



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La retención ilegal de aportaciones por parte del empleador a
la seguridad social.**

AUTOR:

Castillo Tigse, Andrés Xavier

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

TUTOR:

Palencia Nuñez, Mónica Rosa Irene

**Guayaquil, Ecuador
30 de agosto del 2018**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Castillo Tigse, Andrés Xavier**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____

Palencia Nuñez, Mónica Rosa Irene

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____

Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 30 días del mes de agosto del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
DEL ECUADOR
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Castillo Tigse, Andrés Xavier**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La retención de aportaciones por parte del empleador a la seguridad social**, previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 30 días del mes de Agosto del año 2018

EL AUTOR

f. _____

Castillo Tigse, Andrés Xavier



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Castillo Tigse, Andrés Xavier**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La retención de aportaciones por parte del empleador a la seguridad social**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 30 días del mes de Agosto del año 2018

EI AUTOR:

f. _____
Castillo Tigse, Andrés Xavier

Reporte Urkund

URKUND

Documento	Tesis Andres Castillo.doc (D41052517)
Presentado	2018-08-30 09:15 (-05:00)
Presentado por	maritzareynosodewright@gmail.com
Recibido	maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com
Mensaje	Tesis Andres Castillo Mostrar el mensaje completo

0% de estas 12 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

Lista de fuentes	Bloques	
<input type="checkbox"/>	Categoría	Enlace/nombre de archivo
<input type="checkbox"/>	Fuentes alternativas	
<input type="checkbox"/>	Fuentes no usadas	

Palencia Nuñez, Mónica Rosa Irene

DOCENTE-TUTOR

Castillo Tigse, Andrés Xavier

ESTUDIANTE

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por toda su ayuda y paciencia para poder culminar mis estudios, haciendo un énfasis en mi padre cuya determinación y persistencia fue mi ejemplo para seguir adelante y nunca rendirme.

A mi tutora, Dra. Mónica Palencia Nuñez, por la guía recibida en la realización de este trabajo, sin ella no estaría en esta etapa de mi carrera, mi eterno y total agradecimiento y admiración desde teoría penal.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia, pilar fundamental para obtener este título,
su apoyo incondicional que estoy eternamente agradecido.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

**JOSÉ MIGUEL, GARCÍA BAQUERIZO
DECANO**

f. _____

**MARITZA GINETTE, REYNOSO DE WRIGHT
COORDINADOR DEL ÁREA**

f. _____

**CORINA ELENA NAVARRETE LUQUE
OPONENTE**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**
Carrera: **Derecho**
Periodo: **UTE A-2017**
Fecha: **30 de agosto de 2018**

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado “***LA RETENCIÓN ILEGAL DE APORTACIONES POR PARTE DEL EMPLEADOR A LA SEGURIDAD SOCIAL***”, elaborado por el estudiante ***ANDRES XAVIER CASTILLO TIGSE***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10/10 DIEZ**, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN***.

Dra. Mónica Rosa Irene Palencia Nuñez

Contenido

CAPÍTULO I:	13
1.1 Antecedentes	13
1.1.1 Antecedentes del derecho de Seguridad social	13
1.1.2 Seguridad social en el Ecuador	14
1.1.3 La obligación del Seguro Social	14
1.1.4 Retención ilegal de aportaciones.....	15
1.2 Definición	15
1.2.1 Un posible estado de necesidad se ha discutido como primer punto en los casos de retención o incumplimiento de pago de beneficios laborales por parte de los administradores de una persona jurídica con problemas financieros (Cavero, 2007).....	16
1.2.2 Definición de empleador.....	16
1.2.3 Seguridad social	17
1.3 Elementos	17
1.4 Características.....	19
1.4.1 ¿Cómo pueden coexistir el tipo penal y la realidad social de falta de liquidez empresarial que hace imposible el hecho mismo de la retención y luego, el pago de aportes?	19
1.4.2 ¿Por qué doloso?	20
1.4.3 Sujeto activo del delito	20
1.4.4 Sanción.....	21
1.4.5 Bien jurídico	21
CAPÍTULO II	22
1.5 Problema	22
1.6 Solución.....	23
1.7 Conclusión.....	24
1.8 Recomendación	26
BIBLIOGRAFÍA	27

RESUMEN

La retención ilegal de aportaciones fue tipificada como delito en el Código Orgánico Integral Penal en su publicación el 10 de febrero del 2014; este delito corresponde dentro de los “Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social”. Por lo cual es novedoso en nuestra sociedad, su sanción se encuentra exagerada. Entonces al encontrarme con la poca información en doctrina acerca de este delito, desarrollaré el tema bajo los criterios de los profesionales de Derecho; además de reconocer que es una realidad en nuestra sociedad que hay empleadores que incurrir en este delito como también a la no afiliación de sus empleados. Cabe recalcar que se analizará este delito en el ámbito penal si este cumple como delito en sí. Para mejor explicación, iniciaré presentando la definición y los antecedentes históricos de las aportaciones al Seguro Social y la Institución. Por lo cual es importante mencionar también que uno de los motivos que se dio al tipificar este delito fue por la consulta popular que se dio en el año 2011. Se finalizará con su debida conclusión, dentro de todos los criterios analizados, y aportar en recomendaciones y opiniones personales.

Palabras claves: Retención ilegal, aportaciones, IESS, empleador, trabajador, privación de libertad, sanción pecuniaria, consulta popular.

ABSTRACT

The illegal retention of contributions was classified as an offense in the Organic Comprehensive Criminal Code in its publication on February 10, 2014; This crime corresponds to the "Crimes against the right to work and Social Security". For which it is new in our society, its sanction is exaggerated. Then, when faced with the little information in doctrine about this crime, I will develop the subject under the criteria of legal professionals; In addition to recognizing that it is a reality in our society that there are employers who incur this crime as well as the non-affiliation of their employees. It should be noted that this crime will be analyzed in the criminal sphere if it is a crime in itself. For a better explanation, I will start by presenting the definition and historical background of contributions to Social Security and the Institution. For this reason, it is important to mention that one of the reasons given when typifying this crime was due to the popular consultation that took place in 2011. It will be concluded with its due conclusion, within all the criteria analyzed, and provide recommendations and personal opinions.

Keywords: unlawful detainer, contributions, IESS, employer, worker, deprivation of liberty, pecuniary sanctions and popular consultation.

CAPÍTULO I:

1.1 Antecedentes

1.1.1 Antecedentes del derecho de Seguridad social

Es normal que al investigar acerca de este derecho, no nos vamos a civilizaciones antiguas, sino, modernas; ya que en la antigüedad no se pensaba en la igualdad de derechos, no olvidemos la oscura etapa de la humanidad sobre la esclavitud y el vasallaje. Puesto que, para Sardegna en su obra "Asignaciones familiares y seguridad social" cuenta lo siguiente acerca de la historia de este derecho, iniciando que la expresión "seguridad social" ya fue utilizada por Simón Bolívar en uno de sus discursos cuando definió el sistema de gobierno más perfecto, y que en EEUU, fue empleada en 1935, referida al problema de los desocupados, por la "Social Security Act". Pero este fue solo un tema circunstancial que contenía también algunas tibias disposiciones sobre seguro de vez. En 1938 se ensayó en Nueva Zelandia un primer sistema completo. La Carta del Atlántico de 1941 incorporó esta denominación como un presupuesto básico para "un mejor futuro". En 1942 se realizó a su vez en Santiago de Chile la 1ª Conferencia Interamericana de Seguridad Social, la que originalmente se denominó 1er Congreso Interamericano de "Previsión Social". Al año siguiente, en Montreal, la OIT convocó a la 1ª Reunión de Expertos de Seguridad Social (Sardegna, 1989, pág. 43).

La Declaración de Filadelfia de 1944, que sostiene los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, propicia, por su parte, la extensión de las medidas de Seguridad Social para proveer un ingreso básico a quienes sostienen aquella protección. A la mencionada Declaración de Filadelfia, propiciada por la Carta del Atlántico, adhirieron posteriormente los países americanos en el Acta de Chapultepec, suscripta en 1945. Esta contenía enunciados generales sobre la Seguridad Social (Sardegna, 1989, págs. 43-44).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, entre otros conceptos expresó que *“toda persona tiene derecho a la Seguridad Social al considerarse como miembro de la sociedad”*. Desde ahí se impulsó el derecho a la seguridad social en aplicación en todos los países, tanto así de buscar y crear la mejor manera de un sistema efectivo para la sociedad; pues en el ámbito laboral y en ayuda al trabajador fue ahí donde los Estados buscaron en mejorar la situación real de ellos, creando Instituciones para su debido funcionamiento.

1.1.2 Seguridad social en el Ecuador

Fue en el gobierno del doctor Isidro Ayora Cueva, mediante Decreto N° 018, del 8 de marzo de 1928, que da inicio la seguridad social y se creó la Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa, que se lo conoció como Caja de Pensiones. Pero solo se concedió para los empleados públicos, civiles y militares, los beneficios de Jubilación. Y se vio extendida para los empleados bancarios, no olvidemos que estamos hablando en plena época de la revolución juliana cuando la banca financiaba en su totalidad al Estado y esto ocasiono el descontento de los militares por que el Estado estaba sobre endeudado con la banca privada. Era una realidad que la prioridad la tenía en favor de la banca mas no para el pueblo (IESS, 2018).

1.1.3 La obligación del Seguro Social

Mediante el Decreto Supremo No. 12 se dictó la Ley del Seguro Social Obligatorio y se crea el Instituto Nacional de Previsión, en el año 1935. Su finalidad fue establecer la práctica del Seguro Social Obligatorio, fomentar el Seguro Voluntario y ejercer el Patronato del Indio y del Montubio.

Después de muchas instituciones creadas como la Caja de Pensiones, la Caja del Seguro se logran fusionar llamándose así Caja Nacional del Seguro Social. Pero mediante el Decreto Supremo N° 40 del 25 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial N° 15 del 10 de julio de 1970 se transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social .

1.1.4 Retención ilegal de aportaciones

En nuestro Código Orgánico Integral Penal ya es considerado delito la retención ilegal de aportaciones al seguro social, pero este delito de no aportación fue aprobado por la mayoría de ecuatorianos en la consulta popular del 2011 (CNE, 2011).

Dentro de la consulta popular del 2011, en el cual la campaña del Si fue liderada por el expresidente Rafael Correa, y la campaña del No fue por el también expresidente Lucio Gutiérrez ; fue consultada en la pregunta 10 que se realizó el 07 de mayo de 2011: “¿Está usted de acuerdo con que la Asamblea Nacional, sin dilaciones dentro del plazo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, a partir de la publicación de los resultados del plebiscito, tipifique como infracción penal la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de los trabajadores en relación de dependencia?”, los resultados en general fue en victoria de la campaña de Rafael Correa y específicamente en esta pregunta con 4´146.640. Se creó un nuevo Código Orgánico Integral Penal donde aparecen delitos no antes tipificados como los “Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social”

1.2 Definición

La definición legal de las retenciones ilegales de las aportaciones lo encontramos en el COIP:

“Art. 242.- Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La retención de aportes patronales o personales o la generación de descuentos por rehabilitación en servicios, préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS, en plazo de noventa días, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

(...) Si hubiera responsabilidad, la sanción es la clausura de sus locales, hasta que cancele los valores adeudados.”

(Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014, pág. 93)

1.2.1 Un posible estado de necesidad se ha discutido como primer punto en los casos de retención o incumplimiento de pago de beneficios laborales por parte de los administradores de una persona jurídica con problemas financieros (Cavero, 2007)

1.2.2 Definición de empleador

Ahora se procederá con la definición de empleador, por lo que nos ubicaremos en el Código de Trabajo.

“Art. 10.- Concepto de empleador.- La persona o entidad, (...) de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, es considerado como empresario o empleador.

El Estado, otras instituciones y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Así mismo las Industrias, la Empresa de Ferrocarriles del Estado y los cuerpos de bomberos (...)” (Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la PGE, 2013, pág. 3).

A fin de salvaguardar los derechos del trabajador, el sistema jurídico ha establecido que el empleador y sus representantes sean solidariamente responsables en sus relaciones con sus trabajadores.

El no dificultar a los trabajadores el poder acceder a un mejor estilo de vida gozando de los servicios del Seguro Social, siendo este una de las garantías fundamentales del Estado.

Para el caso de los deberes frente al Seguro Social dicha solidaridad implica que el IESS pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones, inclusive por la

vía coactiva, al empleador directamente o a sus representantes, o a todos ellos conjuntamente. ¹

1.2.3 Seguridad social

El profesor Jean Jacques Dupeyroux (1967) en su obra *Sécurité Sociale*, define a la seguridad social en los siguientes términos:

“La previsión social se asentaba en un fundamento conmutativo que protege al trabajo de la persona y que genera prestaciones correlativas para aportar a los trabajadores según su Seguro Social respectivo. Mientras que la seguridad social es la necesidad que tiene la persona de un sistema que garantice un mínimo social sin atenerse a los aportes que realiza a las instituciones” (pág. 74).

Encontramos definiciones de carácter doctrinario como Sainz García (2008) que indica: “Es la más alta expresión de la solidaridad humana entre los trabajadores” (pág. 31) y como las que enuncian Ruiz Moreno en su cita a Pasco (1999) indicando: “La seguridad social engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad que garantiza protección a quienes formen parte de ella, en casos en donde no se puede cubrir con los costos de los riesgos sufridos” (pág. 57).

Por lo que una vez mencionadas las definiciones de diferentes autores, se podría decir que este concepto jurídico que además es un derecho del trabajador, garantiza la protección para sus beneficiarios, pero para ello es necesario la retención debía para poder proceder con los recursos necesarios que ofrece.

1.3 Elementos

Adentrándonos en el ámbito penal, en el antiguo código penal ecuatoriano no se encontraba tipificado como delito tales retenciones ilegales, ni peor aún la no afiliación al IESS. Por lo que a través de la consulta popular ya fue tipificado en el nuevo COIP; es raro ver, en mi opinión, si ya desde el año

¹ Ley de Seguridad Social, artículo 75

1935 el seguro social toma el carácter de obligatoriedad, pero no había sanción alguna ni mucho menos que este tipificado en el código penal.

Por lo que los empleadores nunca afiliaban a sus empleados y si los afiliaba ellos retenían el aporte y los depositaba a la institución debida muy tarde, que en ocasiones el trabajador al momento de solicitar los beneficios correspondientes no constaba de ellos por la no aportación que el empleador tenía que hacer. ¿Por qué no se los sancionaba? Por la falta de tipicidad del acto. Para una mejor explicación, continuaré que elementos del delito son los que no se cumplía y por ende no se podría sancionar al empleador:

Los elementos del delito² son:

- Acción
- Tipo
- Antijurídico
- Culpable

La teoría del delito, en palabras de Conde y García (2004), es " aquel sistema categorial clasificadorio y secuencial que surge del concepto de acción sobre los diferentes elementos esenciales comunes de donde puede aparecer un delito" (pág. 205). Fue modificándose a través de las diferentes escuelas clásicas; por lo que es esencia analizar cada elemento si estas se cumplían antes del COIP.

El acto de retener dichos pagos de los trabajadores lo realiza quien es el encargado de los pagos, que puede ser el contador, el jefe de área o el mismo empleador; entonces en aquella época el acto si se daba por estos sujetos.

Ahora el tipo penal en el antiguo código penal no se encontraba tipificado como tal, por ende ya faltando un elemento del delito no se podría llegar a una sanción penal a sujeto activo. Dentro de la antijurídica no hay autoridad de la ley para sancionar por lo que no es culpable el sujeto.

² (Loor, 2011, pág. 12)

En la actualidad en el COIP si encontramos tipificado en el artículo 242, hay un juicio negativo que en contra del ordenamiento jurídico; entonces es reprochable el acto sancionándolo con pena privativa de libertad.

1.4 Características

Estamos ante un delito que posee las siguientes características:

- Es de carácter doloso
- El actor debe manejar los pagos de los empleados
- Sanción de privación de libertad
- Bien jurídico protegido es la seguridad social

Estas características son a base de mi propio análisis del artículo 242 del COIP asemejando con los elementos del delito, por lo que reitero es de mi propia autoría.

1.4.1 ¿Cómo pueden coexistir el tipo penal y la realidad social de falta de liquidez empresarial que hace imposible el hecho mismo de la retención y luego, el pago de aportes?

El tipo penal que es la retención ilegal de aportaciones, va de la mano con coartar el derecho que tiene el trabajador para poder gozar de su derecho constitucional de la seguridad social, la cual es una obligación de los empleadores con sus subordinados hacer los aportes que señala la ley.

Los objetivos que tiene la seguridad social son asegurar las prestaciones económicas, asistenciales de riesgos de los trabajadores, su familia y la comunidad. La ley de seguridad social unifica los criterios, la gestión y la prestación de los servicios complementarios y la ampliación de su cobertura a toda la población (Garrido, 2015, pág. 23).

La falta de liquidez empresarial podría ser la causa por la cual una empresa deje de existir cuando una compañía no tiene la capacidad para hacer frente a sus obligaciones y compromisos financieros en corto plazo eso es la iliquidez (Alvarez, 2015).

Esta falta de dinero a corto plazo no quiere decir que no tenga los activos suficientes para pagar en un futuro pero sí, que por esta iliquidez no podría

pagar al seguro social la afiliación, ni tampoco pagar los sueldos y por ende que suceda la retención del porcentaje del trabajador. Al darse este caso no podría configurarse el tipo penal ya que no habría una retención ilegal y con esto no se encuadraría la conducta antijurídica por la cual podría ser juzgado dicho delito, pudiendo coexistir la falta de liquidez sosegadamente con el tipo penal.

1.4.2 ¿Por qué doloso?

Pues es evidente en la forma textual del artículo que castiga a la persona que retenga y no deposite al IESS, y además se extiende a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; por lo cual una persona jurídica deba actuar por medio de su representante o socios o quienes tengan la facultad de depositar dicho valor, todo esto para percibir mayor beneficio tanto del empleador o la compañía, incluso la ley mismo castiga si los valores de las remuneraciones son modificadas.

1.4.3 Sujeto activo del delito

Para ser sancionado por este artículo, es necesario que el sujeto activo del delito maneje los pagos de los empleados; estos pueden ser: el mismo empleador, el gerente de la compañía o el contador. No necesariamente el empleador quien piensa que sus empleados de confianza que están realizando las veces del empleador ejerciendo su representación realizando los pagos normalmente y reteniendo el porcentaje a los trabajadores y no pagándolos.

El empleador por su desconocimiento del tema confía en que estos pagos se realicen con normalidad al IESS y no tendría responsabilidad por esas aportaciones impagas y mucho menos que se le impute un delito.

Pruebas

¿Qué pruebas podría mostrar el trabajador ante la Fiscalía?, podría el empleado con un rol de pagos actualizado en el cual conste que se encuentra impago en sus aportaciones al IESS, pedir que se inicie una investigación, pero con esto no se demuestra que hubo la retención ilegal de

las mismas, pero puede dar indicios al fiscal para determinar si la falta de esos valores se dieron por una retención ilegal o por factores exógenos a su voluntad.

1.4.4 Sanción

Su sanción es la privación de libertad del responsable del delito, por lo que en mi opinión esto no debe ser así, porque se estaría violando la constitución en su artículo 66 que no hay privación de libertad por deudas. Ya que a pesar de que exista una retención ilegal el IESS ya tiene otros mecanismos que se dan al incurrir en la mora patronal, que por el incumplimiento del pago de aportes al IESS se le imponen multas y otros mecanismos para hacer exigible la obligación del pago.

1.4.4.1 ¿En qué momento la retención se vuelve ilegal?

La retención de aportaciones se vuelve ilegal cuando hay el ánimo de sustraer el porcentaje del sueldo del trabajador, y realizando el pago con el respectivo descuento de dicho porcentaje y simulando que se hace con normalidad el ejercicio del rol de pago, en el cual muestra que se realiza los pagos al IESS con normalidad, es decir debe producirse un engaño hacia el trabajador haciéndolo pensar que la retención de su sueldo es para cumplir con el porcentaje que él debe aportar al seguro social.

1.4.5 Bien jurídico

El bien jurídico protegido es la Seguridad Social y como lo menciona Sarderghna que la seguridad social tiene un fin propio que es la protección del bienestar del trabajador y familia, trata de proteger la vida de la sociedad, por lo que es el bien apreciado en proteger (Sardegna, 1989).

Procedí por las características que arroja el artículo 242 del COIP para su análisis debido, mas no significa que estoy de acuerdo con la creación y aplicación que se da este artículo, por lo que procederé con el siguiente CAPÍTULO sustentando el porqué del problema y además con la debida solución, conclusión y recomendación que corresponde.

CAPÍTULO II

1.5 Problema

El problema que existe en este mal llamado “delito a la seguridad social” contenido en el COIP, es que se da una pena de uno a tres años por una deuda con la seguridad social, siendo que el tipo penal requiere que haya existido una “Retención legal y luego de esta se haya convertido en ilegal”. Si no hubo, por falta de dinero, ni siquiera retención, menos aún se puede hablar de “ilegal” y en este caso sería inconstitucional perseguir por la deuda ya que no hay prisión por deuda según la carta magna y se da una pena parecida a la mínima del homicidio culposo el cual es de 3 a 5 años, ¿acaso una deuda vale más que una vida?

“CRE Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen:

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.” (2008, pág. 47)

Como vemos en el artículo 66, numeral 29, literal C, la única excepción que se aprecia es en el caso de las pensiones alimenticias, entonces sería una antinomia al respecto entre el artículo que priva la libertad del empleador, que es el artículo 242 del COIP contrastado este artículo de la Constitución ya mencionado.

Además de lo antes mencionado, aparte de pagar la deuda que va seguir con el IESS tendrá una multa que se encuentra en el artículo 70 del COIP el cual nos dice que las penas de uno a tres años pagaran 10 salarios básicos unificados, esto es algo desproporcionado.

“Art. 70.- Aplicación de multas.- Se aplicará a las infracciones consideradas en el presente artículo la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones:

6. (...) En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años se aplicará la multa de cuatro a diez salarios básicos unificados del trabajador en general” (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2014, pág. 51).

Por lo visto, es una novedad jurídica ya que no tiene mucho tiempo en nuestra legislación y no se ha escrito realmente sobre este tema y los alcances que podría tener en un abuso del derecho por parte del Estado y del aparente afectado ya que no se dimensiona la magnitud que puede llegar a tener si se utiliza de una mala manera este supuesto delito que con anticipación se lo trata con las glosas que debe pagar dentro del IESS; por lo que en los siguientes subtemas, al igual que este, será desarrollado desde mi criterio tomando en cuenta las definiciones, características, elementos de diferentes autores al respecto ya analizados.

1.6 Solución

Normalmente tras producirse el hecho de que un empleador no pague las aportaciones en su debido momento, hay una solución al respecto, que lo encontramos el delito en el artículo 242 del COIP, que ya fue mencionada en el CAPÍTULO anterior, en concordancia tenemos el artículo 21 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS

“Art. 21.- De las sanciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal.- Presentar reclamos al IESS las cuales tengan que ver con delitos o contravención tipificada según COIP, los servidores (...) a través de la Dirección Provincial pondrán en conocimiento de las autoridades competentes (...)” (Presidente Constitucional de la República del Ecuador, 2016).

Por lo cual la sanción de privación de libertad que menciona el artículo 242 del COIP, no estoy de acuerdo, ya que no existe prisión por deuda; es notoriamente inconstitucional y a mi parecer para poder dilucidar que es una norma que debe ser derogada o reformada ya que no tiene una proporcionalidad con el supuesto delito que se comete y se debe entender la razón por la cual se llegó a estos extremos, así como el impacto que tiene en la contratación por parte del sector empresarial.

Es verdad que en la práctica, hablando en experiencia personal, es una realidad que se vive hoy en día; por lo que el legislador tuvo, a mi opinión, mano dura contra el empleador. Es normal ver en un Estado Socialista que se lo castiga con rigurosidad al inversionista, al hombre capitalista por su abuso en contra de los obreros, pero en este caso al aplicar dicha sanción, estamos en frente de una inconstitucionalidad al privarle la libertad por una deuda al IESS.

Con una ley que se castigue la falta de aportación hacia el trabajador, mas no perseguir al empleador como un delincuente que podría ser inintencionado por parte del empleador y más bien ser culpa de departamentos de la empresa como recursos humanos o su contador que haga los pagos.

1.7 Conclusiones

En base a lo expuesto podemos concluir que:

- a) Nuestra actual constitución salvaguarda en beneficio de los trabajadores el derecho a la seguridad social, y lo hace dándole el valor de elemento trascendental del denominado “régimen del buen vivir”
- b) El ordenamiento infra constitucional (COIP) sanciona la retención ilegal de aportaciones al seguro social, así como también la falta de afiliación por parte del empleador en una relación laboral, lo cual denota el afán del legislador de adecuar formal y materialmente el ordenamiento legal a los derechos, preceptos y principios establecidos en la constitución, puesto que al haberse tipificado como

infracción penal la falta de afiliación o la retención ilegal de las correspondientes aportaciones no se ha hecho otra cosa que procurar el salvaguardar, en beneficio del trabajador, el derecho constitucional a la seguridad social a través de la disuasión que engloba la amenaza de una pena.

- c) Por otro lado vemos que, frente a esta justa protección en favor del trabajador, se genera una suerte de choque entre lo aparente y la realidad que en ocasiones le toca atravesar a determinados empleadores.

Y decimos “lo aparente” con el ánimo de resaltar el hecho de que en ocasiones se tiene a idealizar –en especial si se trata de personas jurídicas- a que existe retención ilegal de las aportaciones por parte del empleador por la sola circunstancia de que este no los entrega al IEES, sin determinar el *porqué* de la falta de entrega oportuna de esas aportaciones.

Así, pusimos en contraposición a la aparente retención de aportaciones con las situaciones fortuitas de iliquidez que en ocasiones afectan al empleador y a todo el círculo laboral o empresarial que lo rodea, no pudiendo cumplir no por una deliberada y maliciosa decisión, sino simple y llanamente por el hecho de carecer del suficiente circulante financiero para hacerlo, no pudiendo en estos casos pretender una temeraria responsabilidad penal a título de una “supuesta retención ilegal de aportaciones”.

- d) Es de destacar que nuestra actual constitución expresamente prohíbe la prisión por el no pago de una deuda (derecho de libertad).

Entonces, si ponemos en contraposición ambas posiciones, es obvio que existe una inconstitucionalidad al respecto, ya que la Constitución del Ecuador es la Norma Suprema frente al Código Orgánico Integral Penal; por lo cual es injusto el castigo que se le impone al empleador, su representante o quien tenga la facultad de realizar dichos pagos al IEES.

Por lo tanto, la sanción que priva la libertad es al empleador ya que las denuncias siempre recaen hacia a él, por lo que en atención a lo que se ha venido sosteniendo, este articulado debe ser derogado, y ser reemplazado con una sanción pecuniaria. No olvidemos que esto fue motivado por la consulta popular, fue el pueblo mismo que acepto esto, sin saber la inconstitucionalidad que se provocaría.

1.8 Recomendación

Reconozco que se crearon estos delitos laborales por la voluntad del pueblo ecuatoriano mediante la consulta popular del año 2011, pero también es evidente la inconstitucionalidad del caso, las recomendaciones que haría sobre esta ley es que debe pasar por un proceso de reforma, cambiando así con una sanción pecuniaria, mas no de libertad.

O en última instancia una derogación para poder rehacerla y que no se afecte la libertad individual, violentado la constitución en su artículo 66 en el cual nos dice que no hay prisión por deudas.

A la vez, propongo que la sanción pecuniaria aumente cada vez que haya reiteración, y más aún si es con el mismo trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINAL

- CNE. (2011). *CNE, resultados de la consulta*. Obtenido de <http://web.archive.org/web/20170116131636/http://app2.cne.gob.ec/resultados/Resultadosn.aspx>
- Conde, F. M., & García, M. (2004). *Derecho Penal. Parte General, 6.ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Dupeyroux, J. (1967). *Derecho Sécurité Sociale, Deuxième édition*. París : Dalloz.
- EDLE. (2012). *Régimen de la Seguridad Social, Tomo I*. Quito: Ediciones Legales.
- IESS. (17 de 01 de 2018). *Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quienes somos*. Obtenido de <https://www.iess.gob.ec/es/inst-quienes-somos>
- Loor, F. (2011). *Fundamentos de derecho penal moderno Tomo II*. Quito: CEP.
- Ruíz, A. (1999). *Nuevo Derecho de la Seguridad Social, CAPÍTULO V. "La Seguridad Social en México, su Origen y su Desarrollo"*. México DF: Ed. Porrúa.
- Sainz, R. (2008). *Diez años de reformas a la Seguridad Social en México*. México DF: Ed. Grupo Parlamentario del PRD Cámara de Diputados Congreso de la Unión LX.
- Sardegna, M. (1989). *Asignaciones familiares y seguridad social*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

LEGAL

Código de Trabajo. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 167, el 16-dic.-2005

Constitución de la Republico del Ecuador. Publicado en el Registro Oficial 449, el 20-oct.-2008

Código Orgánico Integral Penal. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 180, el 10-feb.-2014

Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador.*

Obtenido de

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

Dirección Nacional de Asesoría Jurídica de la PGE. (2013). *CÓDIGO DEL*

TRABAJO. Obtenido de [http://www.trabajo.gob.ec/wp-](http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/CODIGO-DEL-TRABAJO-1.pdf)

[content/uploads/2015/03/CODIGO-DEL-TRABAJO-1.pdf](http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/CODIGO-DEL-TRABAJO-1.pdf)

Presidente Constitucional de la República del Ecuador. (2016). *Registro*

Oficial No.687- Lunes 15 de Agosto de 2016. Obtenido de

[https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2016/08/registro-](https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2016/08/registro-oficial-no-687--lunes-15-de-agosto-de-2016)

[oficial-no-687--lunes-15-de-agosto-de-2016](https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2016/08/registro-oficial-no-687--lunes-15-de-agosto-de-2016)

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Castillo Tigse, Andrés Xavier**, con C.C: # 0930828512 autor del trabajo de titulación: **La retención ilegal de aportaciones por parte del empleador a la seguridad social**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 30 de Agosto del 2018

f. _____

Nombre: **Castillo Tigse, Andres Xavier**

C.C: **093082851-2**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La retención ilegal de aportaciones por parte del empleador a la seguridad social		
AUTOR(ES)	Andrés Xavier, Castillo Tigse		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Mónica Rosa Irene, Palencia Nuñez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	30 de agosto del 2018	No. DE PÁGINAS:	30
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Laboral, Seguridad Social, Derecho Penal, Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Retención ilegal, aportaciones, IESS, empleador, trabajador, privación de libertad, sanción pecuniaria, consulta popular, seguridad social.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

La retención ilegal de aportaciones fue tipificada como delito en el Código Orgánico Integral Penal en su publicación el 10 de febrero del 2014; este delito corresponde dentro de los "Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social". Por lo cual es novedoso en nuestra sociedad, su sanción se encuentra exagerada. Entonces al encontrarme con la poca información en doctrina acerca de este delito, desarrollaré el tema bajo los criterios de los profesionales de Derecho; además de reconocer que es una realidad en nuestra sociedad que hay empleadores que incurrir a este delito como también a la no afiliación de sus empleados. Cabe recalcar que se analizará este delito en el ámbito penal si este cumple como delito en sí. Para mejor explicación, iniciaré presentando la definición y los antecedentes históricos de las aportaciones al Seguro Social y la Institución. Por lo cual es importante mencionar también que uno de los motivos que se dio al tipificar este delito fue por la consulta popular que se dio en el año 2011. Se finalizará con su debida conclusión, dentro de todos los criterios analizados, y aportar en recomendaciones y opiniones personales.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-9394124841	E-mail: ancastillo1991@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute De Wright, Maritza Ginette	
	Teléfono: +593-994602774	
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com	
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		