a un promedio de USD 65,53 dólares, hasta de 15 Unidades Tributarias Mensuales las cuales son equivalentes en pesos chilenos a 754.830,00 que en dólares equivalen a un promedio de USD 983,02 dólares.

Por otro lado, el texto del Decreto Ley número 3.500 del 13 de noviembre de 1980, señala en su artículo 19, con respecto a la declaración que debe efectuarse de manera mensual tanto por empleador como por el trabajador, que si esta “fuere incompleta o falsa y existiere un hecho que permita presumir que es maliciosa”, le corresponde al “Director del Trabajo” o a su vez por delegación de este a los “Directores Regionales”, el realizar la respectiva denuncia ante el “Juez del crimen” que corresponda. (Chile, Junta de Gobierno de la República, 1980)

Consiguientemente a ello, el “Compendio de Normas del Sistema de Pensiones” señala dentro del mismo Libro uno “Afiliación al Sistema de Pensiones del Decreto Ley número 3500 de 1980”, Título Siete, “Reclamos: Anomalías en Afiliación, Cuentas Personales, Cotizaciones y Traspasos”, apartado A “Procedimientos para el Proceso de Gestión de Reclamos”, Capítulo Quinto “Procedimiento de solución de materias especiales”, que se debe considerar la existencia de falsificación de firma o huella dactilar del trabajador en documentos de incorporación o creación de cuentas personales, estableciendo al respecto en el numeral treinta, literal a, que, para la solución de reclamos de este tipo se debe considerar que, “cuando el trabajador en su declaración confirma la falsificación de la firma, se presumirá la existencia de fraude y la AFP regularizadora debe realizar un peritaje caligráfico o dactilar, para establecer fehacientemente el fraude”. (Chile, Superintendencia de Pensiones, 1980)

1.5.5. Afiliación fraudulenta en Venezuela.

En la República Bolivariana de Venezuela, se encuentra establecido dentro de la “Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”, específicamente en el artículo 31

numeral 3 literal c, que es competencia de la “Superintendencia de Seguridad Social”, el “dictar normas e instrucciones tendentes” a:

Ordenar la suspensión o revertir operaciones determinadas cuando fueren ilegales, se hubieren ejecutado en fraude a la ley, no hubieren sido debidamente autorizadas, o pudieren afectar el funcionamiento de los órganos y entes sujetos a esta Ley y las demás leyes que regulan el Sistema de Seguridad Social. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2012, pág. 10)

Como se puede apreciar de dicho artículo, el organismo estatal responsable de velar por la idoneidad de las afiliaciones a la seguridad social es la “Superintendencia de Seguridad Social”, la cual tiene como función primordial el regular mediante normativas institucionales el óptimo funcionamiento de los órganos y entes sujetos a la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pudiendo en caso de detectar cualquier tipo de fraude en la afiliación, ordenar la inmediata suspensión de la afiliación y la reversión de los dineros entregados por concepto de prestaciones u otros beneficios percibidos cuando se haya detectado la ilegalidad en su obtención.

De igual forma, la “Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social”, establece en el artículo 41 numeral 14, que a su vez también es competencia de la “Tesorería de Seguridad Social”, el: “Inspeccionar y realizar las indagaciones que sean necesarias para detectar cualquier evasión o falsedad en la declaración del empleador o empleadora o del trabajador o trabajadora, pudiendo examinar cualquier documento o archivo del empleador o empleadora”. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2012); garantizando con ello que no exista ningún tipo de adulteración de documentos, ni falsedad en la declaración de pago de afiliación al “Instituto Venezolano de los Seguros Sociales” (IVSS).

Por otro lado, la normativa penal venezolana, también establece serias sanciones en casos de fraude a un “instituto de asistencia social” o de “una entidad autónoma en que tenga interés el Estado”, por el hecho de causar un quebranto a administración pública, pues según lo estableciendo en el artículo 462, existe una pena privativa de la libertad entre dos y seis años por el uso de “artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un

provecho injusto con perjuicio ajeno”. (Venezuela, Asamblea Nacional , 2005, págs. 66-67)

Con respecto a la sanción administrativa interpuesta al empleador o la empleadora, por parte de la “Tesorería de la Seguridad Social”, en la “Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo”, se establece en el artículo 120 numeral 7 que el “empleador o empleadora”, deberá por concepto de sanción, pagar “multas de setenta y seis (76) a cien (100) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador”, o según lo establecido en el artículo 121 numeral 3 respecto a “las Infracciones de las Empresas en el Área de Seguridad y Salud en el Trabajo”, “multas de una (1) a cien (100) unidades tributarias (U.T.) por cada trabajador”, cuando, suministre al Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales o al Ministerio con competencia en materia de trabajo, datos, información o medios de prueba falsos o errados que éstos les hayan solicitado”. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2005, pág. 17)

De igual forma, en caso de que se hubiere detectado una afiliación fraudulenta, conforme lo señala la “Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo”, en su capítulo tercero “De las Infracciones en Materia de Cotizaciones y Afiliación” artículo 128, el “empleador o empleadora”, deberá pagar “multas de hasta cien unidades tributarias (100 U.T.)”, debiendo a su vez cancelar “las cotizaciones no efectuadas y los intereses moratorios que correspondan, calculados éstos según el promedio de la tasa activa de los seis (6) principales bancos universales del país”, por haber “infringido las disposiciones contenidas en esta Ley y su Reglamento, en los aspectos relativos a las cotizaciones, afiliación, registro y todas aquellas vinculadas a las prestaciones establecidas por el Régimen Prestacional de Seguridad y Salud en el Trabajo”. Debiendo dicha multa ser pagada por “cada trabajador o trabajadora no afiliado, afiliado a destiempo, o declaración inexacta de la información”, acareando a su vez tanto responsabilidades civiles, administrativas y penales por los daños causados a los trabajadores. (Venezuela, Asamblea Nacional, 2005, pág. 18)

1.5.6. Afiliación fraudulenta en España.

En España, a la afiliación fraudulenta se la tipifica de forma autónoma, puesto que el fraude de prestaciones a la Seguridad Social, es considerado como un delito, desde

el 27 de diciembre de 2012, tras ser reformado el Código Penal Español, en su artículo 307 ter, el cual sanciona de manera diferenciada “la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones” ofreciendo una “respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social”, evitando con ello los riesgos de impunidad de aquellos “fraudes graves que no superaban el límite de 120.000 euros”. (Barceló, 2018, pág. 62)

Estableciendo en el artículo 307 ter del Código Penal, al delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, como un castigo para aquellas personas que “obtengan para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social”, mediante “la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar”, por el hecho de causar “un perjuicio a la Administración Pública”. (España, Cortes Generales, 1995, pág. 117)

Tal como se puede apreciar en el artículo citado, el elemento típico del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social, es: la obtención, para sí o para otra persona del disfrute de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social o su prolongación indebida, constituyéndose como una especie de modalidad típica el hecho de provocar el error a través de la simulación o tergiversación de los hechos por el ocultamiento consiente de la información suministrada a la Administración Pública a manera de perjuicio.

Con respecto a este delito, cabe hacer mención que se admiten dos modalidades típicas, siendo estas, por un lado el hecho de que por una primera vez se obtenga el disfrute de las prestaciones de la Seguridad Social de forma ilícita, ya sean estas por desempleo o por incapacidad y, por otro lado, el hecho de prolongar de forma indebida el disfrute de una prestación de la Seguridad Social que haya sido obtenida de forma lícita, pudiendo ser el caso de la prolongación de una pensión de viudedad a pesar de haber contraído un nuevo matrimonio.

En este tipo de delito, a diferencia de los otros delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, no se requiere para la consumación del mismo, de la existencia de una mínima cuantía, siendo la pena privativa de la libertad en caso de comprobarse la concurrencia del delito de seis meses a tres años. Proponiéndose a su vez como una medida atenuante para los casos que no se revistan de especial gravedad una multa del tanto al séxtuplo, monto que es fijado como una especie de compensación punitiva frente a la inexistencia de una condición objetiva de punibilidad, permitiéndose con ello la diferenciación del delito y de la infracción administrativa. Pudiéndose citar a manera de ejemplo a la “Sentencia de la Audiencia Provincial (“SAP”) de Asturias, Sección 3.ª, n.º 44/2015, de 30 de enero”, en la cual se fijó de manera atenuada una multa, en virtud de que los autores habían defraudado cuantías muy reducidas sobre las prestaciones por desempleo.

Es necesario considerarse que, dentro de los supuestos de obtención o facilitación ilícita, el hecho de mayor frecuencia, constituyen los casos de fraude por prestaciones de desempleo; o en un menor rango las prestaciones de incapacidad laboral o pensiones de jubilación, siendo lo habitual en este tipo de casos el provocar un error de manera dolosa en la Administración Pública, mediante la simulación o tergiversación de los hechos. (Barceló, 2018, pág. 64)

De igual forma, según lo establecido en el artículo 307 ter del Código Penal, cuando el hecho se de en lo referente al fraude por prestaciones de desempleo, y sean obtenidos dichos montos con la ayuda del empleador, deberá responder por el cometimiento del delito en calidad de coautores tanto el empleador como el empleado que fue beneficiado.

Como se puede vislumbrar en este tipo de delitos, es muy habitual que exista la simulación o la tergiversación de los hechos, lo cual se ejecuta mediante conductas que constituyen un delito de falsedad documental tipificado en el artículo 392; o a su vez el supuesto ocultamiento de los hechos a la Administración Pública como por ejemplo la muerte de un familiar.

Algunos autores como, (Alcale Sánchez, & González Agudelo) consideran que el delito se consuma cuando se obtiene la resolución administrativa de concesión de la prestación, que es la que otorga el derecho a su disfrute, siendo ese el momento de comienzo del cómputo del plazo de prescripción. (Alcale & González, 2010, pág. 258)

Así mismo, el Real Decreto Legislativo núm. 8, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado número 261, del 31 de octubre de 2015, establece con respecto a la afiliación fraudulenta en su artículo 133 que es competencia de la “Inspección en materia de Seguridad Social”, el vigilar el cumplimiento de “las obligaciones que derivan de la presente Ley y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social” (España, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, pág. 74)

De igual forma, se explica en el artículo 175 que el derecho al subsidio se podrá perder o que este podrá ser suspendido a favor del contribuyente cuando “el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación”. A su vez, se explica en el artículo 180 de adscrito cuerpo normativo que, el subsidio por nacimiento o cuidado de menor, puede “ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación”, (...) “como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”, explicándose a su vez, en el artículo 297, que el control de las prestaciones, le corresponde a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, con la colaboración de la administración tributaria. (España, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, págs. 92-151)

Por otro lado, es necesario destacar que en España, se autorizó a través de una orden ministerial al Ministerio de Trabajo y Economía Social, para que a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITTS) proceda con la creación de una Unidad Especial de Coordinación sobre Lucha contra el Fraude en el Trabajo Transnacional; encontrándose entre las atribuciones de la misma, la coordinación de varias acciones llevadas a cabo por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, relacionadas con “la movilidad laboral, la lucha contra el fraude en el trabajo transnacional y el trabajo

no declarado en el ámbito de la Unión Europea”. (España, Secretaria de Estado de la Seguridad Social, 2020)

Dicha unidad adscrita a la “Oficina Nacional de la Lucha contra el Fraude de la ITSS”, la cual favorecerá de forma significativa la coordinación de la “lucha dirigida a que los empleadores que desplacen temporalmente a España sus trabajadores, en el marco de una prestación de servicios transnacional, respeten y garanticen sus derechos laborales, cualquiera que sea la legislación aplicable a los contratos de trabajo”. Al igual que, el respeto de “dichas condiciones mínimas de trabajo a los trabajadores de empresas españolas que se desplacen al exterior en el marco de una prestación de servicios transnacional”. (España, Secretaria de Estado de la Seguridad Social, 2020).

1.6. Elementos de la afiliación fraudulenta a la seguridad social.

Según lo señalado por las diversas legislaciones, de los países de Colombia, Perú, Chile, Venezuela y España, con los cuales Ecuador ha suscrito Convenios Internacionales de cooperación, luego de haber analizado las mismas respecto a lo que es en sí la afiliación fraudulenta a la seguridad social, al igual que haber estudiado la regulación para declarar una afiliación como fraudulenta, en los sistemas de Seguridad Social, se puede vislumbrar que las diversas legislaciones y doctrina en general, coinciden en señalar como elementos tipos de la afiliación fraudulenta al dolo, al engaño, al perjuicio, y a la intencionalidad.

1.6.1. Dolo.

La palabra dolo, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, proviene del latín “*dolus*”, siendo este concebido como un acto de “engaño, fraude o simulación” el cual recae sobre la “voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud”, imperando en los actos jurídicos, la “voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída” (Real Academia Española de la Lengua, s.f.). De lo cual, podemos entender dentro del contexto ecuatoriano con respecto a la afiliación fraudulenta a la seguridad social, como el acto malicioso de inscribir a un trabajador mediante documentos falsos, o tergiversando la información al aseverar que un trabajador realiza actividades labores para una determinada empresa, cuando en verdad no lo hace.

Al respecto, la normatividad y la jurisprudencia, atribuyen a la afiliación fraudulenta varias acepciones como: la de irregular, falsa, indebida, ilegal, ineficaz, incorrecta, etc. (Maldonado Sierra , 2017), De igual manera, se menciona que se puede inferir como un acto doloso y consiente el simular una afiliación a la Seguridad Social, para obtener de esta ultima los beneficios que conlleva el estar afiliado. (Ledesma, 2014, pág. 75)

Profundizando la definición de dolo civil, según la concepción de (Fernández, 2012), nos dice que este puede ser definido como la “acción u omisión que, mediando conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación”. Siendo en tal sentido, el dolo el acto que requiere para su apreciación de dos elementos, siendo estos, un elemento intelectual o cognoscitivo, que hace referencia a la conciencia, en el supuesto del conocimiento real de la realización de todos los elementos del tipo objetivo, y de otro elemento volitivo que hace referencia a la voluntad, e implica el “querer” la realización del tipo y supone un plus en relación con el mero conocimiento, al requerir la dirección de la voluntad en la realización del tipo. (Fernández, 2012)

Así mismo, según la concepción de (Palomo Balda , 2009, pág. 125), la locución de dolo, dentro de la normativa de seguridad social, es empleada en el sentido del acto de voluntad dirigido a la producción de un resultado, que mediante el empleo de medios susceptibles para ocasionar el engaño. Pudiendo en tal sentido, dividirse el dolo en diversas categorías, entre las que podemos encontrar a las siguientes:

- **Dolo directo de primer grado:** En el cual, son conocidas tanto por el empleador como por el empleado, las consecuencias de la acción, siendo estas de manera directa buscadas y queridas tanto por empleador como por el empleado, como efecto exclusivo o principal de su conducta.
- **Dolo directo de segundo grado:** En el cual, las consecuencias de la acción, no son queridas por el empleador o por empleado, pero se le presentan como un efecto inevitable.
- **Dolo eventual:** En el cual, las consecuencias de la acción son altamente probables, dada la potencialidad del comportamiento del empleador y del

empleado, en orden al advenimiento del resultado dañoso, asumiéndose para el caso en que sobrevengan. (Palomo Balda , 2009, págs. 125-126)

Estas diversas clases de dolo, se estructuran en función de la diferente intensidad que alcanza el elemento volitivo en cada una de ellas. Sin embargo, se hace difícil admitir la existencia de aquella categoría de dolo eventual, que linda con la imprudencia consciente, siendo este tipo de dolo, cualificado por varios autores como una forma de imprudencia, al ser una forma de culpa con aplicación de la atenuante de preterintencionalidad.

Con respecto a la diferencia entre dolo e imprudencia, se plantea según la concepción de (Díaz, 1993), en que esta sólo puede operarse desde un punto de vista normativo, y más no ontológico, puesto que, si se relaciona el dolo a la imprudencia, se encuentra una expresión en la incriminación más agravada. Siendo la diferencia de penalidad entre ambos tipos, según esta autora, la decisión del sujeto en contra del bien jurídico que, en la gran mayoría de casos, la mayor gravedad del dolo estriba no sólo en la lesión del objeto de protección, sino también en la de la norma que obliga a respetarlo, con lo que el peligro para el objeto de tutela es mayor. Encontrándose el elemento volitivo del dolo, formado por la “decisión” contraria al bien jurídico, sin necesidad de que el sujeto valore positivamente la lesión del objeto protegido. (Díaz, 1993, pág. 19)

En tal sentido, para que impere el dolo, debe existir la mala fe de las partes, que mediante actos de engaño o de tergiversación de la información, desean obtener beneficios para sí, siendo en el caso de la seguridad social, la obtención deshonesta de los servicios de contingencia brindados por el IESS, perjudicando con este acto los bienes jurídicos protegidos.

A título personal, considero que la existencia del dolo en una afiliación a la seguridad social, debe ser analizada con el debido detenimiento, en virtud de que, en el caso de una relación laboral entre cónyuges, esta figura si podría celebrarse sin que sea determinada como fraudulenta la afiliación, puesto que el contrato de trabajo, es considerado como un convenio entre las partes en el cual una persona se compromete para con otra a prestar sus servicios lícitos, bajo relación de dependencia, a cambio de

un sueldo, por lo cual no podría operar la figura establecida en el artículo 218 del Código Civil que considera que entre cónyuges solo pueden existir dos tipos de contratos, en virtud de que el derecho al trabajo debe prevalecer sobre los demás.

1.6.2. Engaño.

La palabra engañar, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, proviene del latín vulgar “ingannāre”, lo cual es concebido como el “hacer creer a alguien que algo falso es verdadero”, o a su vez como el acto de “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. (Real Academia Española de la Lengua, s.f.)

De lo cual, se puede entender dentro del contexto ecuatoriano con respecto a la afiliación fraudulenta a la seguridad social, como el acto de adulterar información fidedigna, faltando a la verdad al afiliar a una persona quien nunca ha trabajado para una determinada empresa o persona.

Esta modalidad comisiva, de proceder fraudulento, se da bajo el supuesto de defraudación contributiva, puesto que se incardina en la elusión del pago de prestaciones, a fin de obtener contingencias no debidas, perjudicando con ello el patrimonio de la administración pública, al hacerle creer al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, mediante la falsificación de documentos o el falseamiento de datos consignados en alguna solicitud presentada al mismo, e incluso pudiendo darse el hecho de que exista un ocultamiento de datos relevantes.

Según la concepción del tratadista Garrido Mario (2002), el engaño, no es más que la falta a la verdad, al expresar algo o ejecutarlo, a efectos de “presentar la realidad con un aspecto diferenciado al que en verdad tiene o posee, consistiendo éste en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene u ocultando aquellas que efectivamente posee”. (Garrido, 2002)

En tal virtud, el engaño como tal, constituye un elemento típico del delito de estafa, conjuntamente con el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, en torno a la idoneidad de la mentira como conducta típica, a fin de obtener para sí beneficios personales que no debieron ser obtenidos, tras haber perjudicado a una persona o al Estado. Este tipo penal de estafa, se realiza cuando, “en un determinado contrato, una

de las partes -el sujeto delincencial- disimula su verdadero propósito de no cumplir aquellas prestaciones a que por el mismo se obliga, y como consecuencia de ello, la parte contraria, que lo desconoce, cumple lo pactado realizando un acto de disposición del que se lucra el otro”. (Leyton, 2014, pág. 124)

De manera doctrinaria, los tratadistas Matus, Ramírez y Politoff, clasifican al engaño, en las posibles formas existentes, diferenciando al engaño entre: engaño basado en una simulación expresa, engaño basado en actos concluyentes, y engaño basado en la omisión, siendo este tipo de conductas evocadas a una subjetividad que, a priori, puede ser considerada como mentirosa, salvo que se demuestre lo contrario en el contexto del caso concreto.

- Engaño basado en una simulación expresa: es decir, aparentando un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz, “*expressis verbis*”.
- Engaño basado en actos concluyentes: esto es, aparentando un hecho y respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error, y;
- Engaño basado en la omisión: de quien está en la obligación de declarar la verdad, ya que se mantiene a la víctima en el error. (Politoff, Matus, & Ramírez, 2005)

1.6.3. Perjuicio.

La palabra perjuicio, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, proviene del latín “*praeiudicium*”, siendo concebido como el “efecto de perjudicar”, o a su vez como el acto de causar un “detrimento personal o patrimonial”, o el hecho de causar un daño deliberado a lo ajeno. (Real Academia Española de la Lengua, s.f.). De lo cual, se puede entender dentro del contexto ecuatoriano con respecto a la afiliación fraudulenta a la seguridad social, que se causó daño al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por el hecho de obtener de forma indebida cierto tipo de prestaciones que no se debieron obtener.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, señala que “el daño es ante todo un perjuicio o menoscabo que sufre la víctima”, que puede ser de carácter patrimonial o

personal. De igual forma, señala que, en este tipo de acto existe un “nexo causal entre el hecho culposo y el daño causado”, que debe ser probado por la víctima que, en el caso de no poder probarlo, no existiría tal nexo, debiendo el juez en esta condición, negar las pretensiones solicitadas, como consecuencia de una responsabilidad civil, bien sea de carácter contractual o extracontractual. (Sarmiento, Medina, & Plazas, 2017, pág. 110).

En tal sentido, se señala que la persona que causa un daño, por el hecho de existir una afiliación fraudulenta a la Seguridad Social, de manera inmediata contrae un deber, en contraposición a la víctima, que en el contexto ecuatoriano sería el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quien obtiene el derecho, de exigir una indemnización en concepto de reparación por haber obtenido de manera dolosa, el goce y disfrute de las prestaciones de contingencia, que brinda dicha institución.

Según la concepción de Escobar Rodrigo (1989) el daño significa “todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”. (Escobar, 1989). Así mismo, según la concepción de Tamayo Javier (2007), se señala que el daño civil indemnizable es “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o inmaterial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”. (Tamayo, 2007).

Cabe aclarar que esta distinción ya se venía advirtiendo en la antigua Roma, donde al tratar de sustituir la noción de “*damnum*” por la de perjuicio, comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa, sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple “*damnum*” que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación. En tal contexto, el daño o lesión, a efectos de la responsabilidad civil, requiere de “un perjuicio patrimonialmente evaluable”, y de la posibilidad de que se pueda imputar del mismo a una tercera persona. (Sarmiento, Medina, & Plazas, 2017, pág. 112)

1.6.4. Intencionalidad.

La palabra intencionalidad, según el Diccionario panhispánico del español jurídico, es concebida como un criterio general de graduación de la sanción administrativa, que es “recocado por la legislación básica estatal y por numerosas leyes sectoriales y autonómicas, y aplicado con frecuencia como criterio agravante o atenuante de la responsabilidad en atención a su grado de concurrencia”. (Real Academia Española de la Lengua)

Según las afirmaciones de Aristóteles,

El elemento esencial que debe contener la descripción de una acción es la intencionalidad. La intencionalidad, según lo señalado por Kindhäuser Urs, (2012), debe estar contenida de manera expresa o tácita en la descripción de la acción. Debiendo, siempre estar dirigida a un objetivo que sobrepasa el mero movimiento, en el que, la descripción de una acción interpreta una conducta en la medida en que la une con un objeto que la sobrepasa y que funge como objetivo o finalidad. O a su vez, como la conducta que obtiene su sentido como acción mediante la unión con un objetivo que es perseguido por el actor. (Kindhäuser, 2012, pág. 20).

Al respecto, el mismo autor afirma que, “si la intencionalidad es un elemento esencial de las acciones”, pertenece a “las condiciones de verdad de la descripción de una acción que el actor mismo interprete su conducta de forma intencional, o que por lo menos pueda hacer suya la interpretación intencional de su conducta mediante un tercero”. De igual forma, a manera de ejemplo señala con respecto a la descripción de una acción, que “como «A huye de la policía» sería incorrecta si A no sabe que es perseguido por un policía y, en consecuencia, no entiende su conducta como huir de la policía”. Siendo esta una interpretación de la acción por un tercero, por esta razón, necesariamente hipotética puede el actor, en principio, debilitar la imputación. O, por el contrario, “la posibilidad de interpretar conceptualmente su propia conducta en una forma determinada es para el actor constitutivo de su propia intencionalidad y consciencia”. (Kindhäuser, 2012, pág. 23).

La ciencia del derecho, como la moderna psicología, se refiere a acciones humanas, en cuanto caracterizadas no por la causalidad sino por la "intencionalidad" o,

como la "finalidad". Con ello viene a postular la ciencia del derecho penal la necesidad de distinguir dos órdenes de lo real (no de la mente humana): el "orden del suceder" y el "orden del pensar". Siendo en efecto, "si el imperativo opera apelando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de influir en la gravedad de la contradicción del imperativo". (Mir Puig, 2003)

CAPÍTULO II

2. METODOLOGÍA

La investigación jurídica, utiliza diversas técnicas de investigación y de recolección de datos, siendo una de ellas la entrevista, la cual es instrumento directo de recolección de datos de manera similar a la encuesta, puesto que se puede formular preguntas que pueden ser algunas generales y otras más específicas, pero lo más importante que mediante esta técnica que se permite el plantear preguntas teóricas abstractas. (Stauss & Corbin, 2002)

La entrevista, concebida por (Villabella, 2015, pág. 945) como un instrumento que “permite la recopilación de información a partir de una conversación planificada y controlada con un interlocutor, que a efectos de la investigación constituye un sujeto clave por su experiencia, información que posee” (Villabella, 2015), se caracteriza por ser flexible en virtud de que se puede adaptar “al entrevistado y al contexto en que se realiza”, a su vez, que la aplicación de la misma “requiere de condiciones propicias”, y se fundamenta sobre la base de una “ordena el dialogo y prevé la forma en que se realizarán las preguntas”, concentrándose en un tema o aspecto que explora o comprueba. (Villabella, 2015)

La entrevista sirve para poder comprobar la hipótesis, cuando se realiza a profundidad con ese objetivo, debiendo ser estructurada, estandarizada o por cuestionario, en el cual se encuentran preguntas que previamente fueron delimitas, pudiendo el entrevistador introducir aspectos adicionales o improvisar; siendo por ello que la entrevista, ayuda al entrevistador a proporcionale información valiosa por su profundidad y riqueza, con cierta desventaja que este caso sería el tiempo y las condiciones que requiere para su aplicación. por (Villabella, 2015, pág. 947)

2.1. Entrevista a funcionario de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS.

2.1.1. Entrevista al Dr. Víctor Hugo Jara Toscano

El día 28 de enero del 2021, en las oficinas del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se procedió a entrevistar en persona, al Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, quien es titulado en derecho por parte de la Universidad Central del Ecuador, en el año de 1985, posee una Maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar, y lleva desempeñándose por 14 años como miembro de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, siendo por ello que se ha procedido a formular las siguientes preguntas: (Jara, 2021)

A. Entrevistador: ¿Qué podemos entender de acuerdo a su percepción por afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que más por su percepción, es necesario como profesional del derecho, sujetarse a la definición del artículo 80 y 81 de la Ley de Seguridad Social, que señala, que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, podrá retener en concepto de multas los aportes consignados, tras poder identificar una relación contractual ficticia entre un eventual trabajador y empleador, entre los cuales no existió una verdadera prestación de servicios.

De igual forma, manifiesta que dentro de la normativa secundaria que maneja el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se amplía la definición de afiliación fraudulenta, señalándola como un acuerdo entre supuestos empleadores y trabajadores para simular la existencia de prestación de servicios con la finalidad de obtener las prestaciones y beneficios brindados por parte del IESS, sin sujetarse al principio de afiliación obligatoria. (Jara, 2021)

B. Entrevistador: Cuándo se identifica una afiliación fraudulenta, ¿cuál es el procedimiento que sigue el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que efectivamente cuando el IESS, tiene indicios de una afiliación fraudulenta, por intermedio de la Unidad de Control Técnico y Afiliación, se procede a realizar la investigación correspondiente, la cual puede ser in situ en referencia al lugar donde aparentemente existiría la

prestación de servicios fraudulenta, con la finalidad de determinar la forma ficticia de dicha relación contractual entre empleador y trabajador, que trataron de sorprender al IESS.

Por otro lado, es posible identificar este tipo de afiliación cuando ya iniciado un proceso de inspección del IESS, a través de sus servidores institucionales, quienes pueden requerir de oficio que los involucrados en la presunta afiliación, presenten los documentos de respaldo legales, que determinen la existencia de una prestación de servicios, siendo el caso de que no se presentaren dichos documentos, o se verifique que los mismos fueron forjados, ello da la pauta y los elementos para el análisis y posterior declaración de una afiliación fraudulenta, puesto que la afiliación no reunió las condiciones que determinan los artículos 2 y 9 de la Ley de Seguridad Social. (Jara, 2021)

C. Entrevistador: ¿Cuál considera que es la principal motivación de las personas, para perjudicar al IESS, con este tipo de afiliación?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, las personas que no han reunido los requisitos para la jubilación tales como el tiempo de aportación y el pago de los mismos, con la posible expectativa de obtener una jubilación, conforme transcurre su edad cronológica, incurren en este tipo de afiliación fraudulenta al ponerse de acuerdo con una tercera persona para que lo afilie de manera ficticia, y obtener de primera mano las contingencias de atención de salud y posterior jubilación. Siendo en definitiva esta, la principal iniciativa que tienen las personas para propender a una afiliación fraudulenta.

Siendo ello considerado como una iniciativa equivocada de las personas, al no concebir al Seguro Social Ecuatoriano, de manera idónea como un plan de cobertura de contingencias. (Jara, 2021)

D. Entrevistador: ¿Cuándo es posible identificar que la afiliación al IESS es fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, justamente cuando se aproxima la entrega de una prestación, siendo el ejemplo más entendible el beneficio

de jubilación, debiendo obviamente cumplir con los requisitos mínimos de aportación siendo 60 años de edad y 30 años de aportaciones, el IESS previo a calificar el derecho a la jubilación, procede a verificar el historial laboral del afiliado, siendo ahí cuando se detecta que existen desfases en su proceso secuencial de afiliación, y se determina que hay periodos y años que no tienen el sustento correspondiente, con lo cual, se identifica la posibilidad de que esa afiliación haya sido forjada con ánimos de beneficiarse, sin que exista la verdadera causa de afiliación obligatoria que establece la Ley de Seguridad Social. (Jara, 2021)

E. Entrevistador: ¿Qué opinión tiene sobre la relación laborar entre cónyuges, debería ser permitida o no?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, en estricto rigor jurídico, la relación laboral entre cónyuges no tiene asidero legal, puesto que el artículo 218 del Código Civil, determina los tipos de contratos que pueden existir entre cónyuges, sin contemplar entre ellos en contrato laboral, lo cual tiene su sentido por obvias razones naturales, en virtud de que una institución del matrimonio no puede posibilitar que uno de los dos cónyuges se convierta en empleador del otro, y por consecuencia el otro en trabajador.

En tal virtud no sería viable que uno de los cónyuges que se desempeña como trabajador, responda por sus actos al otro cónyuge considerado empleador, dentro de la relación contractual entre personas naturales, aun que, sin embargo podría haber la remota posibilidad de que en un negocio que emprendió uno de los cónyuges conjuntamente con otras personas, se emplee al cónyuge para la prestación de servicios de manera legal, puesto que no tendría que rendir cuentas directamente al cónyuge sí, no más bien al gerente de la empresa. (Jara, 2021)

F. Entrevistador: ¿En el caso que una persona afilie a su cónyuge, quien efectivamente trabaja para ella, seria este caso considerado de afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, se debería analizar si la filiación laboral surgió de manera previa a la institución del matrimonio o viceversa,

y por otro lado sería necesario analizar si en vínculo laboral se encuentra avalado por documentos expedidos por el Ministerio del Trabajo, en virtud de que dichos documentos y elementos, podrían ser considerados como aceptables, debiendo ello a su vez, ser analizado en el IESS por parte de la Unidad de Control Técnico, quien determinaría si la relación laboral de prestación de servicios es fehaciente o no. (Jara, 2021)

G. Entrevistador: ¿En el caso que una persona afilie a su cónyuge, existiendo una disolución conyugal, esta afiliación sería considerada fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, esta figura es muy discutible, por el repetido rigor jurídico, puesto a que la disolución conyugal no cambia directamente a la institución del matrimonio, las personas siguen estando casadas entre sí; a manera de ejemplo, en el caso de que se dé un despido intempestivo, o visto bueno, de uno de los cónyuges, ello podría afectar la relación del matrimonio, puesto que se vería absurdo que el cónyuge empleador sea demandado por el cónyuge trabajador o viceversa.

O a su vez, podría darse una malversación de información contractual, pudiendo en cónyuge empleador afiliar de manera fraudulenta, pese a que existe disolución de sociedad conyugal a la cónyuge a fin de que esta obtenga beneficios de salud y jubilación, siendo ello súper discutible debiendo ser analizado a rigor. (Jara, 2021)

H. Entrevistador: ¿Considera usted adecuada la existencia de la afiliación indebida?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que más que adecuada, ello se da en la práctica cuando idóneamente se ha mantenido llevando el mismo ejemplo de relación laboral, y un periodo idóneo de afiliación el cual terminó en cierta fecha y que por eventuales circunstancias, no se realizó el aviso de salida en el IESS, por parte del empleador, persistiendo la afiliación posterior a la verdadera afiliación, se convierte esta afiliación en indebida, en virtud de que ya no existe prestación de servicios después del finiquito. (Jara, 2021)

I. Entrevistador: ¿En qué se diferencia la afiliación indebida de la afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, la afiliación indebida se genera posterior a la prestación de servicios, porque no se eliminó la afiliación mediante el aviso de salida, es decir si hubo vínculo contractual entre empleador y trabajador, pero se mantuvo de manera incorrecta el registro de afiliación, he incluso el pago de aportes con posterioridad a la finalización de la prestación de servicios efectiva; mientras que la afiliación fraudulenta es considerada como aquella en la que jamás existió la prestación de servicios, siendo planteado un registro ficticio, sin existencia de vínculo contractual eficazmente desarrollado o implementado. (Jara, 2021)

J. Entrevistador: ¿Considera factible la modificación del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, para que sea de conocimiento general, cuando las personas estarían incurriendo en afiliación indebida o fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, contesta que, si considera que entre las reformas que se pueda plantear a la Ley de Seguridad Social, se concibe una inminente reforma al artículo 80, que contemple las definiciones y diferencias entre afiliación fraudulenta y afiliación indebida, a fin de que las personas, conozcan con mejor precisión el tema de no forjar una afiliación. (Jara, 2021)

A manera de conclusión, el entrevistado Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, manifiesta que, más allá del tema circunstancial, lo que importa es lo substancial y efectivo que resulta el propender a que las personas, con relación de dependencia o sin ella, conciban la obligatoriedad de afiliarse al Seguro Social, por el plan de cobertura, que no lo vean como una obligación que conmina al cobro de aportes, sino más bien que se evidencie que el sistema de cobertura del Seguro Social, es de suma importancia para la vida y para la contingencia de las personas.

Puesto que, a manera de paralelo guardando la respectiva distancia, en el sector privado, las empresas aseguradoras que venden el seguro de salud, vende un plan de cobertura, y la gente acude a afiliarse o a pagar una prima por un seguro privado

de salud, en tanto que al IESS, como institución u como seguro social, lo ven como un seguro conminatorio, sin que se analice el plan de cobertura que el IESS brinda a sus afiliados que es cobertura en accidentes de trabajo, invalidez, montepío, salud, seguro mortuario y demás, siendo este un cambio cultural que debe manejarse dentro del ámbito del Seguro Social Ecuatoriano. (Jara, 2021)

2.2. Entrevista a Juez del Tribunal Contencioso Administrativo.

2.2.1. Entrevista al Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas.

El día 2 de febrero del 2021, mediante una llamada telefónica, se procedió a entrevistar al Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, quien es titulado de Abogado y Doctor en Jurisprudencia por parte de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en el año 2002, posee una Maestría en Derecho Administrativo, otorgada por la Universidad Técnica Particular del Loja, en el año 2011, y se ha desempeñado como Juez del Tribunal Contencioso Administrativo, ocupando actualmente la vacante de Conjuez de la Sala Contencioso Administrativo y Tributario de la Corte Nacional de Justicia, siendo por ello que se ha procedido a formular las siguientes preguntas:

A. Entrevistador: ¿Qué podemos entender de acuerdo a su percepción por afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que, la afiliación fraudulenta consiste en el mecanismo por medio del cual las personas tratan de adquirir de manera dolosa los derechos que otorga la Seguridad Social, en virtud de que la afiliación no existe de manera real, debido a que se simula que una determinada persona, labora para una determinada persona o empresa, cuando en realidad no lo hace. (Ortega, 2021)

B. Entrevistador: ¿Considera usted que la mayoría de casos de afiliación fraudulenta se da entre cónyuges y por qué?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que, no necesariamente se podría dar solo entre cónyuges, puesto que existen casos de afiliación fraudulenta a familiares, amistades o entre artesanos, siendo la principal

motivación para incurrir en este tipo de falsedad ideológica, la edad de las personas, quienes incurren en la dolosa afiliación cuando están próximas a jubilarse del Seguro Social.

De hecho, es necesario establecer que, pese la absurda prohibición del Código Civil, que señala que entre los cónyuges solo puede existir los contratos de mandato y de administración de la sociedad conyugal; al respecto esta aseveración se contradice con la Ley de Fomento Artesanal, la cual señala en su artículo 22 que, la protección del seguro social artesanal es extensiva al cónyuge del trabajador del dueño del taller, siempre y cuando contribuyan con su trabajo para el funcionamiento del taller. (Ortega, 2021)

C. Entrevistador: ¿En el caso que una persona afilie a su cónyuge, quien efectivamente trabaja para ella, sería este caso considerado de afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que, como lo menciono anteriormente, no debería existir necesariamente una evidente fraudulencia en la afiliación a la Seguridad Social, puesto que la Ley de Fomento Artesanal permite que el cónyuge que colabora en el negocio pueda ser afiliado al IESS, más bien la fraudulencia podría darse cuando se termine de prestar los servicios lícitos y personales de trabajo por cualquier altercado que se dé entre los esposos, y pese a ello, no se realiza el respectivo aviso de salida, convirtiéndose la misma en una afiliación indebida en la no existe una verdadera contraprestación de trabajo a cambio de la afiliación. (Ortega, 2021)

D. Entrevistador: ¿En el caso de que entre los cónyuges exista una disolución de sociedad conyugal, podría existir afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que, este tema es considerado de manera independiente al patrimonio de los cónyuges, el cual considera a título personal que no debería influir, más bien lo importante a ser tomado en cuenta es la existencia verdadera de una relación productiva entre los cónyuges quienes con su esfuerzo mancomunado, han sacado adelante un emprendimiento o

negocio; en el caso de no existiere esa verdadera relación productiva este caso, si sería considerado como uno de afiliación fraudulenta. (Ortega, 2021)

E. Entrevistador: ¿Considera usted adecuada la existencia de la afiliación indebida?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que sí, puesto a que este es un tema procedimental que se encuentra señalado en la reglamentación interna del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que es la entidad que en uno de su potestad determinadora de manera individual, directa y de manera motivada, emite el acto administrativo que señala el tipo de error en el que incurrió el afiliado y el falso empleador, quienes deberán pos sus actos de defraudación dolosa, en virtud de que pese a que en este caso de afiliación indebida de haber existido una afiliación real, no se procedió al momento de la desvinculación laboral a realizar el respectivo aviso de salida. O en el caso de que un trabajador autónomo haya suspendido su Registro Único de Contribuyentes RUC ya sea que por injerencia no se desvinculo de la afiliación en el IESS, siguiendo afiliado como patrono de manera falsa, a fin de seguir sumando años de aportaciones para la futura jubilación. (Ortega, 2021)

F. Entrevistador: ¿En qué se diferencia la afiliación indebida de la afiliación fraudulenta?

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que la diferencia de la afiliación indebida con la afiliación fraudulenta tiene que ver más con el tema de la intencionalidad, en virtud de que en el caso de la afiliación fraudulenta existe la intención dolosa que puede perdurar en el tiempo, por parte del falso afiliado y del falso empleador, quienes conjuntamente causan un daño a la Seguridad Social, por incurrir en una afiliación dolosa para gozar de los beneficios que brinda el IESS; mientras que el caso de la afiliación indebida no existía la intencionalidad desde un principio de causar un daño al IESS, en virtud que de que si existió de manera real una verdadera relación de dependencia, la cual con el pasar del tiempo por errores cometidos por el empleador, se le paso por alta generar el respectivo aviso de salida

del IESS, dejando afilado por varios meses más al desvinculado trabajador de la empresa.

Ello, debe ser analizado de manera administrativa por el IESS, quien es la entidad que emite el acto administrativo sancionador tras haber realizado las investigaciones respectivas, que dan de baja los años o meses de relación laboral, fijando a su vez, una multa pecuniaria de acuerdo a la afectación causada, pudiendo dicho acto administrativo, ser discutido de manera judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo y posteriormente de ser el caso ante la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo como una última instancia. (Ortega, 2021)

G. Entrevistador: ¿En España el fraude de prestaciones a la Seguridad Social, es considerada como un delito, en virtud de que el Código Penal Español en el artículo 307 ter, sanciona de manera diferenciada “la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones” ofreciendo una “respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social”, evitando con ello los riesgos de impunidad de aquellos “fraudes graves que no superaban el límite de 120.000 euros”, considera que ello debería ser replicado en Ecuador?.

Entrevistado: El Dr. Ramiro Fernando Ortega Cárdenas, contesta que a nivel de delito como tal, no lo consideraría, más bien sería importante que se establezcan multas pecuniarias drásticas que deberían ser fijadas, a parte de la retención de los fondos del afiliado que se realiza por Ley, en virtud de que cuando a una persona le afecta al patrimonio propio o al bolsillo en general recibe un peor escarmiento que el hecho de estar retenido en un centro de reclusión por un largo periodo de tiempo. (Ortega, 2021)

CAPÍTULO III

3. PROPUESTA DE LEY

3.1. Antecedentes.

El presente Vademécum, referente a la afiliación fraudulenta, brinda las principales indicaciones y procedimientos a seguir, así como las medidas a tomar tanto por la parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS, y por parte del afiliado, ante este tipo de fenómeno, brindando las pautas que agilicen y faciliten la labor de resarcimiento o indemnización de la parte afectada, así como la agilización del proceso legal, evitando por ende demoras y pérdidas materiales innecesarias.

Tal como se pudo concebir a lo largo de esta investigación, la afiliación fraudulenta, forjada por varias legislaciones, y doctrina en general, como una falsa afiliación, la cual a través del engaño pretende causar un beneficio para el requirente o para una tercera persona, mediante la manipulación de la información proporcionada al Seguro Social, ya sea por adulteración de contratos, firmas o el ocultamiento doloso de información veraz y verificable, a fin de perjudicar al Estado, o a la entidad promotora del servicio de Seguridad Social, causando daños económicos por la obtención indebida de los servicios de salud o de algún tipo de prestación entregada por este.

Tal como se pudo apreciar, en las legislaciones de los países como Perú, Chile, Venezuela entre otros, se define de una manera más amplia lo que se entiende por afiliación fraudulenta, y a su vez, se señala ampliamente sobre quien recae la competencia en sede administrativa para sancionar dicho acto, así, por ejemplo.

En la legislación peruana, como vimos con antelación, se señala en el Reglamento de verificación de la condición del asegurado, de una manera más amplia lo que se entiende sobre afiliación indebida, lo cual se lo hace con la finalidad de poder prevenir y frenar el fraude en las afiliaciones a la seguridad social en salud; de igual forma, como se pudo avizorar en líneas anteriores, en la legislación de Chilena, específicamente en el texto del Decreto Ley número 3.500 del 13 de noviembre de 1980, se señala con respecto a la afiliación fraudulenta que el afiliado que dese pertenecer a una

Administradora de Fondos de Pensiones (AFP), con el objetivo de obtener de manera indebida los beneficios de pensiones por vejez o por invalidez, para sí o para terceras personas, mediante el ocultamiento de información, propiciando en la declaración antecedentes falsos, o que con la intención de dañar a la Administradora de Fondos, alguna compañía de Seguros o al Estado, ocultando antecedentes fidedignos, será sancionado penalmente con prisión y multas.

O a su vez, la legislación de la República Bolivariana de Venezuela, establece dentro de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que la competencia para sancionar a los falsos afiliados y velar por la idoneidad de la afiliación, recae sobre la Superintendencia de Seguridad Social, la cual debe regular mediante normativas institucionales el óptimo funcionamiento de los órganos y entes sujetos a la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, pudiendo en caso de detectar cualquier tipo de fraude en la afiliación, ordenar la inmediata suspensión de la afiliación y la reversión de los dineros entregados por concepto de prestaciones u otros beneficios percibidos cuando se haya detectado la ilegalidad en su obtención, garantizando con ello que no exista ningún tipo de adulteración de documentos, ni falsedad en la declaración de pago de afiliación al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

De igual forma, la afiliación fraudulenta, es castigada por muchas legislaciones con penas privativas de la libertad, como por ejemplo, en los países de Colombia, Chile, Venezuela y España, se incluye dentro de sus normativas penales, el tipo delictivo en el que incurren los sujetos que mediante engaños pretenden defraudar a la seguridad social al pretender de manera falsa obtener los beneficios que esta presta por el hecho de estar afiliado, siendo los sujetos que son sancionados penalmente por adscritas legislaciones el falso afiliado que goza de los servicios de la seguridad, social, el falso empleador que se prestan para el cometimiento de dicho acto, y en muchos casos el funcionario público que facilitó el hecho de que se obtengan prestaciones indebidas; como por ejemplo.

La legislación penal colombiana tipifica dos tipos penales diferentes como es el caso del delito de falsedad ideológica en documento público (Art. 286) y falsedad en documento privado (Art. 289); o como por ejemplo, la legislación chilena tipifica el tipo penal de obtención indebida de beneficios de pensiones, estableciendo el (Art. 467) del

Código Penal Chileno, varias penas privativas según la gravedad del perjuicio, he inclusive diferentes montos por concepto de multas que deberán ser pagos por reparación integral al Estado; al igual lo que hace la legislación española al establecer multas y penas privativas de la libertad en el (Art. 307 ter) del Código Penal Español, o establecer las competencias en el Real Decreto Legislativo núm. 1, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley general de la seguridad social.

Motivo por el cual, bajo estos acápite prenombrados, se hace necesario una reestructuración normativa de la Ley de Seguridad Social ecuatoriana, a fin de que esta incluya en su artículo 80, las premisas básicas de lo que es sí, la afiliación indebida o fraudulenta, y establezca a su vez una conexión sinalagmática con el Código Orgánico Integral Penal, sobre las penas privativas de la libertad en las que se verían inmersas las personas que incurran en una falsa afiliación, pudiendo ser penados el afiliado, el empleador he incluso el funcionario que facilito las cosas para la existencia de este tipo de afiliación; así como debiendo pagarse diversos montos por concepto de multas que deben ser cancelados al Estado.

De igual forma, es necesario que se establezca, en el Código Orgánico Administrativo, la manera clara de motivar el acto administrativo que sanciona la afiliación fraudulenta, puesto que los funcionarios de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, no suelen explicar de manera clara y concisa en el oficio emitido la declaración de voluntad de la función administrativa por la cual se señala que dicha afiliación es fraudulenta, sin dar cabida al afiliado de defenderse en sede administrativa, debiendo el afiliado acudir a sedes judiciales, en las cuales la defensa de su caso en específico puede durar varios años y retrasar la tan ansiada jubilación.

Siendo imperativo que, la Asamblea Nacional reforme el texto de la Ley de la Seguridad Social, y el texto del Código Orgánico Integral Penal, estableciendo por un lado, de una manera más clara lo que se entiende por afiliación fraudulenta, y los casos en los que pueda darse, al igual que tipificar un capítulo explícito para los delitos contra el trabajo y la seguridad social, que hasta la presente fecha no existe o la normativa hallada es insuficiente para un delito doloso de resultado y de daño para el Estado.

A su vez, es necesario, exista un manual de fácil acceso que sirva de guía tanto para los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), como para la población en general a fin de que esta última, al estar debidamente informada de las consecuencias que puede tener por el hecho de afiliarse de manera irregular o ilegal al IESS, mediante la utilización de diversas modalidades, tales como la falsificación de documentos públicos o privados, o de simulación de relaciones laborales.

Mas sin embargo, precautelando el bienestar común de las empresas, debe permitirse la existencia de obligaciones laborales entre cónyuges, independientemente de si existe o no entre estos la disolución de la sociedad conyugal, en virtud de lo que se mencionó a inicios de esta tesis, con respecto a que la gran mayoría de negocios se constituyen con la idea que los esposos laboren en conjunto, apoyando la idea de matrimonio que es concebida como el auxilio mutuo entre las partes, pudiendo las partes legalmente capaces contratar y ser contratadas, basado en el precepto de que el derecho individual del trabajo, regula la relación jurídico laboral existente entre las partes, lo cual es reconocido por la Constitución, Convenios y Tratados Internacionales que han sido debidamente ratificados por el Ecuador, y por la Leyes de la república que reconocen la amplia gama de derechos y obligaciones individuales.

3.1.1. Reforma a la Ley de Seguridad Social.

La Ley de Seguridad Social, cuya publicación se realizó en el Registro Oficial Suplemento 465 del 30 de noviembre del 2001, y su última modificación tuvo efectos el 21 de agosto de 2018, como se estableció en líneas anteriores, señala de manera vaga y poco comprensible lo referente a la afiliación fraudulenta en el artículo 80, de dicho cuerpo legal, el cual textualmente señala:

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

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono (Ecuador, Congreso Nacional, 2001, pág. 26)

Tal, como se puede observar en dicho artículo, vemos que se señala lo que podrá suceder en el caso de que sea detectada una afiliación fraudulenta, pero sin embargo, no se señala lo que esta es, motivo por el cual es imperioso se de una reforma a la Ley, en la que se establezca de una manera clara y precisa el significado de la afiliación fraudulenta, sobre quien recae la competencia de sanción en sede administrativa, y los efectos y responsabilidades que conlleva el prestarse para que pueda darse este tipo de afiliación, al igual que es imperioso que exista una conexión sinalagmática con los demás cuerpos normativos, tales como el Código Orgánico Integral Penal, y el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera.

Quedando la propuesta de ley reestructurada de la siguiente manera:

Art. 80.- Afiliación fraudulenta: La persona que de manera dolosa o engañosa, eludiendo las disposiciones legales en perjuicio el Estado o de terceros, ocultando la verdad, pretenda beneficiarse de los servicios brindados por el hecho de estar afiliado a la Seguridad Social, o aquellos que faciliten la obtención indebida de los beneficios que establece la ley, para sí o para terceros, mediante la utilización de documentos falsos, ocultando antecedentes fidedignos u otras artimañas, la afiliación será declarada como fraudulenta, por lo cual se procederá a retener por concepto de multas, el valor total de las aportaciones consignadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Siendo responsables tanto la persona que se afilio a la Seguridad Social de manera fraudulenta, como la persona que facilito la obtención de dicha afiliación al figurar como patrono, de las acciones civiles y penales que hubiere lugar. Por lo cual, en caso de detectarse oportunamente esta conducta, los responsables según lo establecido en el (Art. S/N) del Código Orgánico Integral Penal, deberán cumplir una pena privativa de la libertad dependiendo de la afectación causada que podría de ir de uno a siete años, y deberán a más de rembolsar todas las prestaciones servidas, pagar una multa de uno a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

3.1.2. Reforma al Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera.

El Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera; emitido, mediante resolución 516 publicado en el Registro Oficial Edición Especial 687 del 15 de agosto de 2016, cuya última modificación tuvo efecto el 18 de octubre de 2018, el artículo 30 define a la afiliación fraudulenta como:

La afiliación fraudulenta será toda aquella que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido, transgrediendo con ella la buena fe entre las partes. La sanción se efectuará de conformidad con lo establecido en la Ley de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene la facultad de oficio o a petición de parte, de efectuar los procedimientos administrativos para determinar posibles casos fraudulentos.

Para investigar si una afiliación es fraudulenta las Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura, efectuarán el procedimiento determinado por la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura y aprobado por la Dirección General. (Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 2016, pág. 13)

Si bien es cierto, este artículo brinda una acepción más amplia de lo que es si la afiliación fraudulenta, pero más sin embargo no establece los casos en los que puede detectarse dicho tipo de afiliación ni señala cual es el procedimiento que internamente sigue el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para expedir el acto administrativo que expresa la declaración de voluntad de la función administrativa por la cual se señala que dicha afiliación es fraudulenta.

Quedando en la **propuesta de ley reestructurado el artículo 30 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera** de la de la siguiente manera:

En el primer párrafo del artículo 30, se deberá incluir a partir de donde nos habla sobre la buena fe entre las partes que, emitido el acto administrativo sancionador se deberá notificar a las partes quienes podrán ejercitar su derecho a la defensa, debiendo presentar los respectivos documentos de descargo que, en caso de no hacerlo, será

responsable por las acciones civiles y penales que la Institución pueda ejercer. De igual forma, considero que en el segundo párrafo, a partir de los posibles casos fraudulentos, se deberá incluir que, en los que se vea inmerso el falso afiliado y falso empleador que mediante engaños y uso de documentos falsos, pretendieron obtener para sí los beneficios de la Seguridad Social, causando un daño a la Administración Pública y consecuentemente al Estado; por ultimo en el tercer párrafo, se debe establecer que es competencia de las Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura, el investigar de manera oportuna y ágil, este tipo de casos en los que pudiere existir afiliación fraudulenta, debiendo emitir el informe de los hechos administrativos encontrados, para que la Dirección Provincial de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pueda emitir el acto administrativo sancionador.

Quedando dicho artículo de la siguiente manera:

Art. 30.- De las afiliaciones fraudulentas: “será toda aquella que no cuente con los debidos justificativos razonables y pretenda causar un beneficio al requirente que de otra manera no lo hubiese obtenido, transgrediendo con ella la buena fe entre las partes”. Por lo cual emitido el acto administrativo sancionador se deberá notificar a las partes quienes podrán ejercitar su derecho a la defensa, debiendo presentar los respectivos documentos de descargo que, en caso de no hacerlo, será responsable por las acciones civiles y penales que la Institución pueda ejercer.

“El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, tiene la facultad de oficio o a petición de parte, de efectuar los procedimientos administrativos para determinar posibles casos fraudulentos”. En los que se vea inmerso el falso afiliado y falso empleador que mediante engaños y uso de documentos falsos, pretendieron obtener para sí los beneficios de la Seguridad Social, causando un daño a la Administración Pública y consecuentemente al Estado.

Es competencia de las “Direcciones Provinciales a través de la Unidad o Grupo de Trabajo Provincial de Afiliación y Cobertura”, el investigar de manera oportuna y ágil, este tipo de casos en los que pudiere existir afiliación fraudulenta, debiendo emitir el

informe de los hechos administrativos encontrados, para que la Dirección Provincial de Prestaciones y Controversias del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, pueda emitir el acto administrativo sancionador. (Texto en cursiva y comillas, tomado en original del art. 30 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS, 2016)

3.1.3. Reforma al Código Organico Integral Penal.

El Código Orgánico Integral Penal, promulgado el 22 de mayo del 2015, a través de la publicación en el Registro Oficial Suplemento 506, cuya última reforma tuvo efectos el 20 de diciembre de 2019, no establece en su sección sexta “delitos contra el derecho al trabajo y a la seguridad social”, un artículo que sancione el delito de afiliación fraudulenta a la seguridad social, siendo por lo tanto, necesario que se tipifique un artículo que sancione este tipo de actos, que causan un daño al Estado.

Debiendo establecer en dicho artículo, un castigo privativo de la libertad y a su vez pecuniario, a quien o a quienes, pretendan beneficiarse de manera fraudulenta de los servicios brindados por el hecho de estar afiliado a la Seguridad Social, accediendo a préstamos quirografarios o hipotecarios, servicios médicos ambulatorios o generales, y demás beneficios, por medio de la utilización de documentos falsos, u ocultamiento de hechos que tergiversan la buena fe de la Administración Pública, causándole un grave daño a la Administración Publica y consecuentemente al Estado.

Siendo en este caso, los elementos típicos de este delito que se pretende crear los siguientes: (i) pretender beneficiarse de manera fraudulenta de los servicios brindados por el hecho de estar afiliado a la Seguridad Social (acción típica); (ii) accediendo a préstamos quirografarios o hipotecarios, servicios médicos ambulatorios o generales, y demás beneficio (modalidades típicas); (iii) s por medio de la utilización de documentos falsos, u ocultamiento de hechos que tergiversan la buena fe de la Administración Pública (medios comisivos); y (iv) causándole un grave daño a la Administración Publica y consecuentemente al Estado (resultado).

Entendiéndose a su vez, que para la comisión del delito de afiliación fraudulenta, no deba exigirse una mínima cuantía, puesto que el afiliado puede hacer uso de los

beneficios que brinda la seguridad social desde el primer día, por lo cual la pena prevista para este delito dependiendo de la afectación causada, podría de ser de uno a siete años, y a su vez, de la pena privativa de la libertad se debería fijar una pena pecuniaria, obligando al falso afiliado y al empleador a rembolsar todas las prestaciones servidas, y al pago de una multa, que iría desde uno a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general.

Este tipo de delito, se encontraría catalogado, como delito contra el derecho al trabajo y a la seguridad social, por que la persona pretende un beneficio personal, como ya se lo describió con antelación, poniendo en peligro al Sistema de Seguridad Social, al Sistema de Salud Pública, y al sistema de Aseguramiento Universal.

CONCLUSIONES.

- ✓ Habiendo analizado la figura de la afiliación fraudulenta en el sistema de la Seguridad Social, se concluye que debe existir una óptima y rápida reforma al artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, la cual señala de manera vaga y poco comprensible lo referente a la afiliación fraudulenta, en virtud de que únicamente establece lo que sucedería en el caso de que este tipo de afiliación sea detectada.
Por ello, en procura que la población tenga un mejor conocimiento de lo que es sí la afiliación fraudulenta, se insta a la Asamblea Nacional, que incluya en la reforma del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, un significado claro y comprensible de lo que es la afiliación fraudulenta en sí, estableciendo a su vez conexiones sinalagmáticas con los demás cuerpos normativos, tales como el Código Orgánico Integral Penal, y el Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera. A fin de que los afiliados tengan conocimiento de lo que significa en sí la afiliación fraudulenta y no incurran en la misma, puesto que, con ello aparte de perjudicar su historial laboral, están perjudicando al Estado, quién a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, brinda diversos servicios de contingencia en pro de sus afiliados.

- ✓ De la misma manera, se concluye una vez que se ha analizado, las diversas legislaciones de seguridad social de los países de Colombia, Perú, Chile, Venezuela y España que, estas legislaciones señalan de una manera clara y concisa, lo que es en sí la afiliación fraudulenta, como, por ejemplo, la legislación peruana, señala en el “Reglamento de verificación de la condición del asegurado” breves y claras definiciones de lo que se entiende por prestación indebida, entendiéndose esta como “la vinculación irregular o fraudulenta que efectúa una persona natural o jurídica para declarar su condición de entidad empleadora y a sus trabajadores”; o por ejemplo la legislación chilena, que establece una pena privativa de la libertad, en su Decreto Ley número 3.500 del 13 de noviembre de 1980, a quienes que con el objetivo de obtener de manera indebida los beneficios de pensiones por vejez o por invalidez, para sí o para terceras personas, mediante el ocultamiento de información, propiciando en la declaración antecedentes falsos, o que con la intención de dañar a la Administradora

de Fondos, alguna compañía de Seguros o al Estado, ocultando antecedentes fidedignos, serán sancionados.

- ✓ Por último, al haber elaborado los instrumentos para implementar un procedimiento que regule la afiliación fraudulenta, teniendo como órgano de control la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, se concluye que el vademécum desarrollado en el que se propone la reforma del artículo 80 de la Ley de Seguridad Social, y la reforma del artículo 30 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, deberán ser estas tomadas en cuenta tanto por la Asamblea Nacional, así como por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para que tanto como Ley y el Reglamento sean reformados.

RECOMENDACIONES.

Se recomienda al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que en el caso de que se encuentre realizando una investigación sobre afiliación fraudulenta entre cónyuges, sea consciente de que muy aparte del estricto rigor del artículo 218 del Código Civil, pueden existir muchos negocios que han sido sacados a delante con el esfuerzo mancomunado de los cónyuges, quienes ya sea por condiciones de su profesión o por condiciones de que uno de ellos constituyo una empresa y requiere de los servicios lícitos y personales de carácter laboral de su pareja, pueda contratarlo sin contratiempos y que las prestaciones de este caso que sean pagadas de legal y debida forma sean consideradas como tal y no dadas de baja.

Por otro lado, se recomienda a la población en general, se instruya sobre lo que es sí la afiliación fraudulenta y la afiliación indebida, a fin que no sean sancionados por el IESS, por actos dolosos, que perjudiquen a futuro su historial laboral.

Por último, tomando las palabras del Dr. Víctor Hugo Jara Toscano, miembro de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias del IESS, se insta a las personas a que conciban la obligatoriedad de afiliarse al Seguro Social, por el plan de cobertura, que no lo vean como una obligación que conmina al cobro de aportes, sino más bien que se evidencie que el sistema de cobertura del Seguro Social, es de suma importancia para la vida y para la contingencia de las personas.

Bibliografía

- Abád, E., Carrera, J., & Colamarc, I. (1993). *La Seguridad Social en Ecuador*. México: CISS.
- Acción Subjetiva, impugnación a la declaratoria de afiliación fraudulenta, 17811-2018-00270 (Ecuador Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 5 de marzo de 2018).
- Alcale, M., & González, G. (2010). Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. En I. Berdugo Gómez de la Torre, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal Vol. 4* (págs. 177-240). Madrid: Iustel .
- Arango, R. (2015). *Derechos Sociales*. Recuperado el 5 de diciembre de 2020, de Universidad Nacional Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>
- Arias, A. (2003). Breve ensayo sobre los valores actuales del Derecho del Trabajo. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*(21), 541-547. Recuperado el 3 de Diciembre de 2020, de Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura : <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=854349>
- Barceló, M. (2018). El delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social: aplicación práctica y cuestiones problemáticas. *Actualidad Jurídica*(50), 62-70. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, de <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6296/documento/foro-Esp-02.pdf?id=8510>
- Barja, J. (2020). *Fortalecimiento del sistema de control para evitar las afiliaciones indebidas al sistema de aseguramiento en ESSALUD*. Recuperado el 5 de diciembre de 2020, de Universidad Nacional Federico Villareal: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/4114/BARJA%20MARTINEZ%20JACQUELINE%20NOEMI%20-%20MAESTRIA%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario juridico elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cevallos, J. (2007). *Derecho laboral ecuatoriano: Apuntes para una historia*. Quito: Corporación Ediciones La Tierra.
- Chile, Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. (24 de octubre de 1980). *Constitución Política de la Republica de Chile*. Recuperado el 20 de julio de 2020, de Decreto Supremo No. 1.150: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf
- Chile, Congreso Nacional. (12 de noviembre de 1874). *Código Penal*. Recuperado el 11 de diciembre de 2020, de Código 18742: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf
- Chile, Junta de Gobierno de la República. (13 de noviembre de 1980). *Decreto Ley N° 3.500*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Diario Oficial: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-3832_recurso_1.pdf
- Chile, Superintendencia de Pensiones. (1980). *Compendio de Normas del Sistema de Pensiones*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.spensiones.cl/portal/compendio/596/w3-channel.html>
- Ciedess. (31 de julio de 2000). *La Seguridad Social en Chile*. Recuperado el 5 de agosto de 2020, de http://www.ciedess.cl/601/articles-1066_archivo_01.pdf
- Cisneros, M. (enero de 2018). *Relaciones de desigualdad y seguridad social en países de baja cobertura. Caso de estudio: Ecuador, periodo 1923 – 2015*. Recuperado el 20 de mayo de 2020, de Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales: <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/xmlui/bitstream/handle/10469/13623/TFLA-CSO-2018MVCC.pdf?sequence=14&isAllowed=y>
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el 20 de junio de 2020, de Gaceta Constitucional No. 116: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf>

Colombia, Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). *Ley número 100*. Recuperado el 20 de junio de 2020, de Diario Oficial No. 41.148: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/ley-100-de-1993.pdf>

Colombia, Congreso de la República. (9 de enero de 2007). *Ley 1122*. Recuperado el 20 de junio de 2020, de Diario Oficial No. 46.506: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/col132762.pdf>

Colombia, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. (1 de abril de 2003). *Acuerdo 244 de 2003*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Diario Oficial No. 45.145: https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/ACUERDO%20244%20DE%202003.pdf

Colombia, Presidencia de la República. (15 de julio de 1994). *Decreto 1485*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Diario Oficial No. 41.443: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=75979

Colombia, Presidencia de la República. (17 de septiembre de 1999). *Decreto 1804*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Diario Oficial No. 43.708: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Decreto-1804-de-1999.pdf>

de Buen Lozano, N., & Morgado Valenzuela, E. (1997). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Díaz, M. (1993). *Los límites del dolo eventual*. Recuperado el 25 de febrero de 2021, de Universidad de Sevilla: <https://idus.us.es/handle/11441/24011>

Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Registro Oficial 449: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

Ecuador, Asamblea Nacional. (26 de marzo de 1929). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Recuperado el 15 de abril de 2020, de https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (6 de marzo de 1945). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Recuperado el 20 de mayo de 2020, de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/20431/1/6030%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Ecuador-1945.pdf>

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (11 de agosto de 1998). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Recuperado el 20 de mayo de 2020, de Registro Oficial 1: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>

Ecuador, Congreso Nacional. (30 de noviembre de 2001). *Ley de Seguridad Social*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Registro Oficial Suplemento 465. Última modificación: 21-ago.-2018: <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Ley-de-Seguridad-Social.pdf>

Ecuador, Congreso Nacional. (24 de junio de 2005). *Código Civil Ecuatoriano*. Recuperado el 3 de enero de 2021, de Registro Oficial Suplemnto 46. Última modificación: 22-may.-2016: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>

Ecuador, Congreso Nacional. (16 de diciembre de 2005). *Código del Trabajo*. Recuperado el 7 de diciembre de 2020, de Registro Oficial Suplemento 167: <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>

Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Juez Ponente Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo. (2012). *Recurso De Casación 53 - 2011, Resolución No. 149 – 2012*. Recuperado el 3 de Diciembre de 2020, de Corte Nacional De Justicia:

https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/contencioso_administrativo/2012/julio2012/Resolucion%20No.%20149-2012.pdf

Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (15 de agosto de 2016). *Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Resolución CD: 516*. Recuperado el 10 de mayo de 2020, de Registro Oficial Edición Especial 687: <https://www.iess.gob.ec/documents/10162/33703/C.D.+516>

Ecuador, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (s.f.). *Quienes somos*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/inst-quienes-somos#:~:text=En%20septiembre%20de%201963%2C%20mediante,ex%20%2DInstituto%20Nacional%20de%20Previsi%C3%B3n>.

Ecuador, Primera Comisión de Reconstrucción. (1979). *Constitución Política*. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de Registro Oficial 800 de 27 de Marzo de 1979.: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf

Ecuador, Superintendencia de Bancos. (2019). *Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS): Historia y beneficios*. Recuperado el 3 de mayo de 2020, de <https://www.superbancos.gob.ec/bancos/instituto-ecuadoriano-de-seguridad-social-iess/#>

Escobar, R. (1989). *Responsabilidad contractual de la administración pública*. Bogotá: Temis.

España, Cortes Generales. (29 de diciembre de 1978). *Constitución Española*. Recuperado el 20 de agosto de 2020, de Boletín Oficial del Estado No. 311: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

España, Cortes Generales. (24 de noviembre de 1995). *Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Boletín Oficial del Estado No. 281. Última modificación: 2 de marzo de 2019: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

España, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (29 de junio de 1994). *Real Decreto Legislativo 1/1994*. Recuperado el 12 de diciembre de 2020, de Boletín Oficial del Estado No. 154: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1994/BOE-A-1994-14960-consolidado.pdf>

España, Secretaria de Estado de la Seguridad Social. (16 de octubre de 2020). *La Inspección de Trabajo contará con una unidad especial para coordinar la lucha contra el fraude en el trabajo trasnacional*. Recuperado el 7 de noviembre de 2020, de <https://revista.seg-social.es/2020/10/16/la-inspeccion-de-trabajo-contara-con-una-unidad-especial-para-coordinar-la-lucha-contra-el-fraude-en-el-trabajo-trasnacional/>

Fernández, J. (2012). *Diccionario jurídico*. Pamplona: Aranzadi.

Garrido, M. (2002). *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Jara, V. (28 de enero de 2021). Entrevista personal sobre la afiliación fraudulenta a la Seguridad Social. (M. Abásolo, Entrevistador) Quito, Pichincha, Ecuador.

Kindhäuser, U. (julio de 2012). Acerca del concepto jurídico penal de acción. *Cuadernos de Derecho Penal*, 11 - 41. Recuperado el 14 de enero de 2021, de <https://core.ac.uk/download/pdf/52475625.pdf>

Ledesma, E. (1 de junio de 2014). *Hipergarantismo Estatal en la Relación Laboral y Seguridad Social Ecuatoriana*. Recuperado el 14 de diciembre de 2020, de Univerdidad de los Hemisferios: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/120/TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Leyton, J. (2014). Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneos. *Ars boni et et aequi*, 10(2), 123 - 161. Recuperado el 12 de enero de 2021, de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2014/12/123-161.pdf>

Maldonado Sierra , G. (2017). La afiliación fraudulenta en el sistema de seguridad social integral colombiano. *Via Inveniendi et Iudicandi*, 12(2), 73-99. Recuperado el 3 de Diciembre de 2020, de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3753/3715>

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires: IB de f. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>

Nugent, R. (21 de Junio de 1997). La Seguridad Social: Su historia y sus fuentes. En N. de Buen Lozano, & E. Morgado Valenzuela, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (págs. 603-622). México : Universidad Nacional Autónoma de México . Recuperado el 3 de Diciembre de 2020, de La seguridad social: su historia y sus fuentes: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/36.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado el 22 de enero de 2021, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización Iberoamericana de Seguridad Social. (febrero de 2012). *Banco de información de los sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos*. Recuperado el 20 de junio de 2020, de https://oiss.org/wp-content/uploads/2000/01/bissi_2012-3.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *Hechos concretos sobre La Seguridad Social*. Recuperado el 10 de diciembre de 2020, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Ortega, R. (2 de febrero de 2021). Entrevista personal sobre la afiliación fraudulenta a la Seguridad Social. (M. Abásolo, Entrevistador)

Palomo Balda , E. (2009). El dolo y la imprudencia temeraria como circunstancias excluyentes del concepto de accidente de trabajo. En M. J. Romero Rodénas,

Accidente de trabajo y sistema de prestaciones (págs. 125-128). Albacete : Bomarzo.

Paz y Miño, J. (14 de julio de 2001). Orígenes de la seguridad social en el Ecuador. *Revista Gestión*(16), 58-59. Recuperado el 29 de abril de 2020, de https://revistagestion.ec/sites/default/files/import/legacy_pdfs/085_005.pdf

Pérez, J. (1956). *Fundamentos de la seguridad social*. Madrid: Aguilar Editores.

Perú, Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Recuperado el 20 de junio de 2020, de Siario Oficial El Peruano: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Perú, Congreso de la República. (1999). *Ley de Creación del Seguro Social de Salud, Ley N° 27056*. Recuperado el 20 de diciembre de 2020, de Diario Oficial El Peruano: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284535/256327_L27056-1999.pdf20190110-18386-1k8hxkx.pdf

Peru, Congreso de la República. (2009). *Reglamento de verificación de la condición del asegurado; Reglamento de la Ley N°29135*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Diario Oficial El Peruano.: https://ww1.essalud.gob.pe/compendio/pdf/0000004003_pdf.pdf

Perú, Seguro Social de Salud. (2020). *Clausulas Generales del Contrato de Afiliación al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo – Salud Independientes*. Recuperado el 15 de diciembre de 2020, de http://www.essalud.gob.pe/downloads/clausula_contrato_afiliacion_independientes.pdf

Politoff, S., Matus, J., & Ramírez, C. (2005). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Real Academia Española de la Lengua. (s.f.). *Afiliación*. Recuperado el 3 de junio de 2020

Real Academia Española de la Lengua. (s.f.). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 17 de enero de 2021, de <https://dpej.rae.es/>

Rendón, J. (1992). *Derecho de la seguridad social*. Lima: Tarpuy.

Rocha, A. (1989). *La Realidad Económica-Financiera del Sistema de Seguridad Social en el Ecuador*. Recuperado el 3 de mayo de 2020, de Instituto de Altos Estudios Nacional:

<http://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/4245/1/Rocha%20Angel.pdf>

Salcedo, A. (2006). *La seguridad social en la Fuerza Armada Nacional (El derecho de la seguridad social)*. Recuperado el 14 de abril de 2020, de Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006a/amsg/2e.htm>

Santos, H. (1994). *Elementos de Derecho de Trabajo*. México: Porrúa.

Sarmiento, D., Medina, S., & Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Inveniendi et Iudicandi*, 12(2), 101 - 115. Recuperado el 13 de enero de 2021, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6084900>

Sosa, R. (marzo de 2008). *Concepto y contenidos del Derecho Social*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Universidad Nacional de La Plata: http://www.trabajosocial.unlp.edu.ar/uploads/docs/conceptos_y_contenidos_de_la_seguridad_social.pdf

Stauss, A., & Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa, Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Antioquia: Universidad de Antioquia.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II*. Bogotá: Legis S.A.

Trueba, A. (1972). *Nuevo derecho del trabajo: teoría integral*. México: Porrúa.

Vargas, C. (noviembre de 2015). *Análisis de la relación de trabajo entre los cónyuges con disolución de la sociedad conyugal*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Pontificia Universidad Católica del Ecuador sede Ambato: <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/1531/1/76068.pdf>

Vásquez, J. (2004). *Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Jurídica Cevallos.

Venezuela, Asamblea Nacional . (13 de abril de 2005). *Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado el 12 de diciembre de 2020, de Gaceta Oficial N° 5.768 Extraordinario: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_3_sp.pdf

Venezuela, Asamblea Nacional. (2005). *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*. Recuperado el 3 de Diciembre de 2020, de Gaceta Oficial N° 38.236 del 26 de julio de 2005: https://www.preventionweb.net/files/2235_LopcymatLey.pdf

Venezuela, Asamblea Nacional. (30 de abril de 2012). *Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social*. Recuperado el 13 de agosto de 2020, de Gaceta Oficial No. 39.912: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_leyorgsistsegsocial_ven.pdf

Venezuela, Asamblea Nacional Constituyente. (30 de diciembre de 1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Recuperado el 10 de agosto de 2020, de Gaceta Oficial Extraordinaria No. 36.860: http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

Villabella, C. (2015). *Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Yamin, A. (2006). *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*. México D.F.: Centro Internacional de Investigación para el Desarrollo. Recuperado el 3 de Diciembre de 2020

ANEXOS

1. Resolución No. 149 – 2012, Corte Nacional De Justicia, Recurso De Casación 53 - 2011.

1.1. Resumen metodológico de la sentencia.

La audiencia de casación, se lleva a cabo el 25 de julio de 2012, una vez que fue admitido el recurso de apelación presentado por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, contra la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo, que concedió a la actora señora Hilda María Tello Gallegos, la impugnación contra la declaratoria de afiliación fraudulenta, señalándose en la instancia inferior que, “no existiendo impedimento legal para que pueda laborar en el taller de mecánica Víctor de propiedad del señor Segundo Gustavo Gutiérrez Ulloa, cónyuge de la actora, en el cual laboro en calidad de secretaria desde el mes de marzo del 2004 hasta febrero del año 2007”.

Habiéndose analizado la casación presentada por parte del IESS, en base a las causales primera, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, se determina que en la instancia inferior no se motivó de legal y debida forma, en virtud de que ente cónyuges no puede existir una relación de carácter laboral que pueda dar lugar a una afiliación patronal al IESS, por la sencilla razón de que en el sistema legal que nos rige solo cabe entre cónyuges, principalmente, los contratos de mandato y de los de administración de la sociedad conyugal, especialmente el de capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 218 del Código Civil, motivo por el cual se acepta la apelación presentada por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con relación a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; y, por tanto, se casa la sentencia impugnada de 24 de noviembre de 2010.

1.2. sentencia.

Juez Ponente: Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo. (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Juez Ponente Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, 2012)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. Quito, 25 de julio de 2012, 10h30. VISTOS: En virtud de que la Jueza y el Juez Nacionales que suscribimos esta sentencia hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición, mediante Resolución No. 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones No. 1-2012 de 30 de enero del 2012 y No. 4-2012 de 28 de marzo de 2012 nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 4 de abril de 2012 que consta en el expediente de casación somos competentes en la presente causa, en razón de los artículos 183 y 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículo 1 de la Ley de Casación. Que el Conjuez Nacional que también suscribe esta sentencia, asume la competencia conforme el artículo 174 del Código Orgánico de la Función Judicial, mediante oficio No. 1058-SG-CNJ-LNC de 19 de julio de 2012 suscrito por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia. En la tramitación de esta causa se han observado todas las solemnidades inherentes, por lo que se declara la validez procesal.

Y estando la presente causa en estado de resolver, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- El 24 de noviembre de 2010, 08h30, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito, emitió sentencia y resolvió aceptar la demanda presentada por la señora Hilda María Tello Gallegos, y por ende declarar ilegal el acto administrativo impugnado, esto es el acuerdo No. 07 0623 C.N.A. dictado por los miembros de la Comisión Nacional de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), de 17 de diciembre de 2007, en el cual se resolvió confirmar el acuerdo No. 32001700-1040-2007 de 15 de octubre de 2007, subido en grado, que declaró fraudulenta la afiliación de la referida señora Tello, desde marzo de 2004 hasta febrero del 2007, en la razón social “Taller de Mecánica Víctor” de propiedad del señor Segundo Gustavo Gutiérrez Ulloa, por ambos ser cónyuges.

SEGUNDO.- Mediante auto de admisibilidad de 28 de junio de 2011, 16h25, esta Sala aceptó a trámite el recurso de casación interpuesto por el Director General del IESS, por las causales primera, tercera y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación. Este Tribunal analizará primero la causal tercera, para posteriormente de ser el caso, la causal primera en concurrencia con la cuarta. **TERCERO.- 3.1.-** Para analizar correctamente, de manera sistemática y por tanto global, la argumentación que da el IESS respecto a sus motivos

para alegar la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, esto es que la sentencia de instancia ha incurrido en una falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, lo cual ha conducido a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia; este Tribunal de Casación tiene claro que tal argumentación debe ser analizada no como se lo haría si éste fuese un recurso de tercera instancia, sino que debe analizarse bajo los principios procesales de la casación, donde en lo fundamental no es posible introducir nuevos hechos en el debate, ni discutir los problemas fácticos de la instancia. En efecto, no cabe tratar en su totalidad las cuestiones del pleito, pues la casación recae sobre la legalidad de la sentencia de instancia, de tal suerte que si la sentencia impugnada contiene infracciones legales se la casa y se dicta una nueva, haciendo una correcta aplicación de las disposiciones legales infringidas, respetando en todo caso, los hechos que se establecieron en el fallo recurrido; en definitiva se intenta restablecer el imperio de las normas de derecho y unificar la doctrina, porque su concepción revela el propósito de conseguir, por una parte, que las normas jurídicas se apliquen con oportunidad y se interpreten rectamente, y lograr, por otra, mantener la unidad de las decisiones judiciales, como garantía de certidumbre e igualdad para cuantos integran el cuerpo social. **3.2.-** Respecto a la causal tercera mencionada, la doctrina ha señalado que: "2) Porque la apreciación probatoria es materia que, por lo general, no gusta a los jueces de la Casación, que tienden al examen de las hipótesis en que se haya desconocido o vulnerado las normas jurídicas sin abordar, en sí mismo, nada ajeno a la condición de "normas" o principios de derecho.... si bien es cierto que la Casación debe ceñirse al control del derecho, tal premisa no ha de extremarse ante un desafortunado juicio de hecho... Hemos buscado un adecuado punto de equilibrio, un registro Intermedio: en general un no a los hechos, pero "si" a su examen y consideración cuando el desvío de lo juzgado, por caso, en el núcleo de la prueba, tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios ha llevado a resultados insostenibles (absurdo y/o arbitrariedad), desvirtuándose el sentido de la misma, supuestos en que la revisión deviene insoslayable para que la solución jurídica sea correcta y, a cabo, también justa." (Morello, Augusto M., La Casación un modelo intermedio eficiente, Edit. Abeledo Perrot, 2da. ed., Buenos Aires Argentina, Pgs. 32-36.). **3.3.-** Analizada la sentencia de instancia, cuyo considerando octavo dice: "Del análisis y estudio de los documentos, y escritos que

constan de autos, así como de las pruebas actuadas por las partes, **se concluye que el informe de labores de 11 de julio que consta en el expediente administrativo realizado por el empleado, señor Jorge Montalvo de Control Patronal del IESS, no constituye una prueba determinante, para considerar que la afiliación de la actora es fraudulenta**, toda vez que se ha demostrado que la misma prestó sus servicios en el taller de mecánica Víctor de propiedad del señor Segundo Gustavo Gutiérrez Ulloa desde el mes de marzo del 2004 hasta febrero del año 2007, a través de los documentos mencionados en las cláusulas anteriores, así como las declaraciones testimoniales del personal que ha manifestado conocer a la actora por algunos años y dan razón de que la misma realizaba labores de Secretaría en el mencionado taller, llevando a cabo trabajos internos en el mismo y gestiones fuera del taller para adquisición de materiales y recaudación de valores que debían pagar los clientes que ocupaban los servicios en el taller de mecánica Víctor. Además existen los roles de pago y contrato de trabajo que avalizan la gestión laboral realizada por la actora, **no existiendo impedimento legal para que pueda laborar en el taller de propiedad de su cónyuge, motivaciones por las cuales se desestima el informe emitido por el funcionario del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social que sirvió de base para considerar que la afiliación de la actora era fraudulenta.**"(Las negrillas son nuestras). **CUARTO.-** Este Tribunal de Casación puede apreciar que del hecho cierto que consta en el expediente, de que la señora Hilda María Tello Gallegos era cónyuge del señor Segundo Gustavo Gutiérrez Ulloa, su empleador a través del Taller de Mecánica Víctor, el Tribunal de Instancia llega a la curiosa conclusión de que al no existir impedimento legal para que alguien trabaje en el Taller de propiedad de su cónyuge, entonces la afiliación al IESS que un cónyuge hace a otro sería válida. Efectivamente nadie niega que un cónyuge puede prestar su contingente y colaborar con su otro u otra cónyuge en el lugar de trabajo de éste o ésta, pero de tal circunstancia no se puede concluir que entre dichos cónyuges puede existir una relación de carácter laboral que pueda dar lugar a una afiliación patronal al IESS, por la sencilla razón de que en el sistema legal que nos rige solo cabe entre cónyuges, principalmente, los contratos de mandato y de los de administración de la sociedad conyugal, especialmente el de capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 218 del Código Civil, pero en todo caso no un contrato de carácter laboral, en

concordancia con el artículo 9 de la Ley de Seguridad Social; compartiendo este Tribunal el criterio del IESS en el sentido de que "no se ha podido establecer relación de dependencia entre la señora Tello Gallegos Hilda María y su cónyuge señor Segundo Gustavo Gutiérrez Ulloa, propietario de la razón social Taller de Mecánica Víctor en los términos de lo señalado en la Ley de Seguridad Social y Estatuto Codificado del IESS..." (Acuerdo No. 07 0623 C.N.A.). Lo cual lleva a que este Tribunal de Casación **acepte los cargos realizados, ya que las consideraciones que anteceden llevan a concluir que en la sentencia recurrida, efectivamente se ha incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.** Por todo lo anterior, y sin que sea necesario ya más consideraciones, este Tribunal de Casación, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** **1)** Acepta el recurso de casación interpuesto por el Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con relación a la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación; y, por tanto, se casa la sentencia impugnada de 24 de noviembre de 2010, 08h30, de la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en la ciudad de Quito. **2)** En consecuencia, y conforme el artículo 16 de la Ley de Casación, se declara legal el acto administrativo impugnado, esto es el Acuerdo No. 07 0623 C.N.A. dictado por la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS el 17 de diciembre de 2007. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese.- ff) Drs. Álvaro Ojeda Hidalgo, Maritza Tatiana Pérez Valencia, Juez y Jueza Nacionales, y Dr. Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.- Certifico.- Dra. Yashira Naranjo Sánchez, Secretaria Relatora.- (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Juez Ponente Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, 2012)

2. Proceso No. 17811-2018-00270 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

2.1. Resumen metodológico de la sentencia.

La audiencia oral, publica y contradictoria, se lleva a cabo el 25 de noviembre del 2019, entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en calidad de demandado, y la

señora María de Lourdes Carrera Andrade en calidad de actora, quien apela la decisión de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha que resolvió, declarar Fraudulenta la afiliación, con recurso ante la Comisión Nacional de Apelaciones.

En la audiencia, la actora María de Lourdes Carrera Andrade, señala que ella tiene una disolución de la sociedad conyugal con el señor Terence Nuttall Oates, esposo y empleador de la actora, con quien mantiene independencia patrimonial, y que específicamente presto sus servicios lícitos y personales en relación de dependencia, en calidad de trabajadora, por lo cual la declaratoria de afiliación fraudulenta por parte del IESS, no tendría el respectivo asidero jurídico, **siendo en tal sentido aceptada la demanda planteada por la señora María de Lourdes Carrera Andrade dejando sin efecto el Acuerdo No. 17-1611 CNA de 6 de octubre de 2017, restableciéndose con ello los derechos de la afiliada** en base a la motivación del artículo 33 de la Constitución que establece que “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.” Indicando además que “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”, y que, si bien la relación contractual laboral inicialmente no es posible por el “consortium omnis vitae”, a criterio de este Tribunal **la referida contratación es posible** cuando **se produce la disolución de la sociedad conyugal**, pues el cónyuge ya no presta servicios en comunidad de bienes, de manera que su prestación de servicios ya no es posible considerarla una carga de la sociedad conyugal tendiente a acrecentarla. Por lo expuesto, la división patrimonial producida por la separación de bienes, como ocurre en el caso subjuice, permite la subordinación jurídica del empleador a la trabajadora cuando se realizan servicios de una relación de dependencia entre cónyuges, pues el trabajo que realiza la trabajadora ya no se confunde en una comunidad de bienes, sino que tiene independencia patrimonial lo cual a su vez por la primacía de la realidad impone la obligación de que tal trabajo realizado sea reconocido con todos los beneficios que le corresponden, en la forma prevista por el numeral 2 del Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, que impone que “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o

contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.

2.2. Sentencia.

No. proceso: 17811-2018-00270

No. de Ingreso: 1

Acción/Infracción: SUBJETIVO

Actor(es)/Ofendido(s): CARRERA ANDRADE MARIA DE LOURDES

Demandado(s)/Procesado(s): INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

SENTENCIA: Quito, lunes 25 de noviembre del 2019, las 14h29, **VISTOS: PRIMERO: DE LAS PARTES PROCESALES Y EL ACTO IMPUGNADO:** María de Lourdes Carrera Andrade propone acción contencioso administrativa de plena jurisdicción o subjetiva en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS y el Procurador General del Estado impugnando el Acuerdo No. 17- 1611 de la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS de 6 de octubre de 2017 por el cual se declaró fraudulenta la afiliación de la señora María de Lourdes Carrera Andrade por los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre de 2012 y de enero a diciembre de 2015. **SEGUNDO: DE LOS ANTECEDENTES DE LA DEMANDA:** La accionante indica que a finales del año 2015 y estando próxima a su jubilación se dirigió al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS para que realice el cálculo de su pensión evidenciando que las planillas de enero de 2011 a diciembre de 2012 y de enero a diciembre de 2015 habían sido erróneamente calculadas para su respectivo pago, por lo cual procedió a hacer el ajuste de método de “Planilla Declarada” y se canceló al IESS los fondos necesarios para enmendar aquel error. Que en momento alguno pidió exoneración de intereses de naturaleza alguna. Que pese a lo indicado no se calcularon intereses de ninguna naturaleza y que cuando quiso reliquidar para pagar los intereses correspondiente generados por este gestión el IESS había pasado sus aportes a una categoría denominada PENVER que significa pendiente de verificación. Que durante los períodos enero de 2011 a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015 su empleador fue su cónyuge Terence Nutall

Oates. Que mediante Acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-1994-A, la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias resolvió declarar fraudulenta su afiliación por los periodos 2011, 2012, 2015 y enero 2016 por lo cual apeló de tal decisión fue anulada en el acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-1994 por atentar al debido proceso y que en Acuerdo IESS-CPPCP-1156-A de 4 de abril de 2017 la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha resolvió “Declara Fraudulenta la afiliación de al señora María de Lourdes Carrera Andrade”, sobre el cual nuevamente apeló a la Comisión Nacional de Apelaciones autoridad que decidió: “Reformar el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1156-A de 4 de abril de 2017, dictado por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha IESS, en el sentido de que se ratifica la declaración de fraudulenta de la afiliación y aportes realizados a favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001, asignado al recurrente Terence Nutall Oates, por los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015, y dejar sin efecto lo resuelto en relación a los períodos comprendidos entre enero de 2008 a diciembre de 2010 y de enero de 2013 a diciembre de 2014, puesto que previo a resolver sobre su procedencia debe ser objeto de la investigación que observe y respete el debido proceso y legítimo derecho a la defensa. En consecuencia la unidad respectiva de la Dirección Provincial de Pichincha efectúe la citada investigación acorde a los establecido en la Resolución CD.516”. Que la Comisión Nacional de Apelaciones del IESS se ha fundado en que no se cuenta con elementos de convicción que permitan determinar que exista la prestación de servicios y la obligación de afiliación al IESS y que si bien menciona que existe la relación de cónyuges entre el empleador y la afiliada aquello fue determinado para una investigación de otros aportes realizados en los años 2008 a 2010 y 2013 a 2014. Que se vulneró su derecho de defensa consagrado en el Art. 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador pues no fue notificada con el inicio del procedimiento sancionador, no se le dio a conocer el estado o situación del trámite y que inició un trámite de validación de los ajustes a los aportes, por lo cual jamás se defendió de una procedimiento sancionatorio de declaración fraudulenta de aportes. Que también existe falta de motivación por cuanto la resolución debía decidir sobre la pertinencia y legalidad de

los ajustes de aportes, pero se resolvió sobre la pertinencia y legalidad de la afiliación, que la falta de motivación se evidencia en el hecho de que nunca se valoró las pruebas que aportó para establecer la legalidad de los aportes correspondientes. Que su derecho a la Seguridad Social se halla consagrado en el Art. 34 de la Constitución de la República y superior a las limitaciones de carácter civil a los contratos entre cónyuges y más cuando mantienen patrimonios separados por disolución de la sociedad conyugal. Que se ha aplicado incorrectamente los Arts. 2 y 9 literal a de la actual Ley de Seguridad Social y falta de aplicación del Art. 30 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del IESS CD 516 y del Art. 114 de ese mismo cuerpo normativo. Que se vulneró el debido proceso ya que no se inició el respectivo proceso de lesividad, por haberse generado un derecho subjetivo a favor del administrado. Que además existe caducidad de la facultad del IESS para revisar los aportes dado que el Art. 178 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece un plazo de 3 años para que la institución pública pueda revisar sus actos. Con los antecedentes expuestos pide que en sentencia se declare la nulidad e ilegalidad del acuerdo No. 17-1611-CNA de la Comisión Nacional de Apelaciones, expedido el 6 de octubre de 2017, notificado el 24 de octubre de 2017 por el cual se resolvió declarar fraudulenta la afiliación de la señora María de Lourdes Carrera Andrade por los periodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015. **TERCERO: DE LAS CONTESTACIONES A LA DEMANDA:** Admitida la demanda a trámite las demandadas contestaron en la forma que sigue: 3.1.- A fojas 301 el Director Nacional de Patrocinio delegado del Procurador General del Estado señaló domicilio para futuras notificaciones. 3.2.- De fojas 318 a 326 el Procurador Judicial del Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS contesta la demanda indicando que el acto emitido por el IESS no se enmarca en ninguna de las causales para declarar su nulidad, que para la expedición del acto se respetó el procedimiento establecido en la Ley de Seguridad Social, ya que el departamento pertinente comunicó la novedad y remitió al órgano de reclamación para que determine si se halla enmarcado en las disposiciones legales para su reconocimiento. Que los órganos de reclamaciones son competentes para resolver las controversias sobre

derechos de los asegurados. Que el acto emitido siguió el procedimiento establecido pues la Unidad de Afiliación y Cobertura al realizar la verificación de los registros y pagos extemporáneos remitió el caso al órgano de reclamación por considerar que existía una posible afiliación fraudulenta conforme lo dispone el art. 18 de la Resolución No. CD 506, norma que determina: “Los registros y pagos extemporáneos de aportes efectuados durante la vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y la Inversión Extranjera deberán ser verificados por las Direcciones Provinciales a través de las Unidades o Grupos de Trabajo Provinciales de Afiliación y Cobertura a fin de que en los casos que exista una presunción de afiliación fraudulenta, es decir aquellas que no cuenten con los debidos sustentos, estos serán remitidos a los órganos de reclamación pertinentes ...”. Que los actos se han formado en base a los informes emitidos por las autoridades competentes del IESS, esto es en base a los memorandos No. IESS-UPACP-2016-14735-M de 3 de junio de 2016, IESS-UPACP2016-6339-M, de 6 de julio de 2016 y IESS-UPACP-7489 de 8 de agosto de 2016, que tienen las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Que se verificó que los aportes realizados a favor de la afiliada Carrera Andrade María de Lourdes por los periodos 01-2011 a 12-2012 y de 01-2015 a 12-2015 fueron fraudulentos ya que los cónyuges no podían celebrar entre ellos contrato de trabajo por lo dispuesto en el art. 218 del Código Civil que determina “Los cónyuges no podrán celebrar entre sí otros contratos que los de mandato, administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código, y capitulaciones matrimoniales, no obstante en caso de separación de bienes podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad...”. Que no existe la posibilidad legal de que la cónyuge sea trabajadora de su cónyuge en la modalidad que fuere, como se ha pretendido en este caso, considerándose que así se vulnera el vínculo jurídico que implica la institución del matrimonio, por lo que no tiene asidero legal la afirmación de la parte actora respecto a este punto confirmándose la legalidad del acto administrativo impugnado. Alega como excepción previa la excepción de incompleta conformación del litisconsorcio en virtud de que la declaración de afiliación fraudulenta debía ser demandada también por su cónyuge supuesto empleador señor Terrence Nutall Oates quien no ha comparecido a este proceso. Pide que se deseche

la demanda **CUARTO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR:** En audiencia preliminar desarrollada el 27 de junio de 2019 a partir de las 9h00 se desechó la excepción de indebida conformación del litis consorcio necesario de deducida por el IESS, ya que el derecho del afiliado y del empleador para impugnar el acto son independientes y pueden ser realizados por separado, sin que el primero requiera de la participación del segundo para realizarlo, ni viceversa. Por otro lado al no existir omisión de solemnidad alguna que afecte el proceso se lo declara válido. Se estableció como objeto de la controversia verificar si el Acuerdo 17-1611-CNA de 6 de octubre de 2017 es legal, ilegal o nulo y si como consecuencia de lo anterior corresponde se mantenga o no la decisión de declarar fraudulenta la afiliación de la señora Lourdes Carrera Andrade por los períodos comprendidos entre enero de 2011 a diciembre de 2012 y de enero a diciembre de 2015. Las pruebas aceptadas para ser actuadas en audiencia de juicio constan del acta resumen de audiencia preliminar de fojas 359 a 360vta. **QUINTO: DE LA AUDIENCIA DE JUICIO, LOS HECHOS PROBADOS, LA MOTIVACIÓN Y LA DECISIÓN SOBRE LAS PRETENSIONES Y LAS EXCEPCIONES DE FONDO.-** En audiencia de juicio desarrollada el 24 de septiembre de 2019, las partes actuaron la prueba y contradijeron la prueba contraria, así como argumentaron sobre sus derechos. Una vez que ha transcurrido el término previsto en el Art. 93 del Código Orgánico General de Procesos, así como superada la conmoción interna existente en el país en los primeros días de octubre de este año, el Tribunal Distrital establece: 5.1.- Que es competente para conocer y resolver esta causa de conformidad con el Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y del Art. 299 del Código Orgánico General de Procesos. 5.2.- Que no existe omisión de solemnidad alguna de las previstas en el Art. 107 del Código Orgánico General de Procesos que afecte el proceso, por lo cual se declara su validez. 5.3.- De conformidad con el Art. 313 del Código Orgánico General de Procesos, se consideran hechos probados y pertinentes para la decisión que este Tribunal Distrital adopta, los siguientes: A.- Que la accionante María de Lourdes Carrera Andrade y su cónyuge George Edward Nuttall Oates contrajeron matrimonio el 30 de septiembre de 1983 (fojas 283 del proceso) y disolvieron la sociedad conyugal contraída en dicho matrimonio en fecha 19 de marzo

de 1996, conforme consta de la inscripción respectiva en el Registro Civil de 24 de abril de 2016, fecha desde la cual tal disolución tiene efectos erga omnes (fojas 283vta del proceso). B.- Que la accionante suscribió con su cónyuge dos contratos de trabajo el primero con fecha 2 de enero de 2011 y un segundo con fecha 2 de enero de 2015, en los cuales dejaron constancia escrita de una relación de trabajo por tiempo indefinido en la cual se le contrató a la actora como administradora con un horario de lunes a viernes de 8 am a 4 pm, con una hora para para almuerzo, remuneración de USD. 1000 en las instalaciones del empleador ubicadas en Bosmediano E16-19 de la ciudad de Quito (fojas 3 a 10 del expediente administrativo). C.- Que en base a tales contratos, la accionante solicitó el 01 de junio de 2016, la verificación de las imposiciones correspondientes al periodo 2011-01 a 2015-12 que fueron canceladas al IESS pero no fueron consideradas en la Historia Laboral adjuntando los referidos contratos de trabajo y documentación adicional requerida para aquel trámite (foja 1 del expediente administrativo). D.- Que el 3 de junio de 2016, el responsable del proceso de Control Patronal con el fin de verificar la legalidad de los aportes requirió información adicional. E.- Que el 10 de junio el señor Terrence Nuttall remitió oficio de 10 de junio de 2016 adjuntando notas de pedidos de los años 2011, 2012 y 2015, así como declara que su negocio consiste en representar a proveedores del exterior, como intermediario ente el importador local y el exportador extranjero, ganando una comisión sobre los pedidos efectuados localmente. Que no vende directamente stock, por lo que no emite facturas, siendo las Notas de Pedido los documentos que validan su gestión y que adjunta declaraciones de impuesto a la Renta a de los años 2011, 2012 y 2015. F.- Que en Memorando No. IESS-UPACP-2016-6339-M de 6 de julio de 2016, se estableció que el RUC No. 1705116745001 se encontraba activo y abierto, con la categoría actividades comerciales a cargo de comisionistas con domicilio en la calle José Bosmediano E16-19 y José Carbo. “Que el señor Nuttall Oates Terence realizó dos avisos de entrada, el primero, con fecha de afectación 01/03/2012, recha de registro 19/03/2012 12.00 AM y número de novedad 11672711, el segundo con fecha de afectación 01/01/2016, fecha de registro 26/02/2016 y número de novedad 1889750, avisos que fueron realizados por parte del mencionado empleador, con nombre de sucursal NUTTALL OATES TERRENCE-

0001. También se muestra dos avisos de salida con fecha de afectación 31/21/2015 fecha de registro 05/02/2016 y numero de novedad 15024495; el segundo con fecha de afectación 31/01/2016, fecha de registro 16/03/2016 y número de novedad 15149907. Las demás novedades solo corresponden 'avisos modificación de sueldos'. Incumpliendo el artículo 42 del Código de Trabajo, Obligaciones del Empleador, numeral 31 dispone: '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 días, y dar aviso de salida, de las modificaciones de sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social; y,' ...Revisado el sistema de Consulta de Empleadores en Mora, se desprende que el señor NUTTALL OATES TERRENCE, con RUC 1705116745001, canceló las glosas Nos. 12837414, 13029966, 13164003,12539520, 126252237 y 42850356, glosas en la que el detalle de planilla contienen como registro a la señora CARRERA ANDRADE MARÍA DE LOURDES. Posteriormente el Proceso de Control Patronal realizó el oficio Nro. IESS-UPAPCP-2016-14735-O de 03 de junio de 2016, y se solicitó al señor Nuttall Terence 'copias certificadas de las declaraciones de Impuesto a la Renta, correspondiente a los periodos fiscales de los años 2011, 2012, 2015, así como 'facturas que justifiquen la Actividad Económica y que haya realizado en los periodos del 2011- 01 hasta 2012-12 y desde el 2015-01 hasta 2015-12 (mínimas 3 de cada periodo). En respuesta al oficio mencionado en el párrafo anterior, el señor Nuttall Terence señala: "debo anotar que la naturaleza de mi negocio consiste en que yo represento a proveedores del Exterior, siendo mi trabajo hacer de intermediario entre el importador local y el exportador extranjero, ganando una comisión sobre los pedidos efectuados localmente. No vendo directamente de stock, por lo tanto no emito facturas, siendo las Notas de Pedido los documentos que validan mi gestión" De las copias simples de la declaración de Impuesto a la Renta se muestra lo siguiente: RUC 17051167745001 RAZON SOCIAL: NUTTALL OATES TERRENCE IMPUESTO RENTA PERSONAS NATURALES PERIODO FISCAL VALOR TOTAL PAGADO 2011 10,00 2012 20,00 2013 30,00 En virtud de lo señalado, esta Unidad recomienda se declare no procedente los aportes por los periodos 2011-01 hasta

2012-12 y de 2015-01 hasta 2015-12 en favor de la señora MARÍA DE LOURDES CARRERA ANDRADE con CI 170707877-8, por no contar con los elementos necesarios que lo justifiquen. Se remite el expediente en (73) fojas útiles.” G.- Que se emitió el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2016-1994-A, el 14 de julio de 2016, acto que declaró fraudulenta la afiliación de la actora, ante lo cual accionante María de Lourdes Carrera Andrade presentó apelación ante la Comisión Nacional de Apelaciones adjuntando nueva documentación e impugnado dicho acto por cuanto “El señor TERENCE NUTTALL OATES, me afilia con fecha 01-03-2012, con el respectivo Aviso de Entrada, que consta en mi expediente. Mediante la Novedad 20533161 (copia adjunta); me afilia retrospectivamente desde Enero de 2010; por lo tanto, en Enero de 2011, yo ya estaba afiliada como lo demuestra el resumen de aportaciones (copia adjunta). Por esta razón no puede haber un AVISO DE ENTRADA a Enero de 2011. Mis ingresos en los años 2011, 2012 y 2015, de acuerdo con lo pactado con mi empleador fueron de USD.1000,00 mensuales, desglosados de la siguiente manera: Año 2011 Sueldos US\$ 294,63 Bonificaciones, comisiones promedio US\$706.00 Año 2012 Sueldo 294,63 Bonificaciones, comisiones promedio US\$706,00, Año 2015 Sueldo US\$ Bonificaciones, comisiones promedio US\$ 630,00. Las comisiones y bonificaciones se calculan cuando estas han sido cobradas y canceladas en su totalidad, ya que no se trata de un monto regular cada mes; y, por esta razón se saca un promedio final de cada ejercicio anual. Al notar que las aportaciones sobre bonificaciones, comisiones, etc., no estaban pagadas al IESS, se ha procedido a enmendar el error, mediante Planilla Declarada y solicitud de aceptación de la (sic) Novedades 2361301 (año 2011), 2361305 (año 2012); y Novedad 2347877 (año 2015). Novedades todas que fueron aceptadas por el IESS quien autorizó el pago de las planillas respectivas.En estos años por error del Contador, se había pagado al IESS aportaciones sólo sobre el sueldo básico, posteriormente se procede a pagar la diferencia que corresponde a la realidad de lo recibido por la afiliada, a través del mecanismo de plantilla declarada y autorización de la Novedades(sic): 2361301 2011-01 a 2011-12 2361305 2012-01 a 2012-12 2347877 2015-01 2015-12 En la página 4/7 del considerando se menciona una lista de comprobantes, que repito, omitiendo las duplicaciones del original y cuyas copias adjunto (con los pagos

respectivos al reverso)...De esta larga lista solo los comprobantes en rojo pertenecen a PAGO DE PLANILLAS POR AJUSTES. Los demás son pagos de planillas normales hechos a su debido tiempo y que por lo tanto no deberían causar ninguna controversia. Además adjunto copias de los siguientes documentos: Declaraciones del Impuesto a la Renta del señor Terence Nuttall Oates de los años: 2011 y Resumen de Ret. Del impuesto bajo relación de dependencia. 2012 y Formulario 107 2015 y Formulario 107 Roles de Pago de los años 2011, 2012, 2015. He sido notificado con el Acuerdo Nro. IESSCPPCP-2016-1994-A, el día viernes, 19 de agosto de 2016, pero como no estoy conforme con lo resuelto en dicho Acuerdo, porque lesiona mis intereses; y, encontrándome dentro del término de Ley, vengo ante usted señor Presidente, e interpongo Recurso de Apelación del Acuerdo recaído en este trámite administrativo.”, revisados los documentos adjuntos al referido recurso, se verifica que tanto las declaraciones sustitutivas de impuesto a la renta, cuanto los formularios 107 fueron emitidos y presentados al Servicio de Rentas Internas el 24 de agosto de 2016. presentados conjuntamente con dicho recurso fueron se verifica que las mismas fueron realizadas en el mes de Agosto de 2016. H.- Que el Acuerdo No. 16-2096 CNA de 24 de noviembre de 2016 decidió anular el Acuerdo IESS-CPPCP-2016-1994-A de 16 de agosto de 2016 ordenando “remitir el expediente a dicha comisión, a efectos de que emita el respectivo fallo respecto de la impugnación presentada, observando y respetando el debido proceso.” I.- Que el 29 de marzo de 2017 la Jefe de la Unidad Provincial de Afiliación y Cobertura, emitió el Memorando No. IESS-UPACP2017-4249-M, e informó: “1.- La señora registra aportaciones en el RUC del señor Terrence Nuttall Oates desde enero de 2008, sin embargo hay dos contratos de trabajo que no se encuentran legalizados y que tienen fecha 2 de enero de 2011 y 2 de enero de 2015. 2.-En los documentos anteriores consta que la remuneración será de un mil dólares sin embargo la señora indica en su carga de 8 de junio de 2016, que gana una comisión sobre pedidos efectuados localmente. Anexan recibos de pago sin aval del empleador en donde consta un sueldo base más una comisión, sin embargo en los formularios 102 del SRI que es la declaración del Impuesto a la Renta de personas naturales de los años 2011, 2012 y 2015, en los casilleros de: sueldos, salarios y demás remuneraciones que constituyen materia

gravada del IESS, así como aporte a la seguridad social no registran valor alguno. 3 Los pagos efectuados dentro del periodo de remisión de intereses corresponde a ajustes de sueldo de 240% de lo inicialmente aportado y no a la totalidad de la aportación. Del análisis efectuado por esta Unidad se desprende lo siguiente: 1.- Respecto al primer punto analizado por la Jefa de Afiliación y Cobertura Nacional, de desprende dos contratos: -Primer Contrato: fecha de suscripción 02/01/2015, legalizado en el Ministerio de Relaciones Laborales con fecha 2016/01/27 Segundo Contrato fecha de suscripción 02/02/2011, legalizado en el Ministerio de Relaciones Laborales con fecha 2016/03/16 2.- En lo relacionado con el segundo punto, los contratos anteriormente analizados se constata un registro de remuneración de USD. 1000 en los dos casos, cabe indicar que revisada la historia laboral la señora Carrera Andrade María de Lourdes, consta con una remuneración bajo el RUC de Nuttall Oates Terence anterior al 18 de diciembre de 2015, con un sueldo que no corresponde a los USD. 1000 que constan en los contratos de trabajo. Cabe aclarar que la señora tenía registro de afiliación por el periodo de 2016701 a 2015701 de USD. 370,14 y de desde 2015 711 a 2016/01 de USD 370,14 y USD 366,00, adicionalmente el periodo 2011/06 a 2012/12 tiene registro de afiliación por USD 294,63 y finalmente en el periodo 2011/01 a 2011/06 por USD 294,63. Se confirma lo analizado por la Jefe de Afiliación y Cobertura Nacional de que en los formularios de impuesta(sic) a la renta no se desprende sueldos o salarios como parte de la materia gravada, rubro que debe constar en la declaración de personas naturales. 3. Respecto al último punto revisada la historia laboral se desprende que el empleador Nuttall Oates Terence efectuó un ajuste de aportes en el sistema informático por los siguientes periodos: 2016/01 a 2015/01 2011/06 a 2012/12 2011/01 a 2011/05 Los valores de ajustes son por USD 706, los periodos anteriormente indicados se encuentran con BLOQUEO PENVER. Se desprende roles de pago donde se desprende como rubor USD 706 como comisiones percibidas, de las cuales no se encuentran desglosadas en las notas de pedido que remite el señor Oates, donde no se desprende cálculo de la comisión que percibió la señora María de Lourdes Carrera Andrade. De la verificación efectuado(sic) los señores inmersos en el presente caso, las partes procesales son CÓNYUGES y en la historia laboral se desprende otros

periodos con registro de afiliación que corresponde a los siguientes: 2014/12 a 2013/01 2010/12 a 2008/01 Los periodos anteriormente indicados no se encuentran con bloqueo Penver, porque fueron efectuado (sic) antes de la vigencia de la Resolución del Consejo Directivo Nro. 506, esto quiere decir que esos aportes se pagaron normalmente en la planilla del mes, sin recargos o intereses adicionales, sino que el valor que debe cancelar de acuerdo al sueldo percibido y sectorial. Base Legal Art.218 del Código Civil “Los cónyuges no podrán celebrar entre si, otros contratos que el de mandato...” Art. 81 de la Ley de Seguridad Social expone: “Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones.”

Recomendación y Conclusión De lo expuesto esta Unidad recomienda se declara(sic) fraudulentos los siguientes periodos de la señora María de Lourdes Carrera Andrade en el RUC de Nuttall Oates Terense RUC 1705116745001 Periodos con periodo Penver 2016/01 a 2015/01 2011/06 a 2012/12 2011/01 a 2011/05 Periodos sin Bloqueo pagado con planilla normal 2014/12 a 2013/01 2010/12 a 2008/01 Los valores que fueron cancelados por ajustes y por planillas normales desde el 2008 no se ajusta a lo establecido en el Art. 218 del Código Civil.” J.- Que el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1156-A invocando lo informado en memorando IESS-UPACP-2017-4249-M en lo principal estableció: “Que, tanto las afiliaciones que recibe el IESS como las Prestaciones que otorga, están supeditadas a su Revisión, cuya facultad es autónoma del Instituto que la ejerce por intermedio de sus áreas correspondientes, en este caso por medio de la Unidad referida en líneas anteriores, de conformidad con la normativa interna que rige el Instituto, por lo que el conocimiento de este asunto tanto como la competencia se encuentran con fundamento en las disposiciones vigentes para el efecto; Que el registro de afiliación para el pago de aportes en aplicación de la tantas veces referida Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas y la Inversión Extranjera y su Reglamento, debió preexistir y con ello se habrían preestablecido las obligaciones en mora, es decir, debieron existir con anterioridad a las fechas de la solicitud de pago o del reclamo. Las obligaciones en mora debieron determinarse y registrarse en el Instituto antes del pago de aportes; ya que el espíritu de las normas es condonar los intereses, multas y recargos de

obligaciones preexistentes, como se evidencia de sus considerandos previos y de las respectivas normas señaladas. Remisión que no podría darse si no existiere con anterioridad dicha determinación y registro; tanto más que las normas no admiten ni regulan sobre nuevas obligaciones que con posterioridad a su vigencias se las determine, si no que las nuevas, de detectarse, deberán cumplir las normas y procesos generales del Sistema, más no beneficiarse de una Ley que no las protegía; Que de la normativa sobre remisión de intereses, multas y recargos, debió aplicarse únicamente para los casos establecidos y registrados en el IESS de obligaciones en mora a la fecha de su vigencia, es decir hasta antes de Diciembre de 2015; y NO para obligaciones determinadas y pagos de esas obligaciones y ciertos ajustes se realizarán los días 26 de febrero y 17 de marzo del 2016 como obra de los documentos incorporados en el Expediente. Que, por otro lado, el Art. 218 del Código Civil, expresamente señala: “Los cónyuges no podrán celebrar entre sí, otros contratos que los de mandato, de administración de la sociedad conyugal en los términos que consta en el Art. 142 de este Código y capitulaciones matrimoniales, no obstante en caso de separación de bienes podrán adquirirlos y mantenerlos en comunidad”; por tanto no existe la posibilidad legal que la cónyuge , a la vez, sea trabajadora de su cónyuge en la modalidad que fuere como como se pretendido en este caso, considerándose que así se vulnera el vínculo jurídico que implica la institución del matrimonio. Que en este caso específico, durante los periodos de pago de aportes registrados en el IESS, los supuestos patrono y trabajadora mantienen la condición de cónyuges, situación jurídica expresamente prohibida por el Art. 218 del Código Civil, como se ha indicado en este Fallo....Que por las consideraciones expuestas... RESUELVE: DECLARAR FRAUDULENTA, la afiliación de la señora María de Lourdes Carrera Andrade.....”. K.- Que ante tal decisión el empleador TERENCE NUTTALL OTATES apeló de la decisión ante la Comisión Nacional solicitando se deje sin efecto el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1156-A, arguyendo la existencia de la relación laboral y reconociendo que no puede acogerse a los beneficios de la Ley de Remisión. L.- Que el Acuerdo17-1611 CNA, de 6 de octubre de 2017, con fundamento en que “de la revisión de la documentación contenida en el expediente... se puede establecer que no se cuenta con elementos de convicción que

permitan determinar la existencia de la prestación de un servicio y la obligación de afiliación al IESS en el periodo que va de enero de 2011 a diciembre de 2012 y de enero a diciembre de 2015. No se ha proporcionado los documentos como exige la Institución para estos casos, según el artículo 114 de la Resolución CD 516....La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha ha considerado fraudulento en su Acuerdo un periodo que no ha sido parte de la investigación, ni de la petición que ha generado esta controversia, esto es verificar la legalidad de los aportes realizados por los periodos 2011-01 hasta 2012-12 y 2015-01 hasta 2015-12sobre este tema puntual no se ha hecho conocer a las partes involucradas para que ejerzan su derecho a la defensa en la parte de la investigación de estos periodos.Por lo expuesto esta Comisión, en ejercicio de las atribuciones constantes en la Ley de Seguridad Social y la Resolución No. CD 084 expedida por el Consejo Directivo del IESS el 19 de diciembre de 2005. RESUELVE: Reformar el Acuerdo IESS-CPPCP-2017-1156-A de 04 de abril de 2017 dictado por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha del IESS, en el sentido de que se ratifica la declaración de fraudulenta la afiliación y aportes realizados a favor de la señora María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001 asignado al recurrente señor Terence Nuttall Oates, por los periodos comprendidos entre enero del 2011 a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015; y dejar sin efecto lo resuelto en relación a los periodos comprendidos de entre enero de 2008 a diciembre de 2010 y de 3 enero de 2013 a diciembre de 2014, puesto que previo a resolver sobre su procedencia deben ser objeto de una investigación que observe y respete el debido proceso y legítimo derecho a la defensa. En consecuencia la Unidad respectiva de la Dirección Provincial de Pichincha efectúe la citada investigación acorde a lo establecido en la Resolución CD 516. Notifíquese". 5.4.- Con base a los hechos probados antes indicados, este Tribunal Distrital establece que el objeto de la controversia se suscita en verificar la sujeción a la Ley y a la Constitución del Acuerdo No. 17-1611-CNA de 6 de octubre de 2017, que decidió: "Reformar el Acuerdo No. IESS-CPPCP-2017-1156-A, de 4 de abril de 2017, dictado por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias de Pichincha IESS, en el sentido de que se ratifica la declaración de fraudulenta de la afiliación y aportes realizados a favor de la señora

María de Lourdes Carrera Andrade, en el RUC 1705116745001, asignado al recurrente Terence Nutall Oates, por los periodos comprendidos entre de 2011 diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015, y dejar sin efecto lo resuelto en relación a los períodos comprendidos entre enero de 2008 a diciembre de 2010 y de enero de 2013 a diciembre de 2014, puesto que previo a resolver sobre su procedencia debe ser objeto de la investigación que observe y respete el debido proceso y legítimo derecho a la defensa...”. La decisión adoptada se fundó en los Arts. 80 y 81 de la Ley de Seguridad Social que determinan: “Art. 80.- Afiliación fraudulenta.- En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto retendrá, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto exigirá, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dará por vencidas y declarará exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono.” “Art. 81.- Declaración de afiliación indebida o fraudulenta.- Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones.” Como se evidencia de las normas invocadas, las mismas no definen que es una afiliación fraudulenta, por lo que este Tribunal Distrital determina resulta fundamental definir dicha afiliación, la cual resultaría del hecho de que con la finalidad de obtener indebidamente prestaciones o servicios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, al margen de la Ley, las personas participantes de tal acto fraudulento acuerdan dolosamente forjar una relación inexistente en la cual una persona finge ser empleador y la otra finge ser trabajador o busca bajo el fraude hacerse acreedor del beneficio prestacional estando imposibilitado a acceder al mismo por alguna prescripción legal. Consta como hecho fundamental del conflicto a ser resuelto el hecho reconocido por ambas partes que la accionante contrajo nupcias con el ciudadano GEORGE EDWARD NUTTALL OATES, el 30 de septiembre de 1983, quien aparece como su empleador, situación que ha motivado que la institución demandada considere fraudulenta la afiliación de la actora, ya que la misma

contravendría el tenor del Art. 218 del Código Civil que limita la capacidad contractual de los cónyuges, de lo cual se ha percatado la autoridad al realizar un trámite para corregir las aportaciones en los periodos enero 2011 a diciembre de 2012 y enero a diciembre de 2015, dado que de conformidad con el Art. 18 de la Resolución No. CD 506 al evidenciarse una presunción de afiliación fraudulenta el órgano de reclamaciones debe decidir sobre dicha afiliación y que existió además la intención de acogerse a la remisión de intereses, multas y recargos que no procedía pues las obligaciones nunca estuvieron registradas en mora. También consta como un hecho indudable demostrado en audiencia que los referidos cónyuges decidieron DISOLVER la sociedad conyugal que mantenían sin disolver el matrimonio, el 19 de marzo de 1996. De lo indicado es claro que el matrimonio por regla general, conforme se halla definido en el Art. 81 del Código Civil "... es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente", de manera que es un sistema de comunidad de bienes en el cual se aportan bienes iniciales que se van acrecentando con todas las adquisiciones que se realizan durante el matrimonio. Por lo expuesto, dados los efectos jurídicos de esta forma contractual, que por regla general genera una comunidad de bienes denominada sociedad conyugal, impide que los contrayentes celebren otro tipo de contrataciones de orden patrimonial. Por lo indicado, los cónyuges que se mantienen bajo un régimen de sociedad conyugal, no pueden ser partícipes de una contratación en materia laboral pese a que ayuden en una empresa o negocio familiar, pues ninguno puede estar en subordinación económica del otro, ni tienen independencia económica, dado que los ingresos que genera cualquiera de ellos acrecenta el haber de la sociedad conyugal en forma de ganancial, el mismo que se halla confundido en la comunidad de bienes denominada sociedad conyugal, la cual se incrementa con su gestión conjunta, de manera que no puede existir diferenciación entre el patrimonio del "empleador" y del "trabajador". Por esa misma razón, no se podría configurar lo previsto en el Art. 9 de la Ley de Seguridad Social que determina: "Art. 9.- DEFINICIONES.- Para los efectos de la protección del Seguro General Obligatorio: ..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;...”. Razón por la cual en los casos de matrimonio con sociedad conyugal la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, dentro del juicio No. 2011-0053, mediante resolución pronunciada con fecha 25 de julio del 2013, en la sustanciación de un recurso de casación interpuesto respecto a la impugnación de un acto administrativo por el cual se ha declarado una afiliación indebida o fraudulenta, se ha pronunciado señalando: “(...) Efectivamente, nadie niega que un cónyuge puede prestar su contingente y colaborar con su otro y otra cónyuge en el lugar de trabajo de éste o ésta, pero de tal circunstancia no se puede concluir que entre dichos cónyuges puede existir una relación de carácter laboral que pueda dar lugar a una afiliación patronal al IESS (...) por la sencilla razón de que en el sistema legal que nos rige solo cabe entre cónyuges, principalmente, los contratos de mandato y los de administración de la sociedad conyugal, especialmente el de capitulaciones matrimoniales, conforme el artículo 218 del Código Civil, pero en todo caso no un contrato de carácter laboral, en concordancia con el artículo 9 de la Ley de Seguridad Social...”. - Por lo indicado, por regla general, la limitación del Art. 218 del Código Civil impide la posibilidad de una contratación laboral entre cónyuges, por lo que como consecuencia de lo anterior, no es posible la afiliación al Seguro Social bajo la modalidad de relación de dependencia entre dos personas. Por lo que esa forma de afiliación o aseguramiento al Seguro Social, entre cónyuges que tienen un régimen de sociedad conyugal -en caso de haberse dado- hace presumir un evidente hecho irregular cuya sanción es la declaración de fraudulencia. ¿Pero ocurre lo mismo cuando se ha disuelto la sociedad conyugal? Cuando se ha disuelto la sociedad conyugal, si bien subsiste el vínculo matrimonial y por lo tanto aparecería que también la limitación del Art. 218 del Código Civil, el matrimonio sufre una modificación económica trascendental, ya que la disolución de la sociedad conyugal general que cada uno de los cónyuges tenga autonomía económica. De manera que ya no existe la posibilidad de confusión patrimonial antes explicada, ya que la disolución de la sociedad conyugal separó los patrimonios de ambos cónyuges y les dotó de

independencia económica de manera que las actividades económicas del primero, ya no pueden confundirse económicamente y beneficiar al segundo. De lo indicado si un cónyuge es propietario de una empresa o negocio, lo que realice en dicho negocio el otro cónyuge ya no puede reportarle ganancias, ni puede generarle rédito alguno, pues el dinero de salarios, utilidades, jornada nocturna, horas suplementarias y extraordinarias que llegase a tener el cónyuge, ya no pueden trascender económicamente en un beneficio mutuo que si se daba en un régimen de sociedad conyugal. Como consecuencia de lo indicado, es claro que si bien por regla general el Art.218 del Código Civil estableció que los cónyuges no pueden celebrar otros contratos que los de mandato, administración de la sociedad conyugal y capitulaciones matrimoniales, aquella limitación no es taxativa, ni limita de forma absoluta se celebren otros contratos que muy bien son válidos por expresa autorización de la ley o por efecto de la modificación del régimen de sociedad conyugal al de bienes separados entre cónyuges. Así, debe recordarse que existen otras convenciones que se pueden celebrar válidamente entre los cónyuges pese a existir sociedad conyugal, como es el caso de la donación entre vivos, ya que el Art. 1165 del Código Civil determina expresamente “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”, y como consecuencia de lo anterior, también se halla viabilidad para la cesión a título gratuito de acciones y participaciones, ya que si bien existe prohibición expresa para constituir sociedades entre cónyuges, no existe prohibición para que los cónyuges sean socios o accionistas en las mismas. Ahora bien, a nivel doctrinario, también se ha establecido que cuando existe disolución de sociedad conyugal otros contratos se adicionarían al acervo de contrataciones permitidas por la propia naturaleza de auxilio que el matrimonio implica. Así resulta claro que, al existir patrimonios separados, bien cabe el contrato de fianza entre cónyuges, por el cual uno de los cónyuges contaría con la garantía solidaria de la totalidad o parte de los bienes del otro cónyuge frente a determinados acreedores, pues al existir patrimonios separados por efecto de los Arts. 198 y 215 numeral 2 del Código Civil no por ello se eliminó la obligación de auxilio entre los cónyuges establecida en el Art. 138 del Código Civil. Igualmente como consecuencia de las normas antes indicadas y bajo mismo criterio del “auxilio

conyugal”, es claro que también cabe el contrato de mutuo entre cónyuges con bienes separados, pues éstos se hallan en libertad de disponer de los mismos al tener independencia económica. Por último, como se ha indicado, si bien la relación contractual laboral inicialmente no es posible por el “consortium omnis vitae”, a criterio de este Tribunal la referida contratación es posible cuando se produce la disolución de la sociedad conyugal, pues el cónyuge ya no presta servicios en comunidad de bienes, de manera que su prestación de servicios ya no es posible considerarla una carga de la sociedad conyugal tendiente a acrecentarla. Por lo expuesto, la división patrimonial producida por la separación de bienes, como ocurre en el caso subjudice, permite la subordinación jurídica del empleador a la trabajadora cuando se realizan servicios de una relación de dependencia entre cónyuges, pues el trabajo que realiza la trabajadora ya no se confunde en una comunidad de bienes, sino que tiene independencia patrimonial lo cual a su vez por la primacía de la realidad impone la obligación de que tal trabajo realizado sea reconocido con todos los beneficios que le corresponden, en la forma prevista por el numeral 2 del Art. 326 de la Constitución de la República del Ecuador, que impone que “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”. Como se desprende de la referida prescripción legal y de lo dispuesto por los Arts. 33 y 34 de la Constitución de la República del Ecuador es claro que se superado ampliamente las limitaciones del derecho civil para el reconocimiento del trabajo y la protección de la seguridad social que merecen todos los ciudadanos. Específicamente el Art. 33 de la Constitución establece que “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía.” Indicando además que “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” En similares condiciones el Art. 34 de la Constitución de la República garantiza a los ciudadanos “El derecho a la seguridad social” como 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 necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio del pleno 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.” Por lo indicado si se reconoce a las personas el derecho a la Seguridad Social inclusive en el caso en el cual realizan TRABAJO NO REMUNERADO, es claro que tiene que reconocerse el derecho a quien lo realiza remuneradamente cuando se ha justificado claramente que existe dicha relación de dependencia. No se evidencia que exista un comportamiento doloso del patrono y el afiliado en los términos de una afiliación fraudulenta, pues es claro que la disolución de la sociedad conyugal entre el empleador y la afiliada actora ocurrió en el año 1996, es decir, no fue de reciente data como para presumir una intención de defraudar la ley o al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, muy al contrario se evidencia que es una realidad económica adoptada por los contrayentes quienes desde aquella época mantuvieron independencia patrimonial, manteniendo el resto de obligaciones conyugales derivadas del matrimonio, las mismas que incluyen el deber de auxiliar en todos los ámbitos incluido el financiero a su cónyuge, por lo cual para este Tribunal Distrital la prohibición generalizada del Art. 218 del Código Civil solo es atribuible a matrimonios que mantienen el régimen de sociedad conyugal, en los cuales por lo explicado anteriormente no es posible se configure la relación de subordinación que impone el ordenamiento legal para que se configure una relación laboral, la cual si se produce cuando se verifica la existencia de patrimonios separados, pues es plenamente viable, como lo ha establecido la doctrina, e inclusive jurisprudencia comparada de Argentina la cual en el caso 728. XXXVII (2002), ha indicado: “1°) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó el fallo de la instancia anterior que había reconocido el derecho de la actora a obtener la jubilación ordinaria bajo el régimen de la ley 18.037 y señaló que los servicios que aquella había prestado entre el 1° de marzo de 1986 y el 20 de agosto de 1991 en la metalúrgica "Franco Rizzato" no podían considerarse como trabajados en relación de dependencia por haber sido cónyuge del dueño. Sin perjuicio de ello, el tribunal ordenó al organismo previsional

que en un plazo de treinta días dictara una nueva resolución sobre la prestación solicitada, a cuyos efectos debía computar el período cuestionado como trabajado por cuenta propia. Contra este pronunciamiento, la parte actora y la ANSeS dedujeron sendos recursos ordinarios, que fueron concedidos y son, en principio, admisibles (art. 19 de la ley 24.463).....3°) Que esta Corte, en su actual composición, no comparte la doctrina sentada en los precedentes de Fallos: 266:202; 276:383; 278:207; 288:375, 292:400, entre otros, según la cual no existiría posibilidad de relación laboral entre cónyuges. En efecto, por una parte en la legislación vigente no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges, ni específica de celebrar contrato de trabajo; por la otra, la independencia de los patrimonios -aun gananciales- de los cónyuges que estableció en primer término la ley 11.357 y perfeccionó la ley 17.711 (arts. 1276 y 1277 del Código Civil) permite perfectamente conciliar sus derechos y deberes en la órbita matrimonial con la relación de dependencia propia del mencionado contrato, que se limita a las actividades de la empresa. Por tanto, si -como en el caso- se acredita la efectiva realización de las tareas y la realización de los correspondientes aportes impuestos por la legislación previsional, no existen motivos para negar la prestación solicitada..” De manera que tampoco se evidencia que se haya infringido flagrantemente la ley, pues como se ha explicado es razonable que se puedan celebrar otros contratos de los expresamente autorizados por el Art. 218 cuando los cónyuges han disuelto la sociedad conyugal, entre ellos el de trabajo. Como se ha indicado, en este caso particular una vez que se ha configurado la separación patrimonial de los cónyuges, se reúnen las condiciones para que dicho contrato exista legalmente, ya que el Art. 8 del Código de Trabajo determina: “Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.” Como se ha verificado de los contratos y de los testimonios rendidos en juicio, existe la relación laboral entre los cónyuges Terence Nuttall Oates (empleador) y la trabajadora (María de Lourdes Carrera Andrade), no solo verificándose que se prestó servicios en relación de dependencia en los periodos observados, sino inclusive desde el año 2008, aspecto que determina que más allá

de que pudiese existir errores contables u omisiones en la declaraciones impositivas del señor Terence Nuttall Oates, que se han rectificado posteriormente, la primacía de la realidad prevalece, ya que se ha demostrado que dicho empleador realiza actividades económicas, además los contratos celebrados e inscritos, no han sido declarados nulos por autoridad judicial alguna y en los mismos se ha establecido una remuneración, subordinación y horario en el que la afiliada realizó actividades personales, en el establecimiento ubicado en la ciudad de Quito Bosmediano E16-19, que es un lugar determinado. De todo lo indicado es claro que la cónyuge María de Lourdes Carrera Andrade prestó sus servicios personales en un lugar determinado bajo una remuneración económica y perdió su autonomía acatando las órdenes de su patrono el señor Terence Nuttall Oates quien si bien es su cónyuge mantiene independencia patrimonial con respecto a su trabajadora. También es claro que, la accionante reconoce que no debía beneficiarse con exoneración de multas, ni intereses por las planillas mal calculadas que pretendió rectificar en los periodos enero 2011 a diciembre de 2012, así como de enero a diciembre de 2015, periodos en los cuales el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS aceptó con anterioridad las afiliaciones con planillas mal declaradas. Por todo lo anteriormente expuesto, evidenciándose que la afiliación de la accionante no es fraudulenta en los términos exigidos por el Art. 80 de la Ley de Seguridad Social, como se ha expresado a lo largo de lo expuesto en esta sentencia este Tribunal Distrital desecha las excepciones de fondo de los demandados y **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** se acepta la demanda planteada por la señora María de Lourdes Carrera Andrade dejando sin efecto el Acuerdo No. 17-1611 CNA de 6 de octubre de 2017 y reestableciendo los derechos de la afiliada se dispone que Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS cobre los aportes consignados con los intereses y multas respectivos. Sin costas, ni honorarios. Notifíquese.- (Acción Subjetiva, impugnación a la declaratoria de afiliación fraudulenta, 2018)