



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD E
IGUALDAD EN EL ARTÍCULO 243 DEL COIP, AL TIPIFICAR
LA NO AFILIACIÓN AL IESS POR PARTE DE UNA PERSONA
JURÍDICA.**

AUTOR:

Roa Paladines Croswel Oswaldo

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

TUTOR:

Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.

Guayaquil, Ecuador

09 de febrero del 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **ROA PALADINES, CROSWEL OSWALDO**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

TUTOR

f. _____
AB. PAOLA TOSCANINI SEQUEIRA, MGS.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
LYNCH FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL

Guayaquil, a los 09 días del mes de febrero del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Roa Paladines, Croswel Oswaldo

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD E IGUALDAD EN EL ARTÍCULO 243 DEL COIP, AL TIPIFICAR LA NO AFILIACIÓN AL IESS POR PARTE DE UNA PERSONA JURÍDICA**, previo a la obtención del título de **ABOGADO 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 09 días del mes de febrero del año 2020

EL AUTOR

f. _____
Roa Paladines, Croswel Oswaldo



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

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

AUTORIZACIÓN

Yo, Roa Paladines, Croswel Oswaldo

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD E IGUALDAD EN EL ARTÍCULO 243 DEL COIP, AL TIPIFICAR LA NO AFILIACIÓN AL IESS POR PARTE DE UNA PERSONA JURÍDICA**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 09 días del mes de febrero del año 2020

EL AUTOR:

f. _____
Roa Paladines, Croswel Oswaldo

REPORTE DE URKUND

The screenshot displays the Urkund web interface. The browser address bar shows the URL: <https://secure.orkund.com/old/view/53752691-324838-821692#DcYxDoAgDAXQu3T+MVActFzFMBiikKEWRuPc>. The interface includes a navigation menu with 'Inicio - URKUND' and 'D55243695 - TESIS ROSWEL ROA PALADINES'. The main content area shows document details: 'Documento: TESIS ROSWEL ROA PALADINES.doc (D55243695)', 'Presentado: 2019-09-03 11:48 (-05:00)', 'Presentado por: rosa.hernandez02@cu.ucsg.edu.ec', 'Recibido: taryn.almeida.ucsg@analysis.orkund.com', and 'Mensaje: ROA PALADINES. Mostrar el mensaje completo'. A summary indicates '4% de estas 18 páginas, se componen de texto presente en 5 fuentes.' On the right, a 'Lista de fuentes' table lists the sources with their categories and file names.

| Categoría | Enlace/nombre de archivo |
|-----------|---|
| | TESIS.unida.docx |
| 100% | Art. 73. Inscripción del afiliado y pago de aportes. El empleador está obligado, bajo su respons... |
| 100% | seguridad social. |
| 100% | Art. 89. Interés y multas por mora patronal. La mora en el envío de aportes, fondos de reserva ... |
| 100% | Art. 34- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y s... |

TUTOR

f. _____
Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.

EL AUTOR:

f. _____
Roa Paladines, Croswel Oswaldo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS CARRERA DE DERECHO
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. _____

Dr. José Miguel García Baquerizo, Mgs.

DECANO

f. _____

Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.

COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

Ab. María Paula Ramírez Vera, Mgs.

OPONENTE

ÍNDICE

| | |
|---|------|
| CERTIFICACIÓN | ii |
| DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD | iii |
| AUTORIZACIÓN..... | iv |
| REPORTE DE URKUND | v |
| TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN | vi |
| ÍNDICE | vii |
| RESUMEN | viii |
| ABSTRACT..... | ix |
| INTRODUCCIÓN | 2 |
| CAPITULO I..... | 3 |
| 1. ANTECEDENTES | 3 |
| 1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL | 4 |
| 1.2. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD..... | 6 |
| 1.3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD | 6 |
| 1.4. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO | 7 |
| 1.5. EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL | 8 |
| 1.6. LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGACIONES Y CONTRAVENCIONES..... | 10 |
| CAPITULO 2 | 13 |
| 2. TRAMITE ADMINISTRATIVO EN SEGURIDAD SOCIAL | 13 |
| 2.1. ANALISIS DEL ARTICULO 243 COIP | 21 |
| CONCLUSIONES | 24 |
| RECOMENDACIONES | 26 |
| BIBLIOGRAFÍA | |

RESUMEN

El presente trabajo se basa en un análisis objetivo del artículo 243 de nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), el mismo que establece sanción para las personas jurídicas que incurran en la no afiliación de sus dependientes al Seguro Social, lo que conlleva a que se realice una investigación al respecto, puesto que en nuestro país existe una Ley encargada de regular todo lo referente a Seguridad Social, donde se incluyen las infracciones a su articulado. Por una parte intentamos demostrar que éste artículo viola dos derechos fundamentales, como son el de la lesividad y el de igualdad, ya que mientras el COIP, trata de manera diferente a dos personas (natural y jurídica), imponiendo distintas sanciones por la misma infracción, la investigación se encamina a demostrar finalmente que el mencionado artículo no debería existir en el articulado del COIP, o debería ser reformado.

Palabras Claves: Constitución, Derecho Penal, Seguridad Social, Lesividad, Igualdad, Debido Proceso, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

ABSTRACT

This work is based on an objective analysis of article 243 of our Organic Integral Criminal Code (COIP), which establishes a sanction for legal persons who incur in the non-affiliation of their dependents to Social Security, which leads to conduct an investigation in this regard, establish that in our country there is a Law in charge of regulating everything related to Social Security, which includes violations of its articles. On the one hand, we try to demonstrate that this article violates two fundamental rights, such as that of injury and equality, since while COIP treats two people differently (natural and legal), imposing different criticisms for the same violation, The investigation is aimed at finally demonstrating that the mentioned article should not exist in the COIP article, or should be reformed.

Keywords: Constitution, Criminal Law, Social Security, Injury, Equality, Due Process, Ecuadorian Social Security Institute.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación, se enmarca en un tema muy poco considerado dentro del análisis y crítica jurídica, pero que reviste de mucha importancia, sobre todo porque a diario nos encontramos ante éste tipo de infracciones cometidas no solo por personas jurídicas sino también por personas naturales, y que no siempre o quizás nunca son conocidos por los juzgados penales del país.

Y es que, en nuestro país se han establecido tanto la ley de Seguridad Social, como algunos Órganos de Reclamación Administrativa, así también el Reglamento General de Responsabilidad Patronal; justamente para conocer, resolver, y, sancionar la falta de afiliación por parte de los empleadores, ya sean éstos persona natural o jurídica.

Para establecer el propósito mismo del presente trabajo, que es determinar la violación por parte del Art. 243 del Código Orgánico Integral Penal de dos principios fundamentales en materia jurídica, como son la Lesividad e Igualdad; los cuales se los analiza tratando de determinar con claridad cuáles son sus funciones, importancia y aplicación; así también se analizan conceptos fundamentales en cuanto a la seguridad Social, y sobre todo se pone énfasis en lo referente al trámite administrativo que la ley de seguridad Social y sus órganos competentes da a la falta de afiliación, entendiendo éste hecho como una infracción meramente de materia administrativa.

Ya en el campo Penal se analiza brevemente el COIP, y se orienta la investigación de manera concreta al Art. 243 del mismo cuerpo legal, haciendo referencia directa al hecho de la violación de los prenombrados principios sosteniendo jurídicamente ésta tesis. Para finalmente terminar con las conclusiones y recomendaciones.

CAPITULO I

1. ANTECEDENTES

Ciertamente, el Art. 243 materia de esta investigación ha generado algún grado de inquietud, tanto en juristas como en investigadores, siendo tema para realizar trabajos de investigación para alcanzar algún Título a nivel de educación Superior, inclusive se han considerado para esto los artículos 242 y 244 del COIP que tratan sobre infracciones a la Seguridad Social; sin embargo estas investigaciones se las realiza desde una perspectiva completamente diferente a la que propongo, puesto que si bien y como ha sido demostrado el artículo 243 al establecer sanciones que ya con la Ley de Seguridad Social aplicada por los Organismos competentes, tratada desde el plano netamente administrativo, ya ha generado automáticamente las sanciones para quienes incurren concretamente en la falta de afiliación de sus dependientes por parte de las personas jurídicas.

En tal virtud y para no abundar en consideraciones ya tratadas y expuestas por aquellos investigadores, me permito señalar únicamente como antecedentes de esta investigación dos hechos fundamentales:

1. En el Ecuador, la Seguridad Social ha tenido una evolución de muchos años, hasta convertirse en lo que hoy por hoy es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Así vemos que en el año de 1935 mediante El Decreto Supremo N° 12, se dicta la Ley del Seguro Social Obligatorio, contando además con la creación del Instituto Nacional de Previsión como el órgano superior del seguro Social, el mismo que empieza a funcionar desde el 1° de mayo del año 1936, fecha que marca el inicio también del Servicio Médico del Seguro Social, como parte del Instituto Nacional de Previsión.

Ejercer el Patronato del Indio y el Montubio fue una de sus finalidades, así como la de fomentar el seguro voluntario y establecer la Obligatoriedad del Seguro Social; ya para el año 1937 se empieza una serie de reformas, incrementando algunos beneficios como es el Seguro de Enfermedad, el Departamento Médico, se aprueban los Estatutos de la Caja del Seguro de Empleados y Obreros, naciendo así la Caja del seguro Social, el mismo que alcanza su autonomía en ese mismo año.

En julio de 1942 se expide la nueva Ley del Seguro Social Obligatorio, mediante Decreto N° 1179, con lo cual se empieza a afianzar en nuestro país la presencia del seguro Social;

En el año 1964, se establece el Seguro de Riesgos del Trabajo. En 1968 se establece un plan piloto del Seguro social campesino. En 1970, se transforma la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En el año 2001, se publica la Ley de Seguridad Social.

2. El 7 de mayo del 2011, mediante consulta popular se aprobó la criminalización para la conducta de falta de afiliación al seguro social, pregunta nro. 10 constante en la consulta, que decía lo siguiente:

¿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?

Esta pregunta se aprobó con mayoría de votación a favor, de ésta manera se criminalizó así esta conducta de los empleadores frente a sus dependientes que no son afiliados al IESS.

1.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Debemos partir por definir que es un bien jurídico, para ello consideraremos a éste como el bien cuya protección es el objeto sustancial de las Leyes, así lo sostiene Franz Von Liszt:

Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. (Liszt, 1999)

Vale la pena mencionar también a Zaffaroni quien manifiesta: “(...) la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación,” (Zaffaroni, 2022)

Entendido el Estado como el ente garantizador de derechos individuales o colectivos de las personas, y la Seguridad Social como uno de los Derechos Sociales de mayor relevancia, consagrado en los diversos cuerpos legales de nuestro país, especialmente consideraremos lo postulado en nuestra Carta Magna

Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo. (Constituyente, 2008)

Como podemos ver el Estado se constituye en un elemento vital para hacer efectivo el pleno goce de éste derecho, y utilizará para ello toda la estructura pública diseñada ya sea para el control, administración y sanción en todo lo relacionado al acceso a la Seguridad Social, cuyo principio fundamental es el de la Obligatoriedad, siendo que ningún trabajador en estado de dependencia laboral pueda estar exento de obtener los beneficios básicos para de ésta manera satisfacer sus necesidades en cuanto a salud, riesgos de trabajo, jubilación, vivienda, seguro campesino, etc.

Es fundamental de la misma manera considerar que el trabajador en general, pasa de ser un ente que genera una necesidad de asistencia por parte de su empleador o del Estado, y se convierte en un verdadero portador de derechos, cuyos principios claramente expresados en la Constitución de la República genera además una inevitable interrelación con otros preceptos consagrados constitucionalmente como parte del régimen del Buen Vivir, como son el derecho a una vida digna, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y una remuneración justa, el derecho a la igualdad, etc.

1.2.EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El principio de lesividad señala que para que una conducta se configure como delito, primero debe de existir un daño a un bien jurídico legalmente protegido, es en cierto modo una condicionante para la Ley penal, y para que ésta pueda establecer cuando una conducta es punitiva, que a decir de muchos tratadistas viene a ser la esencia del Derecho Penal.

(Beccaria, 2015) no hablaba directamente de la lesividad, pero, hacía referencia a que la medida válida para establecer la gravedad de una conducta punible sería evidenciar el daño que ésta causa a la sociedad.

Cabe señalar así mismo que la Ley Penal no prioriza el castigar todas las conductas que en principio se muestren como un acto antijurídico o inmoral, puesto que existen algunas condiciones a ser observadas para que éste sea considerado punible y merecedor de una sanción penal. El principio de lesividad dicho en otras palabras se constituye en una herramienta constitucional encaminada a establecer límites y ejercer un control sobre el poder punitivo de un estado para aplicar sanciones, garantizando la vigencia de un Estado de Derecho sólido.

Cuando dimensionamos la lesión o el peligro del bien jurídico protegido por una norma, éste deberá ser de tal grado que amerite verdaderamente la actuación del Derecho Penal de manera que aquellos actos que no produzcan grave lesividad material dan origen entonces al principio de insignificancia, el mismo que particulariza aquellas afectaciones insignificantes de un bien jurídico que no constituyen una lesividad relevante.

1.3.EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La Constitución de nuestro país establece lo siguiente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(.....) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad

cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Constituyente, 2008)

La Corte ha identificado dos facetas claramente marcadas: La igualdad formal, o ante la ley, y la igualdad material o real; para efectos de lo que atañe a ésta investigación se considerará prioritariamente a la primera, determinando en ese contexto sencillamente que la Ley debe ser aplicada para todos por igual, al momento de juzgar de manera paritaria dos situaciones con circunstancias iguales. Así podemos afirmar que éste principio de igualdad ante la Ley está diseñado para evitar acciones injustas al ejercer la administración de justicia.

En tal virtud, éste derecho requiere que los jueces apliquen y tutelen la norma jurídica, de acuerdo a la Constitución y demás leyes en todos los casos evitando la discriminación y velando además que se cumpla a cabalidad la decisión dictaminada.

1.4.EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un hecho jurídico de vital importancia en todo proceso penal, y es visto por muchos juristas como un medio que garantiza la seguridad jurídica de todos los sujetos procesales. Debemos entonces empezar conociendo la definición del vocablo PROCESO, que viene del latín processu que significa seguir adelante, el mismo que aplicado al Derecho es hacerlo o sustanciarlo, pasando por todas las etapas que establece el proceso penal, hasta llegar a la sentencia.

La Constitución de la república acerca del Debido Proceso manifiesta:

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán

efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Constituyente, 2008)

Varios pensadores jurídicos la definen de la siguiente manera: “En términos concretos, podrá decirse que el debido proceso es el conjunto de derechos y garantías que protegen a la persona de los posibles excesos o riesgos de abuso o desbordamiento de la autoridad del Estado” (Vaca, 2001).

Así, el Derecho Procesal Penal encargado de establecer los pasos a seguirse para una eficiente aplicación del derecho sustantivo penal, debe ceñirse a los siguientes principios: Simplicidad, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad, y economía procesal, con el único propósito de garantizar todos los derechos de las partes procesales, y otorgar a éstos las garantías del debido proceso; con lo cual la administración de justicia gozará de gran prestigio ante la opinión pública.

El derecho al debido proceso permite ejercer a plenitud los anhelados derechos a la defensa, a la presunción de inocencia, a la igualdad de todas las personas ante la ley; constituyéndose sin lugar a dudas en el pilar fundamental de la administración de justicia.

1.5.EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

Nuestro país se ha convertido en un Estado Constitucional y cuenta con un cuerpo legal que garantiza una protección efectiva a las personas, dentro de un proceso penal. Surge el Código Orgánico Integral Penal, ante la necesidad de solventar las falencias evidenciadas en los códigos anteriores, y en atención de las condiciones de una sociedad evolucionada, incorporando nuevas figuras como son el femicidio, pánico económico, sicarito, usura, captación ilegal de dinero, tortura, el tráfico de emigrantes, trata de personas, mala práctica profesional, terrorismo, delincuencia organizada, entre otras.

Ninguna persona podrá ser juzgada por un Juez que no sea competente lo que constituye una verdadera garantía de neutralidad e imparcialidad. A sí mismo los procesos que incluyan presentación y contradicción de prueba, se llevará a cabo por el sistema oral, como parte del debido proceso; no se podrá juzgar a nadie fuera de las normas pre existentes y de acuerdo a su propio procedimiento; nadie podrá ser

juzgado por un acto u omisión que no se encuentre tipificado como una infracción penal.

Un principio que debemos tomar muy en cuenta para efectos de esta investigación es aquella que determina el caso de conflictos entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aunque esta haya sido promulgada después de la infracción; o en su defecto en caso de existir duda se aplicará la sanción en el sentido más favorable al acusado

Es importante también considerar algunos artículos de este Código por cuanto su contenido facilitará comprender hacia donde conduce esta investigación jurídica, así podemos mencionar: “Art. 18.- Infracción penal. - Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (Nacional, 2014)

Es evidente en el artículo que antecede que la infracción penal debe reunir estas claras condiciones para que un acto sea considerado como punible. De otro lado en necesario incluir en este análisis el siguiente artículo: “Art. 22.- Conductas penalmente relevantes. - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables” (Nacional, 2014).

Con ello establecemos una clara necesidad de relevancia penal en el acto a juzgar. El Código establece cuales son los actos que por su relevancia merecen una sanción de tipo Penal: “Art. 25.- Tipicidad. - Los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes” (Nacional, 2014).

El ánimo y la intención al momento de ejecutar el acto tienen mucho que ver para ser considerado o no como una infracción penal: “Art. 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño” (Nacional, 2014).

La culpa se define por una omisión de la conducta de vida para prever y evitar el daño, ya sea por imprudencia, por negligencia, por impericia o inobservancia de obligaciones y reglamentos: “Art. 27.- Culpa. - Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código” (Nacional, 2014).

Uno de los principios que más luces nos da para encaminar esta investigación al objetivo que se pretende es el que estipula: “Art. 3.- Principio de mínima intervención. - La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea

estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (Nacional, 2014).

De acuerdo al artículo que antecede es muy importante considerar por parte del legislador la incidencia que debe tener el hecho de observar este principio al momento de establecer cuales actos deben ser considerados y tipificados dentro del Código Orgánico Integral Penal; para evitar el incurrir en errores como lo estableceremos en su momento dentro del proceso de elaboración de esta investigación jurídica.

1.6.LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL OBLIGACIONES Y CONTRAVENCIONES

La Ley del Seguro Social actúa en base a algunos principios rectores, según lo que dispone el Art. 1, dentro de los cuales destacamos los siguientes:

Art. 1.- Principios Rectores. - El Seguro General Obligatorio forma parte del sistema nacional de seguridad social y, como tal, su organización y funcionamiento se fundamentan en los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad y suficiencia.

Para efectos de la aplicación de esta Ley:

(.....) Obligatoriedad es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio. (Nacional C. , 2001)

Art. 18.- Principios de organización. El IESS estará sujeto a las normas del derecho público, y regirá su organización y funcionamiento 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.

Autonomía. La autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, la ejercerá el IESS a través del Consejo Directivo,

mediante la aprobación de normas técnicas y la expedición de reglamentos y resoluciones que serán de aplicación obligatoria en todos los órganos y dependencias del Instituto. (...) (Nacional C. , 2001)

En el Capítulo Dos, por su parte, encontramos que dentro de la organización de IESS, en lo referente a la estructura orgánica; destacamos principalmente lo que estipulan los siguientes artículos: “Art. 19.- Normas básicas. El IESS administrará directamente las funciones de afiliación, recaudación de los aportes y contribuciones al Seguro General Obligatorio y, a través de las direcciones especializadas de cada seguro, administrará las prestaciones que le corresponde otorgar” (Nacional C. , 2001). “Art. 22.- Órganos de reclamación administrativa. Son órganos de reclamación administrativa, responsables de la aprobación o denegación de los reclamos de prestaciones planteados por los asegurados:

- a. La Comisión Nacional de Apelaciones; y,
- b. La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias” (Nacional C. , 2001).

En el Capítulo ocho encontramos algunas particularidades que nos servirán de insumos para analizar y formular el objeto mismo de ésta investigación, dentro de ello ponemos énfasis en el siguiente artículo:

Art. 73.- Inscripción del afiliado y pago de aportes. El empleador está obligado, bajo su responsabilidad y sin necesidad de reconvenición, a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días, con excepción de los empleadores del sector agrícola que están exentos de remitir los avisos de entrada y de salida, acreditándose el tiempo de servicio de los trabajadores. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con el Reglamento General de Responsabilidad Patronal. El empleador dará aviso al IESS de la modificación del sueldo o salario, la enfermedad, la separación del trabajador, u otra novedad relevante para la historia laboral del asegurado, dentro del término de tres (3) días posteriores a la ocurrencia del hecho. (Nacional C. , 2001)

Art. 89.- Interés y multas por mora patronal. La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios

entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos. (Nacional C. , 2001)

Art. 90.- Bloqueo de fondos de entidades públicas y retención. Si el fisco y los demás organismos y entidades que integran el sector público, incurrieren en mora en la remisión de aportes, fondos de reserva y más descuentos al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el Contralor General del Estado, a solicitud del IESS, ordenará el bloqueo de fondos y la inmediata retención y entrega al Instituto de una cantidad igual al monto de la liquidación que, conjuntamente con la solicitud, presentará éste. Esta medida no obstará el derecho del IESS a perseguir el cobro de lo adeudado mediante la acción coactiva. (Nacional C. , 2001)

Las acciones que quedan indicadas solamente se interrumpirán si tales entidades suscribieren convenios de purga de mora patronal, debidamente garantizados.

Art. 91.- Convenio de purga de mora patronal. - El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social podrá celebrar convenios de purga de mora patronal con los empleadores que, por razones de fuerza mayor debidamente comprobada, se hallaren imposibilitados de pagar aportes y fondos de reserva. Estos convenios expresarán el capital adeudado en dólares de los Estados Unidos de América a la fecha de la liquidación de las obligaciones y, con sus respectivos intereses y más recargos legales, Podrán cancelarse en el plazo que establezca el Consejo Directivo mediante el reglamento correspondiente. (Nacional C. , 2001)

CAPITULO II

2. TRAMITE ADMINISTRATIVO EN SEGURIDAD SOCIAL

Como ya hemos visto en el análisis breve que hemos realizado, de cada uno de los aspectos jurídicos que considero son base preliminar para demostrar aquello que nos motiva a elaborar ésta investigación, y que en el presente capítulo al tratar el trámite administrativo que da el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, amparado en la Ley de Seguridad Social de nuestro país, y en el siguiente, dejaré claramente plasmado desde mi óptica la tesis sobre la vulneración de los principios de Lesividad e Igualdad en el artículo 243, el cual considero no debe constar el articulado del Código Orgánico Integral Penal.

Empezaremos por establecer la autonomía que le otorga la Constitución de la república al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: “Art. 370.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados” (Constituyente, 2008)

Dicha autonomía se regula en la Ley de Seguridad Social, donde se establece por ejemplo en el artículo 6 literal (e) la facultad para sancionar ciertos actos con respecto a los empleadores

Art. 6.- Regulación de las contribuciones y las prestaciones. El Reglamento General de esta Ley definirá, para cada clase de riesgos, las coberturas y exclusiones de cada una de las contingencias amparadas por el Seguro General Obligatorio, los montos de los beneficios, mínimos y máximos, y los porcentajes de aportación sobre la materia gravada, con sujeción a los siguientes criterios:

(.....) e. Se establecerán incentivos para el pago oportuno y suficiente de las aportaciones, y se penalizarán la mora, la evasión y la subdeclaración. (Nacional C. , 2001)

Es pertinente también considerar lo que establece en el siguiente artículo:

Art. 16.- Naturaleza jurídica. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa,

técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto indelegable la prestación del Seguro General Obligatorio en todo el territorio nacional. (Nacional C. , 2001)

Pues bien, por otro lado, habíamos señalado que la Ley de Seguridad Social establece los órganos de reclamación administrativa, es decir que prevé darle un trato netamente administrativo tanto a al funcionamiento, como a las sanciones por las distintas infracciones que cometan afiliados o empleadores;

Art. 22.- Órganos de reclamación administrativa. Son órganos de reclamación administrativa, responsables de la aprobación o denegación de los reclamos de prestaciones planteados por los asegurados:

a. La Comisión Nacional de Apelaciones; y,

b. La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias. (Nacional C. , 2001)

En el artículo 73 de la misma Ley claramente se determina que la falta de inscripción o afiliación al dependiente por parte de su empleador, será sancionada de acuerdo al Reglamento General de Responsabilidad Patronal, nótese que se menciona al empleador sin diferenciarlo como persona natural o jurídica.

Es en base a esa autonomía que le faculta la Constitución, que el IESS a través de sus órganos realiza el control absoluto en todo lo relacionado a la seguridad Social, incluyendo las sanciones a todos los tipos de infracciones para ello ha creado un sin número de Reglamentos, Resoluciones, Manuales, etc. Mediante las cuales actúa y funciona de manera autónoma e independiente.

Para ejecutar éste cuerpo normativo el IESS ha creado una estructura administrativa completamente organizada, así por Orden jerárquico la máxima Autoridad de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Seguridad Social viene a ser el Consejo Directivo, luego la Dirección General, y las Direcciones Provinciales.

Así mismo el artículo 21 de la misma Ley establece el funcionamiento de cuatro Direcciones especializadas, que son: La Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar; La Dirección del Sistema de Pensiones; La Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo; y, la Dirección del Seguro Social Campesino. Y como ya lo habíamos mencionado anteriormente, el artículo 22 señala como Órganos de Reclamación Administrativa a la Comisión Nacional de Apelaciones, y, La Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias; existiendo

otros órganos más pero que son de control interno, por lo tanto, no los vamos a mencionar.

A lo largo de la Historia, se han dictado algunas Resoluciones, por parte del hoy Consejo Directivo en calidad de máxima autoridad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, sin embargo, nos vamos a centrar en algunas de ellas que quizás sean hoy por hoy las más importantes por su vigencia y aplicación actual, y es por su continua aplicación que se han convertido en la normativa base para las actividades de control, vigilancia, sanción, y, funcionamiento.

Es necesario realizar un análisis breve pero objetivo de la Resolución 516, Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la misma que en su artículo 1 establece con claridad cuál es su ámbito de aplicación, y, quienes están obligados a aplicarlo, así menciona a empleadores, afiliados, jubilados, derechohabientes y demás beneficiarios; incluyendo en éste grupo a los funcionarios del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; estableciendo, además que su objeto es el regular las políticas, procedimientos, procesos, y directrices de la gestión de afiliación, aseguramiento, inspección en seguridad social; además en temas como recaudación y cartera, de las obligaciones con el Instituto de Ecuatoriano de Seguridad Social. (Directivo, 2016)

En el artículo 2 destacamos lo establecido para Las Comisiones Provinciales de Prestaciones y Controversias y la Comisión Nacional de Apelaciones quienes conocerán y resolverán las impugnaciones y apelaciones de los asegurados o sus derechohabientes; y además las presentadas por el empleador en materia de sus derechos y obligaciones; así como aquellas presentadas de oficio por personeros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Vamos notando en cuanto tiene que ver con los empleadores que el IESS tiene competencia directa tanto con sus derechos como con sus obligaciones, entendiéndose dentro de éstas la de afiliar a todos sus dependientes.

En el Artículo 12 de ésta Resolución, podemos notar la existencia de un Registro de empleadores, el misma que se lo administra a través de la página web institucional www.iess.gob.ec, asignándose a cada uno una clave de acceso. Es en el numeral 1, y, 1.1 del artículo 13 donde se hace mención de las personas jurídicas, pero sin diferenciarlas de las naturales, en cuanto a sus obligaciones y responsabilidades, otorgándoles más bien igual trato. Igualmente.

En el artículo 15 se refiere tanto a las personas naturales como a las jurídicas, enunciando que la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura, establecerá el procedimiento administrativo que debe seguirse para los casos de falta de registro del empleador, señala además al representante legal de las personas jurídicas como responsables de las actividades de tipo laboral de las mismas.

En el artículo 17, establece con claridad que el IESS mantendrá un registro histórico, y que, para el caso de las personas jurídicas, constarán sus representantes legales siendo además que éstos no estarán libres de responsabilidades generadas en su periodo de gestión, así sea modificado o actualizado el registro de empleadores. (Directivo, 2016)

En el artículo 19, se determina que el registro de entrada o salida de un afiliado, es de absoluta responsabilidad de su empleador, y ya establece una sanción estipulada en el 4% de la aportación causada, por la última remuneración imponible de cada afiliado, y será a cargo del empleador. Mientras que en el artículo 20, con respecto al cobro de las multas, detalla que la Dirección Nacional de Afiliación y Cobertura generará planillas por concepto de multas por aviso de entrada extemporáneos, y señala como término de tiempo para su pago hasta los 145 días del mes siguiente. (Directivo, 2016)

En el artículo 104, se establece la designación de inspectores legalmente facultados para realizar labores de asesoramiento técnico, normativo, manejo del portal web, realizar inspecciones y verificaciones a los empleadores y sujetos de protección, con respecto al cumplimiento de sus obligaciones ante el IESS. Los artículos 112 y 113, tratan sobre la imposición de sanciones y el procedimiento para hacerlo.

Pero es el artículo 114 el que señala ya un medio de reclamación de índole administrativo, el mismo que se deberá presentar ante el Director provincial de la jurisdicción correspondiente, y detalla los requisitos que ésta debe reunir, los mismos que deben ser claros y precisos, e indicar los nombres y apellidos del reclamante, número de cédula de identidad, dirección domiciliaria, número de teléfono, correo electrónico, y, los nombres y apellidos de la persona contra quien se realiza el reclamo, debiendo además señalar la dirección física o electrónica a donde se le va a notificar y los documentos correspondientes. (Directivo, 2016)

Una vez presentado el reclamo, ya sea el Coordinador o responsable de la Unidad Provincial de Afiliación y Control Técnico, en un término de tres días deberá

verificar que el reclamo cumple con los requisitos establecidos y asignará un servidor para que tramite el mismo, si se verifica que no está completo, se solicitará que se complete el mismo en un término de tres días, en caso de no hacerlo se archivará el reclamo y se notificará al reclamante. (Directivo, 2016)

Así mismo se señala que el Director Provincial deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar el debido proceso, como también los derechos y obligaciones de las partes. Sobre el procedimiento administrativo a aplicar, se especifica en el artículo 116, donde otorga al funcionario tres días para verificar en el sistema informático si en verdad el reclamante no ha sido afiliado en el tiempo estipulado en el reclamo, para luego en el término de tres días más, proceder a notificar a quien se reclama.

La persona contra quien se reclama, tendrá que contestar adjuntando los documentos de descargo, en el término de tres días, donde el empleador se podrá allanar al reclamo o caso contrario el funcionario podrá inclusive realizar una investigación in situ; luego de lo cual procederá a elaborar un informe con fundamentos de hecho y de derecho y su conclusión sobre el reclamo presentado, anexando todos los documentos, contando para ello cinco días, luego de lo cual el Jefe de la Unidad o Grupo de Trabajo, quien podrá negar o aceptar el reclamo, debiendo comunicar a las partes.

Si se acepta la reclamación, el Jefe de la unidad, aprobará el ingreso de la información y la novedad en el Portal Institucional, en calidad de planilla sólo por el periodo en mora, para que Gestión de Cartera efectúe el cobro, de acuerdo a la normativa vigente, lo cual será comunicada a las partes.

En el artículo 117, de la Resolución determina que, todas la cuestiones y reclamaciones con respecto a las prestaciones o beneficios que brinda el IESS, y además de los derechos y obligaciones tanto de afiliados como los de los empleadores, se conocerán y resolverán por los Órganos de Reclamación Administrativa. Además, el artículo 119 señala que el control de Gestión y Recaudación de Cartera estará a cargo del Director Provincial, acorde a su jurisdicción.

En los artículos del 122 y 123, se establecen la manera de calcular los intereses por mora, en el pago de las obligaciones. Ya en el artículo 132, se establece la manera para impugnar el Acto Administrativo y/o la Glosa, para lo cual señala que, dentro de los ocho días desde la notificación, el Empleador o asegurado, podrá

impugnar por escrito, ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, adjuntando los documentos que sustenten dicha impugnación; la Comisión, dentro de los 30 días, desde la recepción de la reclamación deberá resolver.

Esta apelación suspende la emisión de Título de Crédito, hasta que exista una resolución por parte de la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias; ésta resolución podrá ser apelada ante la Comisión Nacional de Apelaciones, dentro del término de tiempo de 8 días, luego de lo cual ésta resolución causará estado en instancia administrativa; sin perjuicio de que el interesado acuda directamente ante la instancia contenciosa administrativa donde automáticamente quedará extinta la vía administrativa.

Por su parte en el artículo 137, establece que el deudor que se encuentre en mora por el pago de aportes, fondos de reserva o responsabilidad patronal, en calidad de glosas y títulos de crédito, antes del sorteo, podrá hacer pagos parciales de las obligaciones, dentro de dos hasta veinticuatro meses. Para el convenio de pagos parciales de dos hasta doce meses el deudor deberá relizar una solicitud a través del sistema. (Directivo, 2016)

En cambio para el convenio de pagos parciales de trece a veinticuatro meses, deberá presentar la solicitud en físico debidamente motivada y dirigida al Director Provincial de acuerdo a su jurisdicción, pidiendo la autorización para suscribir el convenio por más de 12 meses, ello las personas naturales, empleadores domésticos y afiliados sin relación de dependencia deberán estar en mora por un valor superior a cuatro Salarios Básicos, mientras que las personas jurídicas deberán estarlo por un valor superior a veinte y cinco Salarios Básicos. (Directivo, 2016)

Adicional a todo esto, ésta Resolución faculta la posibilidad de suscribir convenios de purga de mora patronal, incluido la posibilidad de aceptar hipotecas de inmuebles con la finalidad de garantizar el pago de las obligaciones con un plazo de hasta siete años.

Así mismo, conforme dispone el artículo 287 de la ley de Seguridad Social, el IEES es una entidad investida de jurisdicción coactiva, y corresponde al Director Provincial actuar en calidad de Juez de Coactiva, quien iniciará directamente el proceso coactivo contra las personas naturales o en el caso de personas jurídicas, será contra sus representantes legales. (Directivo, 2016)

Este procedimiento coactivo se inicia con la emisión del auto de pago y la correspondiente citación, y se ejercerá no solo en contra del obligado principal sino

también contra todos los obligados conforme lo previsto en la Ley de Seguridad Social. Bajo la responsabilidad del Director Provincial, se legalizarán los títulos de crédito los mismos que se agruparán por número de cédula de identidad y/o RUC a fin de consolidar las obligaciones de un solo deudor.

En el artículo 150, se establece que una vez consolidados los Títulos de Crédito y debidamente legalizados, se realizará de inmediato un sorteo equitativo, debiéndose asignar a un mismo abogado los Títulos de un mismo obligado moroso para su recuperación dentro de un plazo de 180 días. Luego de lo cual podrá asignarse a algún abogado externo o interno en la Dirección Provincial.

Si el empleador llegare a cancelar el Título de Crédito antes del sorteo, no se cobrará honorarios profesionales, gastos administrativos, ni costas judiciales. En caso de que los Títulos de Crédito correspondan a las Instituciones del Sector Público, Embajadas, Consulados, Organismos Internacionales o similares, serán asignados a profesionales de la Institución, debiendo la Entidad obligada, cancelar el 4% sobre el valor de capital, por concepto de gastos administrativos de esta gestión.

También se establece algunas solemnidades a considerarse, como son la Citación, la que debe realizarse ya sea de manera personal o a través de tres boletas que serán dejadas en el domicilio del deudor o en la empresa previniéndole de la obligación de pago y de señalar correo electrónico, domicilio judicial y/o casillero electrónico para futuras notificaciones; cuando sea imposible determinar la individualidad o residencia del coactivado, se lo citará por la prensa, de conformidad con la legislación que regula la materia.

En el artículo 154 podemos ver que se dispone que el Juez de Coactiva dictará el Auto de Pago con medidas cautelares de conformidad con la Ley de Seguridad Social, Ley Orgánica de Defensa de Derechos Laborales, leyes y normas aplicables, la misma que contendrá la orden de cobro inmediata y dispondrá a cada uno de los obligados principales, paguen o dimitan bienes en el término de tres días desde su citación, advirtiéndoles que de no hacerlo, sus bienes serán embargados por el valor de la deuda y demás rubros que demande esta acción. (Directivo, 2016)

En el Auto Inicial se ordenará las medidas preventivas y cautelares aplicables de conformidad con lo previsto en el Artículo 290 de la Ley de Seguridad Social, en concordancia con la legislación que regula la materia y más normas vigentes.

Así mismo se establece la posibilidad de que existan errores ya sea por inobservancia o acciones estrictamente administrativas imputables al IESS, las mismas que pueden ser las siguientes:

- a) Falta de notificación de la glosa;
- b) Incumplimiento del debido proceso;
- c) Cancelación total de la obligación, antes que se emita el título de crédito;
- d) Duplicidad de obligaciones;
- e) Cuando se emita el título de crédito, al tiempo de conocer la impugnación o apelación.
- f) Inobservancia o falta de aplicación de Resoluciones o Acuerdos, dictados por los órganos competentes en sede administrativa, relacionados con el mismo coactivado.
- g) Error en el cálculo de la determinación de la obligación, debidamente verificado.

Sin perjuicio de la determinación de casos de error evidente, el IESS se reserva el derecho de ejercer las acciones administrativas y judiciales que sean del caso. (Directivo, 2016)

En el artículo 160 se señala la dimisión de bienes, esto es una vez citado con el Auto de Pago, el Deudor puede pagar o en su defecto dimitir bienes; para este último caso, el Juez de Coactiva, a su juicio, se reservará la facultad de aceptar o no dicha dimisión.

El artículo 161, detalla que a falta de pago el Juez podrá ordenar la retención de fondos en cuentas o depósitos que se mantengan en el sistema financiero o de otros créditos a favor del deudor, así como también se puede dar el embargo de bienes muebles de propiedad del coactivado para lo cual se designará un Depositario Judicial quien deberá rendir caución y podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

En cuanto al dinero que sea embargado será depositado en la cuenta del IESS máximo hasta las veinte y cuatro horas. De acuerdo al artículo 162 se podrán también realizar embargos de bienes inmuebles para lo cual en el acta de embargo se especificará su ubicación, linderos, superficie, plantaciones, construcciones y toda información relevante a fin de que se identifique perfectamente el bien. - Luego de lo cual el Juez de Coactiva solicitará oficialmente al Registrador de la Propiedad de la jurisdicción correspondiente la inscripción de los inmuebles embargados.

Una vez practicado el embargo y dentro del término de tres días se ordenará que se realice el avalúo de los bienes embargados mediante peritos que serán profesionales calificados en la Superintendencia de Bancos, debiendo presentar un informe en el término de ocho días.

El trámite posterior va encaminado directamente al remate para lo cual se realizarán las publicaciones de los avisos por tres oportunidades dentro de un término de ocho días y con un intervalo de ocho días entre publicación y publicación, se establecerá así mismo un término de ocho días posterior a la última publicación para que tenga lugar al remate.

En el artículo 169 se establecen consideraciones tales como las posturas para el remate y en el artículo 170 habla de las deducciones del producto del remate estableciéndose que en caso de existir valores excedentes servirán para cancelar otras obligaciones pendientes de pago por parte del deudor como caso contrario se emitirá una nota de crédito a favor del coactivado siguiendo un proceso adecuado para su devolución.

En caso de que el Juez mediante providencia declare la imposibilidad de cobro de las obligaciones patronales mediante el procedimiento coactivo, el Director Provincial dispondrá que con la intervención del Asesor Jurídico de la Institución proceda a realizar la acción de insolvencia verificando que no exista ya una declaración judicial de insolvencia, contra el mismo deudor.

Finalmente el artículo 180 señala el castigo de la mora patronal, esto es en casos de que se considere totalmente cobrables por la insolvencia declarada de deudores y garantes.- Este castigo tiene la finalidad de prohibir al deudor o responsable solidario a cogerse a cualquiera de las prestaciones y beneficios del Seguro Social, debiendo a demás retenerse pensiones jubilares, fondos de reserva y cesantía, hasta cubrir el monto de las obligaciones en mora.- Estas sanciones se levantarán luego de haberse cancelado la obligación que las causó. (Directivo, 2016)

2.1.ANALISIS DEL ARTICULO 243 COIP

Artículo 243.- Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica.- En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliar a uno o más de sus trabajadores al

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado. (Nacional A. , 2014)

El Código Orgánico Integral Penal, para el caso de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica señala en su artículo 243 que aquellos que no cumplan con la obligación constitucional de afiliarse obligatoriamente a un trabajador se impondrá la intervención por parte de la entidad de control, indicándose además que será por el tiempo necesario, a fin de precautelar los derechos de sus trabajadores, imponiéndose así mismo una multa de tres a cinco salarios básicos unificados, por cada uno de los empleados que no hayan sido afiliados.

En este contexto podemos observar que nuestro Código Integral Penal particulariza en este artículo a la persona jurídica como el causante de la infracción a la que se va a sancionar, notándose además que se menciona a estas dándoles la categoría de empleadores, que para mi concepto no difiere de ninguna forma de la categoría de empleador que pueda tener una persona natural, por lo tanto se rompe el principio de igualdad; puesto que si bien la persona natural puede ser sujeta a una sanción de manera personal y directa, no hay que olvidar que las personas jurídicas tienen sus representantes legales o administradores, que vienen a ser los mentalizadores y ejecutores de todas las actividades que se realizan interna y externamente.

Por otro lado, no se justifica el hecho de que para las personas jurídicas se establezcan una sanción económica y para las personas naturales por la misma infracción se establezcan una pena privativa de tres a siete días; por cuanto las dos figuras tienen la misma calidad de empleadores.

Al momento de aplicar el principio de lesividad que, es uno de los principales en materia penal, se puede notar que si bien es cierto la falta de afiliación al Seguro Social lesiona un bien jurídico protegido y consagrado en la Constitución de la República, esta lesión no es de gravedad ni de tal peligro como para que sea tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, más aun si consideramos el

principio de la mínima intervención Penal y de última ratio, ya que para éste mismo tipo de infracción existe el proceso administrativo que se ejecuta a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y que se lo hace de manera directa, utilizando medios de aseguramiento del cobro y garantizando el derecho de los trabajadores.

Así también es necesario considerar lo establecido en el artículo 22 del COIP, en el que se determina que es necesario que un hecho para que sea punible debe tener una relevancia penal; ante lo cual considero que siendo la afiliación un acto administrativo, carente de una marcada relevancia penal, cuyo tratamiento debe dársele desde el ámbito netamente administrativo, cuyo fin no sea el de castigar un acto, sino el de garantizar el goce de un derecho constitucional.

CONCLUSIONES

Luego de realizar la investigación, que antecede, he podido llegar a establecer algunas conclusiones con respecto al artículo 243 del Código Orgánico Integral Penal:

Existe un Órgano Instituido por la Constitución y la Ley, encargado de regular todo lo relacionado con la Seguridad Social en nuestro país, es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; el mismo que goza de un funcionamiento autónomo, tanto administrativa como financieramente, el mismo que tiene la capacidad jurídica para que de manera administrativa realice el control, seguimiento, sancionar, regular, y, hacer cumplir la Ley de Seguridad Social.

Hemos visto de manera teórica acerca de los principios tanto de Lesividad como el de Igualdad; los mismos que a mi criterio son violados en el artículo 243 del COIP, por cuanto la no afiliación al Seguro Social, por parte de una persona jurídica o natural, no es otra cosa que la omisión de un acto meramente administrativo, que si bien se puede establecer que vulnera un derecho de todo trabajador, o que pone en peligro un bien jurídico protegido en la Constitución de la república, este peligro no es de tal relevancia como para tipificarlo.

Éste artículo no tiene las mismas características que las tiene por ejemplo el artículo 242 del COIP, puesto que no es lo mismo el hecho de no afiliar, que el hecho de retener de manera injustificada el dinero que se le descuenta al dependiente para supuestamente realizar los aportes al IESS, ahí podemos evidenciar el dolo y La culpa plena, la lesividad y el acto antijurídico.

Por otro lado no veo la razón de abarcar la misma infracción cometida por parte de personas jurídicas con personas naturales en dos artículos diferentes, violando el principio de igualdad, puesto que tienen diferente tipo de sanción, la una de carácter económico y la otra con sanción privativa de la libertad, pues si analizamos a fondo veremos que la persona jurídica es representada por algún administrador o representante legal y que sobre éste recae toda la responsabilidad de las acciones u omisiones en el plano administrativo ya sea internamente o externamente, por lo tanto sería el que debe ser juzgado con el mismo tipo de sanción que se establece para las personas naturales.

Al analizar el trámite administrativo que da el IESS, a través de sus diversos organismos a todos los temas relacionados con la Seguridad Social, especialmente a lo que hace referencia a las infracciones por falta de inscripción o afiliación, vemos en primer lugar que éste no hace distinción entre ambas figuras, es decir no le da trato diferente a las personas naturales y a las jurídicas, más bien en el caso de las jurídicas, establece directamente la responsabilidad a sus representantes legales, dándole así un poco más de lógica a su accionar. Igualmente, cuando se refiere a éstos como empleadores les otorga la misma categoría, responsabilidades, obligaciones y derechos.

Así mismo, concluyo que el IESS, posee un vasto cuerpo normativo, con el cual puede conocer y resolver cualquier tipo de conflicto entre empleadores y dependientes, así como está en condiciones de hacer prevalecer nuestros derechos en materia de Seguridad Social a todos los ecuatorianos; puesto que además tiene en su normativa los mecanismos administrativos, con la suficiente carga coercitiva como para imponer el cumplimiento cabal de la Ley de Seguridad Social, a través de sus procesos de investigación, juzgamiento y sanciones.

La incorporación de éste artículo, surge no de un análisis jurídico, sino más bien de una propuesta de tipo política, mediante consulta popular, por lo que, al ser una decisión del pueblo mediante votación, queda la duda sobre su legalidad.

RECOMENDACIONES

Al llegar a finalizar ésta investigación, la misma que se ha basado en conceptos netamente normativos, sobre éste tema que muy poco se lo ha tratado, más allá de los diferentes criterios de otros investigadores, quienes con fundamento jurídico han conseguido de demostrar sus tesis; pues también yo he tenido ese propósito de demostrar la realidad de mi tesis personal, en el sentido de que el artículo 243, viola dos importantes principios como son el de Lesividad e Igualdad, al momento que propone una sanción penal por la falta de afiliación por parte de una persona jurídica.

Mis recomendaciones se basan en hechos sumamente prácticos, pues creo que por todo lo tratado en ésta investigación, el artículo 243 del Código Orgánico Integral Penal, no cumple una verdadera función jurídica de garantía de derechos, ya que por sí solo vulnera el derecho de ser igual ante la ley y recibir el mismo trato en hechos similares, por lo tanto, éste artículo debería ser derogado o a su vez reformado.

La reforma la propongo, por cuanto si el deseo del legislador es el de mantener en el COIP incorporado la sanción por la falta de afiliación, debería establecerse que las personas naturales o personas jurídicas, éstas a través de sus representantes legales, serán sancionados por cometer esa infracción con la imposición de tal o cual multa, sin discriminación ni trato diferente.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial. Obtenido de https://www.tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Beccaria, C. (2013). *Tratado de los delitos y de las penas: Precedida de una noticia sobre Beccaria*. México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Constitución de la República del Ecuador. Suplemento del Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008.
- IESS. (2016). Consejo directivo del IESS C.D. 516. Quito Ecuador. Recuperado de <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/C.D.%20516.pdf>
- Ley de Seguridad Social, publicada en Registro Oficial Suplemento 465 de 30-nov2001. Última modificación: 10-feb-2014. Recuperado de <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/11/LEY-DE-SEGURIDADSOCIAL.pdf>
- Vaca Andrade, R. (2001). Manual de Derecho Procesal Penal. Cuenca Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho Penal* (4ta Edición). Recuperado de <https://www.marcialpons.es/libros/tratado-de-derecho-penal/9788429013450/>
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2011). *Manual de Derecho Penal: Parte general*. Recuperado de [https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20\(Ed%202%202006\)%20\(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20(Ed%202%202006)%20(1).pdf)



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Roa Paladines, Croswel Oswaldo**, con C.C: # 0602094880 autor del trabajo de titulación: **VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LESIVIDAD E IGUALDAD EN EL ARTÍCULO 243 DEL COIP, AL TIPIFICAR LA NO AFILIACIÓN AL IESS POR PARTE DE UNA PERSONA JURÍDICA**, 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, 9 de febrero del 2020

f. _____

Nombre: **Roa Paladines, Croswel Oswaldo**

C.C: **0602094880**

| REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA | | | |
|---|--|-----------------------------|-----------|
| FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN | | | |
| TEMA Y SUBTEMA: | Violación de los principios de lesividad e igualdad en el artículo 243 del COIP, al tipificar la no afiliación al IESS por parte de una persona jurídica | | |
| AUTOR(ES) | Croswel Oswaldo Roa Paladines | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs. | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS | | |
| CARRERA: | DERECHO | | |
| TITULO OBTENIDO: | ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 9 de febrero de 2020 | No. DE PÁGINAS: 35 | 36 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | DERECHO PENAL, SEGURIDAD SOCIAL, PRINCIPIOS DEL DERECHO | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Constitución, Derecho Penal, Seguridad Social, Lesividad, Igualdad, Debido Proceso, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT: | | | |
| <p>El presente trabajo se basa en un análisis objetivo del artículo 243 de nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), el mismo que establece sanción para las personas jurídicas que incurran en la no afiliación de sus dependientes al Seguro Social, lo que conlleva a que se realice una investigación al respecto, puesto que en nuestro país existe una Ley encargada de regular todo lo referente a Seguridad Social, donde se incluyen las infracciones a su articulado. Por una parte intentamos demostrar que éste artículo viola dos derechos fundamentales, como son el de la lesividad y el de igualdad, ya que mientras el COIP, trata de manera diferente a dos personas (natural y jurídica), imponiendo distintas sanciones por la misma infracción, la investigación se encamina a demostrar finalmente que el mencionado artículo no debería existir en el articulado del COIP, o debería ser reformado.</p> | | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-72606814 | E-mail: croswelr@yahoo.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):: | Nombre: Ab. Toscanini Sequeira Paola María, Msc. | | |
| | Teléfono: +593-999570394 | | |
| | E-mail:paola.toscanini@cu.ucsg.edu.ec paolats77@hotmail.com | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |