



Organización
Internacional
del Trabajo

► Informe de análisis de la coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el IESS

► OIT Países Andinos

ECUADOR 

► **Informe de análisis de la coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el IESS**

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2022
Primera edición 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a rights@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En www.ifrro.org puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

Informe de análisis de la coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Ecuador: OIT / Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2022. 104 pp.

ISBN:9789220368039 (versión impresa)

ISBN: 9789220368046 (versión web pdf)

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información sobre las publicaciones y los productos digitales de la OIT, visite nuestro sitio web: ilo.org/publns.

Impreso en Ecuador

Advertencia

El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de nuestra Organización.

Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma. En tal sentido y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español *o/a* para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a mujeres y hombres.

El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Programa de Asistencia Técnica para la Seguridad Social (PATSS) que la OIT brinda al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) en Ecuador. El documento se lo ha realizado en coordinación con la Unidad de Política Social del Departamento de Protección Social de la Sede de la OIT en Ginebra, Suiza. La supervisión del trabajo estuvo a cargo de Pablo Casalí, Especialista en Seguridad Social, David Jaramillo y Fabián Vallejo, Oficiales Nacionales de la Oficina de la OIT para los Países Andinos, así como de Maya Stern-Plaza, Oficial de Estándares legales de Protección Social y Luisa Carmona, Oficial Jurídico, ambas de la Unidad de Política Social del Departamento de Protección Social de la Sede de la OIT. La ejecución del documento estuvo a cargo de Mónica Vinuesa Flores, consultora externa de la OIT.

► Índice

Acrónimos	ix
Introducción	1
I. Estado de situación de la legislación aplicable	4
<hr/>	
A. Constitución de la República del Ecuador	4
B. Instrumentos internacionales	4
C. Ley de Seguridad Social	7
II. Análisis de coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el IESS respecto de los principios constitucionales que rigen el derecho a la seguridad social	12
<hr/>	
A. Coherencia normativa respecto del principio de universalidad	13
B. Coherencia normativa respecto de los principios de solidaridad y equidad	28
C. Coherencia normativa respecto del principio de obligatoriedad	39
D. Coherencia normativa respecto del principio de subsidiaridad	46
E. Coherencia normativa respecto del principio de sostenibilidad	50
F. Coherencia normativa respecto del principio de suficiencia	53
G. Coherencia normativa respecto del principio de eficiencia	62
H. Coherencia normativa respecto del principio de transparencia	66
I. Coherencia normativa respecto del principio de participación	72
Conclusiones	76
<hr/>	
Recomendaciones generales	84
<hr/>	
Bibliografía	91
<hr/>	

► Acrónimos

BIESS	Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
CD	Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo
COIP	Código Orgánico Integral Penal
IESS	Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Losep	Ley Orgánica de Servicio Público
LOPC	Ley Orgánica de Participación Ciudadana
Lotaip	Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública
MAIS	Modelo de Atención Integral en Salud
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RPIS	Red Pública Integral de Salud
SBU	Salario básico unificado
SNIES	Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social

► Introducción

De las veinte Constituciones que ha tenido el Ecuador, seis se refieren a la seguridad social¹ siendo la Constitución de 2008 la que más ampliamente garantiza el derecho a la seguridad social y lo consagra como fundamental para el buen vivir y para el ejercicio del derecho a una vida digna.

El reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho inherente de todas las personas y el mandato de extender la protección del seguro universal obligatorio a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral, incluyendo expresamente a colectivos considerados tradicionalmente como población inactiva en calidad de titulares de derecho, evidencian la voluntad del constituyente de modificar la configuración actual del sistema de seguridad social, de manera que sea inclusivo y proteja a toda la población. Esta transformación puede observarse en la adaptación del mecanismo a través del cual se hace efectiva la protección de la seguridad social denominado anteriormente «seguro general obligatorio» y que la Constitución de 2008 convierte en «seguro universal obligatorio».

Desde un punto de vista doctrinario, no dejará de llamar la atención la contradicción entre los términos «seguro» y «universal», pues, por su naturaleza y origen, los tradicionales seguros sociales protegen al trabajador —con un alto sesgo hacia los trabajadores en relación de dependencia— y extienden su protección hacia las poblaciones consideradas inactivas, principalmente a través de la técnica de derechos derivados y de las prestaciones no contributivas, y las situaciones protegidas están estrechamente ligadas a la actividad profesional; mientras que lo «universal» está destinado a todas las personas sin excepción e ignorando toda diferencia. En otras palabras, desde la doctrina y la clásica dicotomía Bismarck-Beveridge, parecería existir una incoherencia entre el objetivo establecido en la Constitución, es decir, la universalidad, y el mecanismo escogido para alcanzar ese objetivo, el seguro universal obligatorio. Sin embargo y al margen de un tal debate, la Constitución refleja un indudable pragmatismo. Así, si bien las disposiciones constitucionales trasladan en cierta medida la configuración clásica del sistema, también introducen importantes modificaciones que evidencian la intención del constituyente de diseñar un sistema de seguridad social propio, «a la medida», a través del fortalecimiento del mecanismo mediante el cual se hace efectiva su protección, esto es el seguro general obligatorio, y de su adaptación, a fin de que se convierta en seguro universal obligatorio, de manera que se garantice el efectivo ejercicio y goce del derecho a la seguridad social de toda la población y se logre el objetivo de universalidad. Para esto, pone a su servicio el régimen de desarrollo, entre cuyos componentes se encuentran el sistema y la política económica, la política fiscal y el régimen tributario, entre otros.²

1 Pese a no existir ninguna mención a la seguridad social o al seguro social, la Constitución de 1929 reconocía la indemnización por accidentes del trabajo como parte del derecho a la protección del trabajo y comprometía al Estado a legislar «para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimum [sic] de bienestar, compatible con la dignidad humana» (artículo 151, numeral 18, inciso tercero y sexto). La Constitución de 1945 consagraba el derecho al seguro social como derecho irrenunciable de los trabajadores, incluyendo los empleados públicos (artículo 149, numeral 1, inciso segundo). La Constitución de 1967 reconocía el derecho de todos los habitantes a «la protección del Estado contra los riesgos de desocupación, invalidez, enfermedad, vejez y muerte, igual que en caso de maternidad y otras eventualidades que los priven de los medios de subsistencia» (artículo 65). La Constitución de 1979 retoma la denominación de la Constitución de 1945 (artículo 29, numeral 1, inciso segundo). La Constitución de 1998 establecía que la seguridad social «será deber del Estado y derecho irrenunciable de todos sus habitantes. [...]» y reconocía al seguro social como derecho irrenunciable del trabajador y su familia (artículos 55 y 57).

2 Durante la sesión del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente para conocer el informe de mayoría para el segundo debate de los textos constitucionales relativos al régimen de desarrollo, se explica que el régimen de desarrollo ha sido conceptualizado con un enfoque de derechos y específicamente con un enfoque de derechos económicos, sociales y culturales que permita combatir las desigualdades e inequidades y construir una sociedad más igualitaria; y avanzar en la generación de condiciones para el buen vivir de toda la población. Acta N.º 084 de 13 de julio de 2008, p. 16-24.

En ese sentido, los principios rectores específicos del derecho a la seguridad social y de su sistema, sumados a los principios generales de aplicación de los derechos, tienen vocación a modificar el sistema de seguridad social y el ordenamiento jurídico, con miras a lograr el más alto nivel de satisfacción del derecho a la seguridad social y de los derechos conexos tomando en cuenta, además, los estándares consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos a los cuales la Constitución otorga un tratamiento privilegiado y los integra a través del bloque de constitucionalidad y de la jerarquía normativa.³

Así, en el presente estudio se analizará la coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social —IESS— a la luz de las disposiciones de la Constitución de 2008, considerando que la Ley de Seguridad Social vigente fue adoptada en noviembre de 2001 y es, por lo tanto, preconstitucional. Este estudio no pretende analizar la integralidad de componentes del sistema de seguridad social, por lo que no se consideran las leyes relativas a los regímenes especiales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Tampoco pretende analizar los otros componentes del sistema de protección social, por lo que no se consideran las disposiciones legales o reglamentarias concernientes a los otros ámbitos del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social.

La coherencia normativa, es decir, la armonía que debe existir entre las diferentes normas que componen el ordenamiento jurídico, su correspondencia en cuanto a contenido, alcance y principios y a la ausencia de contradicciones entre ellas, así como su observancia de la jerarquía normativa, puede estudiarse desde diversos puntos de vista y a partir de varios criterios. Sin embargo, el criterio que guiará la presente reflexión son los principios, entendidos como normas generales y abstractas que no contienen presupuestos fácticos específicos, que son y expresan «mandatos de optimización»⁴ y que sirven como guía para orientar la creación y el desarrollo de normas, y la formulación de políticas públicas, así como «parámetros de interpretación, [que] ayudan a valorar el sistema jurídico y gracias a ellos se pueden identificar normas contradictorias y vacíos normativos»⁵.

Respecto de la seguridad social, la Constitución establece como sus principios rectores los de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia, participación e integración.⁶ A ellos se suman los principios del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social⁷ —SNIES—, a saber, universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación⁸; y de manera transversal los principios generales de aplicación de los derechos. Visto que el derecho a la seguridad social y el SNIES comparten los mismos principios (solidaridad, universalidad, equidad) y que otros son transversales (no discriminación), se los analizará conjuntamente. Por lo tanto, los principios específicos que rigen al derecho a la seguridad social y a su sistema guían y orientan el

3 Véase Daniela Salazar Marín, «La acción por incumplimiento como mecanismos de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador», *Iuris Dictio* Vol. 15 (2013): 81-112.

4 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), p. 86.

5 Ramiro Ávila Santamaría, *Pensamiento jurídico contemporáneo*. (Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), p. 64.

6 Constitución de la República, artículo 34 y 367.

7 La Constitución define al SNIES como el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que tiene como finalidad asegurar tanto el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos, como el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. Está compuesto por los ámbitos de educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, población, seguridad humana y transporte. Su diseño responde a la premisa según la cual la superación de las inequidades y de la desigualdad no puede lograrse sin una visión integral de los derechos y de su interdependencia, razón por la cual es necesario garantizar la articulación de la política social a través de un sistema cuyos componentes funcionan bajo los mismos principios.

8 Constitución de la República, artículo 340 inciso segundo.

presente estudio, teniendo en cuenta además los principios generales de aplicación de los derechos⁹ que tienen vocación a aplicarse a todos y cada uno de estos.

Así, el presente estudio está dividido en cuatro secciones. La primera sección establece el estado de situación de la legislación aplicable. La segunda sección, dividida a su vez en subsecciones, contiene los resultados del análisis de la coherencia normativa de las disposiciones de la Ley de Seguridad Social vigente respecto de los principios que rigen el derecho a la seguridad social. La tercera sección recoge las principales conclusiones y la cuarta sección plantea recomendaciones generales frente a los resultados del estudio.

⁹ Constitución de la República, artículo 11.

► I. Estado de situación de la legislación aplicable

A. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República vigente fue aprobada mediante referéndum el 28 de septiembre de 2008 y entró en vigor tras su publicación en el Registro Oficial N.º 449, el 20 de octubre de 2008.

Desde entonces, el texto constitucional ha sido enmendado e interpretado en varias ocasiones; sin embargo, se mencionan en este estudio únicamente las enmiendas que conciernen a la seguridad social. Estas son las enmiendas constitucionales de 3 de diciembre de 2015,¹⁰ que modificaron el artículo 370 a fin de incluir la garantía de pago de las pensiones de retiro de los regímenes especiales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional por parte del Estado, y el artículo 372, para sustituir el término «provisionales» por «previsionales».¹¹ Dichas enmiendas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante Sentencia N.º 018-18-SIN-CC, de 1 de agosto de 2018,¹² por lo que el texto vigente de los mencionados artículos es el originalmente aprobado antes de las enmiendas.

B. Instrumentos internacionales

El bloque de constitucionalidad se ha visto fortalecido por la importancia que la Constitución otorga a los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales están integrados al ordenamiento jurídico ecuatoriano independientemente de su naturaleza y constituyen una fuente de obligaciones para el Estado, pues el texto constitucional establece como deber primordial del Estado «garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales [...]»;¹³ reconoce a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos la titularidad y el goce de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales;¹⁴ y determina que «en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta [...]».¹⁵

En tal sentido cabe destacar los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Ecuador tanto en el sistema internacional como en el sistema regional interamericano, y que conciernen ya sea directa o indirectamente al derecho a la seguridad social.

En el Sistema Internacional de Derechos Humanos destacan los instrumentos que se señalan en el cuadro 1.

10 Publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 653 de 21 de diciembre de 2015.

11 Esta enmienda tuvo por objetivo corregir un error de redacción en el articulado de la Constitución de 2008, cuyo texto original contenía la frase «fondos provisionales» en lugar de «fondos previsionales».

12 Publicada en la edición constitucional N.º 79 del Registro Oficial de 30 de abril de 2019.

13 Constitución de la República, artículo 3 numeral 1.

14 Constitución de la República, artículo 10.

15 Constitución de la República, artículo 417 en concordancia con los artículos 11 numerales 3, 4, 5 y 7; y 426.

► Cuadro 1.

Sistema Internacional de Derechos Humanos	
Instrumento	Ratificación/Adhesión
Declaración Universal de Derechos Humanos	21 de diciembre de 1945
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	6 de marzo de 1969
Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	11 de junio de 2010
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	22 de septiembre de 1966
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	9 de noviembre de 1981
Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	5 de febrero de 2002
Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	5 de febrero de 2002
Convención sobre los Derechos del Niño	3 de marzo de 1990
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo	3 de abril de 2008

A estos instrumentos se suman las Observaciones Generales emitidas por los comités de seguimiento de dichos instrumentos. Entre estas cabe destacar la Observación General N.º 19 aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa al derecho a la seguridad social. Esta ha sido ampliamente invocada por la Corte Constitucional del Ecuador¹⁶ en la garantía y desarrollo de este derecho, y en ella se reitera que el «derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto».¹⁷

Específicamente como miembro de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, Ecuador hace suyos los principios y objetivos de esta, contenidos especialmente en su instrumento constitutivo de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración relativa a principios y derechos fundamentales de 1998, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 y la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo de 2019, que tienen como eje central la realización de la justicia social a través de la promoción del trabajo decente y los derechos laborales, la protección social universal y el diálogo social; y se compromete a encaminar sus acciones al cumplimiento de estos.

En este marco Ecuador ha ratificado sesenta y dos convenios de los cuales cincuenta y cuatro se encuentran vigentes.¹⁸ A efectos de este estudio destacan los convenios y recomendaciones señalados en el cuadro 2.

16 Corte Constitucional, sentencias N.º 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021; N.º 16-18-IN/21 de 28 de abril de 2021; N.º 1024-19-JP/21 de 1 de septiembre de 2021; N.º 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020; N.º 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019; N.º 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019; N.º 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018.

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N.º 19, §1.

18 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:17232188885164:::P11200_INSTRUMENT_SORT:2.

► Cuadro 2.

Número	Materia	Ratificación
Convenios		
C 24	Convenio sobre el seguro de enfermedad (industria)	5 de febrero de 1962
C 100	Convenio sobre igualdad de remuneración	11 de marzo de 1957
C 102	Convenio sobre la seguridad social (norma mínima)	25 de octubre de 1974
C 103	Convenio sobre la protección de la maternidad	5 de febrero de 1962
C 111	Convenio sobre la discriminación en el empleo	10 de julio de 1962
C 118	Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social)	9 de marzo de 1970
C 121	Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales	5 de abril de 1978
C 128	Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes	5 de abril de 1978
C 130	Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad	5 de abril de 1978
C 144	Convenio sobre la consulta tripartita	23 de noviembre de 1979
C 156	Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares	9 de marzo de 1970
C 189	Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos	4 de octubre de 2013
Recomendaciones		
R 067	Recomendación sobre la seguridad de los medios de vida	N/A
R 069	Recomendación sobre la asistencia médica	N/A
R 121	Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades	N/A
R 131	Recomendación sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967	N/A
R 134	Recomendación sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969	N/A
R 176	Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988	N/A
R 191	Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000	N/A
R 202	Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012	N/A
R 205	Recomendación sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, 2017	N/A

Por último, cabe considerar también el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo de 1988 (núm. 168) y el Convenio sobre la protección de la maternidad de 15 de junio de 2000 (núm. 183), ya que ha sido aplicado por la Corte Constitucional¹⁹ en virtud de lo señalado en el párrafo primero de esta subsección.

Finalmente, en el cuadro 3 constan algunos de los instrumentos del Sistema Regional Interamericano de los cuales Ecuador es signatario.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020.

► Cuadro 3.

Instrumento	Ratificación/Adhesión
Convención Americana sobre Derechos Humanos	12 de agosto de 1977
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Protocolo de San Salvador	2 de octubre de 1993
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará	30 de junio de 1995
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	1 de marzo de 2004
Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia	18 de diciembre de 2019
Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	2 de diciembre de 2019 (adhesión)

C. Ley de Seguridad Social

La Ley de Seguridad Social vigente, Ley N.º 2001-55, fue adoptada el 13 de noviembre de 2001 y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 465 de 30 de noviembre de 2001.

Desde su adopción en noviembre de 2001 hasta octubre de 2021, la Ley de Seguridad Social ha sido objeto de al menos veintiocho reformas y de seis declaraciones de inconstitucionalidad, de las cuales cinco han sido al amparo de la Constitución de 2008.

Entre 2001 y 2008 se aprobaron siete reformas, cuyo objeto fue, de manera general, devolver el fondo de reserva a los afiliados;²⁰ incluir a otros derechohabientes como beneficiarios del seguro de cesantía;²¹ exonerar a los empleadores del sector agrícola de la obligación de remitir al IESS los avisos de entrada y salida de sus trabajadores;²² incluir la facultad del IESS para otorgar préstamos hipotecarios a sus afiliados;²³ ampliar los beneficiarios de préstamos quirografarios,²⁴ y suprimir la obligación de que las inversiones no privativas del IESS se realicen equitativamente por regiones a través de las Bolsas de Valores.²⁵

Entre 2009 y octubre de 2021 se aprobaron veintiún reformas, cuyo objeto fue, de manera general, implementar el depósito obligatorio de los fondos de reserva en el IESS y su posterior pago mensualizado;²⁶ otorgar facilidades para el cumplimiento de obligaciones patronales y personales;²⁷ ajustar la forma de

20 Reforma de 27 de julio de 2005. Posteriormente se realizó una ley interpretativa el 7 de marzo de 2006. Cabe señalar que el fondo de reserva no es una prestación de la seguridad social, sino un derecho laboral de las personas trabajadoras en relación de dependencia. De acuerdo con el Código de Trabajo, todo trabajador que preste sus servicios por más de un año con el mismo empleador tiene derecho a una suma equivalente a un mes de remuneración por cada año completo posterior al primer año de trabajo, que será depositada en el IESS siempre que el trabajador haya decidido no recibirla de manera mensual y directa por parte del empleador (arts.196 a 204).

21 Reforma de 8 de abril de 2006.

22 Reforma de 11 de julio de 2006.

23 Reforma de 20 de diciembre de 2006.

24 Reforma de 6 de junio de 2007.

25 Reforma de 30 de diciembre de 2008.

26 Reforma de 19 de marzo de 2009 y de 19 de mayo de 2009.

27 Reforma de 19 de marzo de 2009, 31 de julio de 2012, 7 de agosto de 2018.

revalorización de pensiones y el monto de las pensiones mínimas;²⁸ regular la contribución obligatoria del Estado a las pensiones;²⁹ armonizar las disposiciones de la Ley de Seguridad Social con las de la Ley de Creación del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social —BIESS;³⁰ reformar la cesantía;³¹ ampliar la cobertura de salud para los hijos menores de 18 años;³² excluir la compensación económica para alcanzar el salario digno de la materia gravada para efectos de aportes;³³ adaptar las disposiciones de la Ley de Seguridad Social a las del *Código Orgánico Integral Penal* —COIP—,³⁴ establecer porcentajes de aportación de los funcionarios públicos;³⁵ incluir otras atribuciones de control a la Superintendencia de Bancos;³⁶ reformar la administración y funcionamiento de los fondos complementarios previsionales cerrados;³⁷ incorporar nuevos colectivos a la seguridad social;³⁸ crear el seguro de desempleo;³⁹ transparentar la información personal de los afiliados;⁴⁰ incluir un régimen de jubilación especial para los docentes,⁴¹ incluir el subsidio por maternidad y el seguro de desempleo como parte de las prestaciones que deben concederse aun en caso de mora patronal y precisar que durante el goce de la prestación por desempleo no se concederán otras prestaciones excepto si se cotiza voluntariamente para ello.⁴²

Como se puede apreciar, se trata de aproximadamente veintiocho reformas que versan sobre temas puntuales, incluso coyunturales. Si bien algunas pueden evidenciar una voluntad de alinear las disposiciones de la Ley de Seguridad Social con los preceptos constitucionales, no han considerado una visión integral del sistema de seguridad social.

En cuanto a las declaraciones de inconstitucionalidad, estas obedecen a diferentes razones. Al amparo de la Constitución de 1998 el Tribunal Constitucional, en su Resolución N.º 052-2001-RA de 8 de mayo de 2002,⁴³ declaró la inconstitucionalidad de varias frases y artículos de la Ley. En el cuadro 4 se resumen los más relevantes.

28 Reforma de 19 de marzo de 2009, 15 de noviembre de 2010, 14 de abril de 2015 y 10 de mayo de 2018.

29 Reforma de 19 de marzo de 2009 y 2 de septiembre de 2014.

30 Reforma de 6 de abril de 2009.

31 Reformas de 19 de mayo de 2009 y 17 de marzo de 2016.

32 Reforma de 15 de noviembre de 2010.

33 Reforma de 16 de diciembre de 2010.

34 Reforma de 28 de enero de 2014.

35 Reforma de 11 de enero de 2011.

36 Reforma de 2 de septiembre de 2014.

37 Reforma de 11 de noviembre de 2014 y 26 de agosto de 2021.

38 Reforma de 14 de abril de 2015 y 27 de diciembre de 2016.

39 Reforma de 17 de marzo de 2016.

40 Reforma de 7 de julio de 2020.

41 Reforma de 9 de marzo de 2021.

42 Reforma de 6 de julio de 2021.

43 Tribunal Constitucional, resolución N.º 052-2001-RA publicada en el Registro Oficial N.º 525 de 16 de febrero de 2005.

► Cuadro 4.

Artículo	Inconstitucionalidad
<p>Art. 2.-SUJETOS DE PROTECCIÓN.- Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular:</p> <p>a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo;</p> <p>c. El profesional en libre ejercicio;</p> <p>d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal;</p> <p>f. El menor trabajador independiente;</p> <p>[...]</p>	<p>Inconstitucionalidad de la frase «obligados a solicitar la protección» por ser contraria al artículo 57* de la Constitución de 1998, puesto que la solicitud de protección —a través de la solicitud de la afiliación— no es un requisito indispensable ni obligatorio para obtener la protección del sistema, ya que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable. En ese sentido, es contradictorio que se obligue a solicitar un derecho que es irrenunciable.</p> <p>El Tribunal distinguió entre la afiliación bajo relación de dependencia y la afiliación del trabajo autónomo, ya que, en función de la persona de la que se trate, la responsabilidad es diferente. En el primer caso, la persona empleadora está obligada a solicitar la afiliación del trabajador, tanto es así que existen consecuencias jurídicas si no lo hace. El razonamiento contrario implicaría dejar desprotegido al trabajador y, en la práctica, la afiliación se volvería facultativa. En el segundo caso, si no existe relación de dependencia, la obligación de solicitar la afiliación al seguro general obligatorio o al seguro social campesino es del beneficiario, pues, sino, el IESS no tendría la base de datos necesaria para otorgar las prestaciones a quien corresponda. En otras palabras, si la obligación recayera sobre el IESS sería irrealizable, ya que el IESS no dispone de la información necesaria para afiliarse y categorizar a toda la población a fin de incluirla en un régimen de afiliación. Así, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la frase «obligados a solicitar la protección» para evitar fragilizar la obligatoriedad de la afiliación en el caso del trabajo en relación de dependencia.</p>
<p>Art. 176.-REGÍMENES DE JUBILACIÓN.-Los afiliados, con relación de dependencia o sin ella, aportarán a los regímenes de jubilación por solidaridad intergeneracional y por ahorro individual obligatorio y voluntario.</p> <p>Para el efecto, se dividen los ingresos mensuales percibidos por los afiliados en tres niveles: el primero hasta los 165 dólares, el segundo hasta los 500 dólares y el tercero que comprende los ingresos superiores a 500 dólares. El aporte que se haga por el primero y el tercer nivel se destinará al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional y el correspondiente al segundo nivel se entregará, medio % al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional y el monto restante al régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio.</p> <p>El aporte de los empleadores, públicos y privados, que también es obligatorio, se destinará al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional.</p> <p>Las aportaciones obligatorias de los afiliados y los empleadores se calcularán y pagarán sobre los ingresos o las remuneraciones imponibles totales, generadas en una o más fuentes de ingresos.</p> <p>En lo pertinente al régimen de ahorro obligatorio, tanto el trabajador como el patrono aportarán obligatoriamente al régimen por ahorro solidario intergeneracional en los siguientes porcentajes: el trabajador, uno por ciento; y, el patrono, cinco por ciento, sobre el saldo del salario que supere los quinientos dólares.</p>	<p>Inconstitucionalidad del artículo 176 por vulnerar el principio de solidaridad intergeneracional, según el cual quien tiene más aporta en beneficio del que menos tiene en relación con su aportación, sin limitaciones, a diferencia de lo que desarrolla el texto del artículo objetado, en el que se contemplan techos que hacen que se pierda la solidaridad a partir de ellos.</p> <p>Además, no deben ser los pobres quienes sostengan el seguro solidario. Tal configuración del régimen de pensiones revela una inequidad manifiesta agravada por el hecho de que los que menos tienen difícilmente podrán aportar para un seguro voluntario porque carecen de recursos.</p>

*Art. 57 (Constitución 1998): El seguro general obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, cesantía, vejez, invalidez, discapacidad y muerte. La protección del seguro general obligatorio se extenderá progresivamente a toda la población urbana y rural, con relación de dependencia o sin ella, conforme lo permitan las condiciones generales del sistema. El seguro general obligatorio será derecho irrenunciable e imprescriptible de los trabajadores y sus familias.

Al amparo de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones como se puede apreciar en el cuadro 5.

► Cuadro 5.

Sentencia	Artículo	Inconstitucionalidad
Sentencia N.º 011-15-SIN-CC de 8 de abril de 2015	<p>Art. 29.-REQUISITOS, PROHIBICIONES E INHABILIDADES.-Para ser integrante del Consejo Directivo del IESS se requiere estar en goce de los derechos políticos, ser mayor de cuarenta (40) años de edad, acreditar título profesional, [...]</p> <p>Art. 37.-DESIGNACIÓN Y REQUISITOS.-El Director Provincial es funcionario de libre nombramiento, nombrado por el Director General para un periodo de cuatro (4) años. Deberá ser ciudadano en goce de los derechos políticos, mayor de treinta (30) años de edad, acreditará título profesional [...].</p> <p>ARTÍCULO 9 (Ley BIESS).- Requisitos para ser miembro del Directorio del Banco.- Para su calificación, el candidato a director debe:</p> <p>[...]</p> <p>2. Ser mayor de treinta y cinco años de edad; [...]</p>	Inconstitucionalidad de la frase «ser mayor de cuarenta (40) años de edad», así como la inconstitucionalidad de la frase «mayor de treinta (30) años de edad», en el artículo 37, y de la frase «ser mayor de treinta y cinco años de edad», en el artículo 9 numeral 2 de la Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por vulnerar el derecho a la igualdad, el principio de no discriminación, así como el derecho a la igualdad de oportunidades al colocar en una categoría sospechosa (edad) a personas que se encuentran por debajo de esa edad mínima; el derecho de participación en el desempeño de funciones públicas con base en los méritos y las capacidades y el derecho a la participación intergeneracional.
Sentencia N.º 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016	<p>Art. 28.-INTEGRACIÓN.-El Consejo Directivo estará integrado en forma tripartita y paritaria con un representante de los asegurados, uno de los empleadores y uno de la Función Ejecutiva, quien lo presidirá. Cada uno de los miembros del Consejo Directivo tendrá un alterno que subrogará al titular en caso de ausencia temporal o definitiva.</p> <p>El representante de los asegurados y su alterno serán designados conjuntamente por las Centrales Sindicales legalmente reconocidas, la Confederación Nacional de Servidores Públicos, la Unión Nacional de Educadores, la Confederación Nacional de Jubilados, y las organizaciones legalmente constituidas de los afiliados al Seguro Social Campesino.</p> <p>El representante de los empleadores y su alterno serán designados conjuntamente por las Federaciones Nacionales de Cámaras: de Industrias, de Comercio, de Agricultura y Ganadería, de la Construcción, y de la Pequeña Industria.</p>	Inconstitucionalidad diferida de los incisos segundo y tercero del artículo 28 por vulnerar los principios de participación, igualdad y equidad del sistema de seguridad social, y restringir derechos de participación. La Corte Constitucional dispuso a la Asamblea Nacional que adecúe la normativa necesaria para garantizar los derechos de participación y se considere a los representantes de todos los asegurados y empleadores en la integración del Consejo Directivo del IESS.
Sentencia N.º 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017	<p>Art. 102.-ALCANCE DE LA PROTECCIÓN.-El Seguro General de Salud Individual y Familiar protegerá al asegurado contra las contingencias de enfermedad y maternidad, dentro de los requisitos y condiciones señalados en este Título. La prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales estará a cargo del Seguro General de Riesgos del Trabajo.</p> <p>El afiliado, su cónyuge o conviviente con derecho, sus hijos menores hasta los dieciocho (18) años de edad, así como el jubilado, serán beneficiarios de acciones integrales de fomento y promoción de la salud, prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades no profesionales, recuperación y rehabilitación de la salud individual. [...]</p>	Inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 102 por no ser compatible con el derecho a la familia reconocida y protegida en sus diversos tipos por la Constitución, ante lo cual se modularon los efectos de la sentencia y se agregó en la hipótesis de la norma a «los dependientes menores hasta los dieciocho (18) años de edad declarados por autoridad competente en casos de custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor».
Sentencia N.º 1024-19-JP/21 y acumulado de 1 de septiembre de 2021	<p>Art. 94.-RESPONSABILIDAD PATRONAL.-Si por culpa de un patrono el IESS no pudiese conceder a un trabajador o a sus deudos las prestaciones en dinero que fueran reclamadas y a las que habrían podido tener derecho, o si resultaren disminuidas dichas prestaciones por falta de cumplimiento de las obligaciones del empleador, este será responsable de los perjuicios causados al asegurado o a sus deudos, responsabilidad que el Instituto hará efectiva mediante la coactiva, siempre y cuando el empleador no hubiere cumplido sus obligaciones con el IESS en treinta (30) días plazo desde que se encuentre en mora.</p> <p>El IESS concederá tales prestaciones, en la parte debida a la omisión o culpa del empleador solamente cuando se haga efectiva la responsabilidad de este, a menos que el patrono rinda garantía satisfactoria para el pago de lo que debiere por aquel concepto. [...]</p>	Inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 94 por suspender la responsabilidad constitucional del IESS de otorgar las prestaciones del seguro universal obligatorio cuando existe responsabilidad patronal, por ser una medida desproporcionada frente a su finalidad y restrictiva del contenido del derecho a la seguridad social, y, en general, por obstaculizar la entrega inmediata de prestaciones económicas una vez que se han cumplido los requisitos para obtenerlas y vulnerar el derecho a la seguridad social y derechos conexos. Por lo que en adelante el inciso segundo del artículo 94 dirá: «El IESS concederá inmediatamente tales prestaciones cuando se cumplan los requisitos de ley, aun cuando no se haga efectiva la responsabilidad del patrono».

Además, algunos artículos de las leyes reformativas de los últimos años han sido declarados inconstitucionales (cuadro 6).

► Cuadro 6.

Sentencia	Artículo	Inconstitucionalidad
<p>Sentencia N.º 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018</p>	<p>Artículo 68.1 de la Ley Orgánica para la de Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar:</p> <p>Art. 237.- Financiamiento.- El Estado ecuatoriano reconoce el derecho a la seguridad social de todas las personas, independientemente de su situación laboral.</p> <p>El Estado Central será responsable subsidiario y garantizará el pago de las pensiones del Sistema de Seguridad Social únicamente cuando el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no cuente con los recursos económicos para cubrir las obligaciones en curso de pago del Seguro General Obligatorio y del régimen especial del Seguro Social Campesino [...]</p> <p>En este caso, se deberá incorporar en el Presupuesto General del Estado los recursos respectivos, aún sobre otros gastos.</p>	<p>Inconstitucionalidad de los incisos segundo y tercero del art. 68.1 con efectos desde la proforma presupuestaria del año 2019, pues la eliminación del porcentaje fijo de contribución del Estado a las pensiones en curso de pago (40 por ciento) deviene en una medida injustificadamente regresiva, ya que a pesar de que no se trata de una medida regresiva respecto de la cantidad de dinero que se aporte, los mecanismos de aseguramiento del pago se han debilitado, pues la eliminación de un aporte seguro y su sustitución por un monto que puede ser objeto de controversias precariza el sistema de alimentación del fondo, tomando en cuenta, también, que la norma impugnada no contiene ningún mecanismo de resolución de controversias entre el Gobierno central y el IESS. Además, del expediente legislativo no se ha evidenciado la participación de los grupos afectados y tampoco se ha probado que a la medida ha precedido una mínima consideración respecto de alternativas menos invasivas y de su impacto en el disfrute y ejercicio del derecho a la seguridad social en el mediano y largo plazo.</p>
<p>Sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021</p>	<p>Artículo 12.- Reemplázase el artículo 10 con el siguiente texto: [...]</p> <p>t. Acogerse al beneficio de la seguridad social con 30 años de aportaciones y sin límite de edad. Así mismo [sic] serán beneficiarios de todos los demás derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social, incluyendo los incentivos por jubilación establecidos en [la] Ley Orgánica de Servicio Público y la Ley de Seguridad Social; [...]</p> <p>Disposiciones reformativas: Segunda.- Agrégase en el artículo 184 de la Ley de Seguridad Social un literal d) conforme lo siguiente: d. Jubilación especial de las y los docentes del Sistema Nacional de Educación. Tercera.- Agrégase en el artículo 185 de la Ley de Seguridad Social un artículo 185.1 de conformidad con lo siguiente: Art. 185.1.- Jubilación de las y los docentes del Sistema Nacional de Educación.- Art. 185.1.-Jubilación de las y los docentes del Sistema Nacional de Educación.-Se acreditará derecho vitalicio a jubilación de las y los docentes del Sistema Nacional de Educación cuando la o el afiliado haya cumplido un mínimo de trescientas imposiciones mensuales sin límite de edad. El Estado garantizará los recursos necesarios para el financiamiento de esta prestación. Este tipo de jubilación es voluntaria, de no requerir, las o los docentes del Sistema Nacional de Educación, podrán acogerse a los demás tipos de jubilaciones de ser el caso. Cuarta.- Agrégase a continuación del artículo 201 de la Ley de Seguridad Social un artículo 201.1 de conformidad con lo siguiente: Art. 201.1.-Cuantía de la pensión especial de las y los docentes del Sistema Nacional de Educación.-Las y los docentes del Sistema Nacional de Educación afiliados que hubiesen acreditado trescientas sesenta imposiciones mensuales, sin límite de edad, recibirán una pensión jubilar.</p>	<p>Se suspende la vigencia de las normas relativas a la jubilación especial para docentes introducidas por la Ley Orgánica Reformatoria de la Ley Orgánica de Educación Intercultural, por adolecer de vicios de inconstitucionalidad por la forma al haber vulnerado el principio de sostenibilidad del sistema de seguridad social, consagrado en los artículos 368 y 369 de la Constitución habiéndose omitido en el proceso de formación de las leyes relativas a la seguridad social el requisito de contar con estudios actuariales técnicos, específicos, rigurosos y actualizados. Se concede a la Asamblea Nacional un plazo de subsanación para que, con base en dichos estudios, reinicie el proceso legislativo incluyendo la decisión del presidente de la República sobre los textos aprobados por la Asamblea.</p>

A ello se suma el hecho de que varias disposiciones de la Ley de Seguridad Social renvían al Reglamento de aplicación de la Ley⁴⁴ que no ha sido expedido desde 2001 hasta la presente fecha.

44 Por ejemplo, los artículos 5 literal e), 6, 7, 10 literal f), 15 inciso tercero y cuarto, 18, 32 literal j), 54 inciso segundo, 103 literal e), 127 inciso segundo, 133, 152, 229, 238, 243, 286, 307 inciso segundo, entre otros.

► II. Análisis de coherencia normativa del sistema de seguridad social administrado por el IESS respecto de los principios constitucionales que rigen el derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en el artículo 34 de la Constitución, en el capítulo relativo a los derechos del Buen Vivir⁴⁵ y las disposiciones para su implementación se desarrollan en el título correspondiente al Régimen del Buen Vivir,⁴⁶ en los artículos 367 a 374 que consagran los lineamientos constitucionales para la organización y funcionamiento del sistema de seguridad social.

La Constitución de 2008 consagra a la seguridad social como un derecho del Buen Vivir y un componente del derecho a la vida digna.⁴⁷ Asimismo, reconoce al derecho a la seguridad social como un derecho irrenunciable de todas las personas,⁴⁸ y como un deber y responsabilidad primordial del Estado y de los ciudadanos.⁴⁹ Además, precisa que la seguridad social se rige por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación.⁵⁰

Así, para analizar la coherencia normativa de las disposiciones de la Ley de Seguridad Social vigente respecto de los principios constitucionales que rigen el derecho a la seguridad social y su sistema, se explicará, en primer lugar, el alcance del principio constitucional con base en las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las normas internacionales del trabajo en materia de seguridad social, así como en la Observación General N.º 19 relativa al derecho a la seguridad social, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo —CEACR—⁵¹ y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. Posteriormente, se contrastará el alcance del principio constitucional con lo establecido en las disposiciones de la Ley de Seguridad Social y la legislación conexas aplicables.

45 Artículo 34 de la Constitución de la República ubicado en el título II «Derechos», capítulo segundo «Derechos del Buen Vivir» sección octava «Trabajo y Seguridad Social». Se denominan así desde la Constitución de 2008. La Constitución precedente, la de 1998, denominaba a estos derechos «Derechos económicos, sociales y culturales». El constituyente evitó la clasificación tradicional de los derechos fundamentales por generaciones y organizó los derechos de manera que se reflejara su interdependencia e igual jerarquía, de acuerdo con la explicación del magistrado Ávila. Véase Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), p. 97-110.

46 Artículos 367 a 374 de la Constitución de la República ubicados en el Título VII «Régimen del Buen Vivir», capítulo primero «Inclusión y equidad», sección tercera «Seguridad Social».

47 Constitución de la República, artículo 66 numeral 2.

48 Constitución de la República, artículo 34.

49 Constitución de la República, artículos 3 numeral 1; 34 inciso segundo; 83 numeral 15.

50 Constitución de la República, artículos 34; 367 inciso segundo.

51 Órgano de control encargado de examinar la aplicación de las normas internacionales del trabajo por los Estados miembros de la OIT.

A. Coherencia normativa respecto del principio de universalidad

a. Alcance del principio constitucional de universalidad

Los artículos 34 y 340 de la Constitución determinan que el derecho a la seguridad social, así como su sistema, se guiarán por el principio de universalidad. Si bien la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre el alcance de este principio, a partir de las disposiciones constitucionales se puede apreciar que el constituyente consideró dos tipos de universalidad: una universalidad relativa a los sujetos protegidos del sistema de seguridad social (universalidad subjetiva o personal) y otra concerniente a las situaciones protegidas por ese sistema (universalidad objetiva o material).

i. Universalidad de los sujetos protegidos

La universalidad en cuanto a los sujetos protegidos puede evidenciarse en varias disposiciones constitucionales. Así, el artículo 34 determina que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas que incluye a quienes realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el autosustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo. El artículo 49 enfatiza en la cobertura de la seguridad social a las personas y a las familias que cuiden a personas con discapacidad que requieran atención permanente. El inciso tercero del artículo 333 insiste en la protección de la seguridad social a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares. El artículo 369 señala que el seguro universal obligatorio debe extenderse a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral. El artículo 373 señala expresamente a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal como sujetos protegidos del seguro social campesino. El artículo 374 conmina al Estado a estimular la afiliación voluntaria de las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior. En cuanto a los grupos de atención prioritaria, el numeral 3 del artículo 37 reconoce el derecho de las personas adultas mayores a la jubilación universal, y el artículo 45 señala que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la seguridad social.

Estas disposiciones muestran la vertiente subjetiva o personal del principio de universalidad, puesto que identifican claramente a las personas protegidas por el sistema de seguridad social y su situación particular. En otras palabras, la Constitución consagra el derecho a la seguridad social como un derecho inherente de toda persona, derivado de su dignidad y basado en dicha calidad y no en la calidad de trabajador. Así, si bien el trabajo puede ser un criterio de organización del sistema de seguridad social, no es un criterio de acceso a la protección de este sistema, como se desprende de las disposiciones analizadas. Además, de esas disposiciones se puede apreciar que el constituyente, con el fin de no restringir el ámbito subjetivo o personal de protección del sistema al trabajo en relación de dependencia debido a la configuración histórica del sistema de seguridad social, estableció que el derecho a la seguridad social incluye a quienes tradicionalmente han estado fuera del sistema, ya sea por desarrollar actividades diferentes al trabajo en relación de dependencia o por ser parte de la población catalogada como inactiva, entre ellas las personas trabajadoras no remuneradas del hogar; y transformó al seguro general obligatorio en seguro universal obligatorio ordenando que su protección se extienda a toda la población, con independencia de su situación laboral.⁵² Asimismo, el hecho de que la Constitución precise las situaciones particulares en las que pueden encontrarse ciertas personas muestra la intención del constituyente de ir más allá de la igualdad formal en el acceso a la seguridad social y lograr una igualdad material que haga efectivo el acceso y el ejercicio del derecho a la seguridad social de las personas cuya situación particular, sobre todo económica, ha sido un impedimento para su afiliación al sistema.

⁵² El inciso tercero del artículo 57 de la Constitución Política de la República de 1998 consagraba al seguro general obligatorio como derecho irrenunciable de los trabajadores y sus familias. Esta disposición no existe en la Constitución de 2008.

Esto es concordante con el principio de integración previsto en el artículo 367 de la Constitución que, si bien la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre su alcance, parece referirse a la necesaria integración o inclusión de todas las personas al sistema de seguridad social⁵³ de manera de que nadie quede excluido.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona, como miembro de la sociedad, a la seguridad social y a la satisfacción de los demás derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad.⁵⁴ En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Protocolo de San Salvador, reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.⁵⁵

En concordancia con esas disposiciones, la Observación General N.º 19 establece que todas las personas, sin discriminación alguna,⁵⁶ deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados.⁵⁷ Así, el Estado debe velar por que la legislación, políticas, programas y recursos asignados faciliten el acceso a la seguridad social de todos los miembros de la sociedad,⁵⁸ prestando especial atención a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho⁵⁹ o que son insuficientemente protegidos por el sistema de seguridad social,⁶⁰ así como a las poblaciones indígenas, minorías étnicas y lingüísticas para quienes la falta de información suficiente puede ser una causa de exclusión de los sistemas de seguridad social.⁶¹

53 El sistema de seguridad social es el único en considerar ese principio. Otras referencias al término «integración» se encuentran respecto de las personas adultas mayores, de las personas con discapacidad y de la niñez, así como en lo relativo al derecho a la educación superior. La Constitución establece que el Estado debe desarrollar programas destinados, entre otros objetivos, a conseguir la integración social de las personas adultas mayores (artículo 38 numeral 3). Respecto de la niñez, otorgar atención preferente para su plena integración social (artículo 46 numeral 3), y en cuanto a las personas con discapacidad, promover una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones (artículo 47 numeral 7). Asimismo, respecto del derecho a la educación superior la Constitución establece que el cobro de aranceles en la educación superior particular contará con mecanismos como becas, créditos, entre otros, que permitan la integración y equidad social en sus múltiples dimensiones. De los debates del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente se puede observar que el constituyente se refiere a la integración como lo opuesto a la exclusión y marginación sociales, es decir, como un fin mismo. Así, la integración puede ser entendida como sinónimo de inclusión social. Por ejemplo, en el Acta N.º 055 se dice: «El país que queremos construir tiene que garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación, trabajo, vivienda, salud, [...] y mediante políticas activas de protección social, de protección a la infancia, a la vejez, frente a la enfermedad y al desempleo, de integración de las clases menos favorecidas, evitando la exclusión y marginación, de compensación de las desigualdades, de redistribución de la renta, a través de los impuestos y el gasto público» (Acta N.º 055 de 30 de mayo de 2008, p.51-52). O, cuando el constituyente se refiere a la organización del régimen de desarrollo, explica que el título sobre este régimen está compuesto entre otros por el sistema «sociocultural, que establece los ámbitos y procesos orientados a garantizar la cohesión e integración social» (Acta N.º 055 de 30 de mayo de 2008, p. 13).

54 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22.

55 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9; Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo De San Salvador», artículo 9.

56 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §29 a 39.

57 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §23.

58 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §30, 48, 51.

59 «Las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos» de acuerdo con la Observación General N.º 19, §31 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

60 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §33.

61 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §35.

En el mismo sentido la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social reafirma que el derecho a la seguridad social es un derecho humano, una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso, así como una inversión social y un mecanismo para superar la pobreza extrema y reducir las desigualdades⁶² y, en tal virtud, consagra los principios de universalidad, basada en la solidaridad social, y de inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal⁶³ de manera que todas las personas gocen de garantías básicas de protección durante todo el ciclo de vida.⁶⁴

ii. Universalidad de las situaciones protegidas

De acuerdo con la Constitución, la seguridad social atenderá las necesidades contingentes, individuales y colectivas de la población,⁶⁵ a saber, la enfermedad, la maternidad, la paternidad, los riesgos de trabajo, la cesantía, el desempleo, la vejez, la invalidez, la discapacidad, la muerte y aquellas que defina la ley.⁶⁶ La protección de estas, en cuanto a prestaciones económicas, se hará efectiva mediante el seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales,⁶⁷ y, en cuanto a prestaciones de atención en salud, mediante la red pública integral de salud.⁶⁸ Además, tratándose del seguro social campesino, el texto constitucional prevé una protección básica relativa a las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez, muerte y enfermedad, pero esta última solo en lo relativo a la prestación de atención en salud.⁶⁹ Finalmente, la Constitución menciona que el Estado debe garantizar a las personas adultas mayores el derecho a la jubilación universal.⁷⁰

Estas disposiciones muestran que la Constitución consagra una segunda vertiente del principio de universalidad, que consiste en la universalidad objetiva o material, es decir, de las situaciones o riesgos sociales protegidos por el derecho a la seguridad social. Aunque el texto constitucional presenta una lista de riesgos sociales, de ninguna manera se trata de una lista taxativa, puesto que se deja abierta la posibilidad al legislador de incluir otros riesgos sociales siempre que se cuente con el financiamiento necesario.

Asimismo, si bien, en el ideal, todas las personas deberían estar protegidas contra todos los riesgos sociales, del mismo texto constitucional se puede apreciar que la protección del sistema de seguridad social es y puede ser diferenciada —como en el caso del seguro social campesino—. De manera general, la diferenciación puede explicarse, por una parte, por la aplicación del principio⁷¹ y derecho a la igualdad y no discriminación,⁷² que exige dar el mismo trato a personas en la misma situación y un trato diferenciado

62 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, preámbulo.

63 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §3 literales a) y e).

64 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §4

65 Constitución de la República, artículos 34 y 367.

66 Constitución de la República, artículo 369.

67 Constitución de la República, artículo 367.

68 Constitución de la República, artículo 369 y 360.

69 Constitución de la República, artículo 373 inciso primero. La Constitución recoge la protección básica del seguro social campesino prevista en la Ley de Seguridad Social, que no contempla las contingencias de riesgos del trabajo, paternidad, cesantía y desempleo, y las prestaciones económicas por maternidad y enfermedad común.

70 Constitución de la República, artículo 37 numeral 3.

71 Constitución de la República, artículo 11 numeral 2.

72 Constitución de la República, artículo 66 numeral 4.

a quienes se encuentran en una situación diferente,⁷³ lo cual obliga necesariamente a analizar la situación particular de cada persona o grupos de personas, así como la función de la prestación;⁷⁴ y, por otra parte, por el principio de desarrollo progresivo del contenido de los derechos⁷⁵ y las posibilidades financieras del sistema de seguridad social y del Estado. Así, las diferenciaciones podrían ser definitivas cuando la cobertura no es pertinente por su función (piénsese, por ejemplo, en las personas no remuneradas del hogar y la contingencia de desempleo), o temporales cuando existen limitaciones que impiden brindar una protección ante todos los riesgos y en tal caso, se prevé una cobertura progresiva.

Además, las prestaciones derivadas de estas situaciones protegidas admiten diferentes configuraciones, pues la lista que enuncia la Constitución se refiere a riesgos comunes y a riesgos derivados del trabajo o de la actividad profesional. Por lo tanto, su acceso puede estar condicionado al cumplimiento de requisitos asociados al principio de contribución, o ser de carácter universal con base en la residencia estable y regular, o una combinación de ambos. En otras palabras, la Constitución exige que todas las personas estén cubiertas (universalidad subjetiva o personal), pero no necesariamente frente a los mismos riesgos sociales (universalidad objetiva o material), de la misma manera (piénsese, por ejemplo, en prestaciones contributivas, no contributivas o una combinación de ambas, entre otros mecanismos) y al mismo tiempo. En todo caso, todas las personas, con independencia de su situación laboral deben gozar, al menos como punto de partida, de una protección básica de atención en salud y de ingresos económicos para garantizar el derecho a una vida digna.⁷⁶

Por lo tanto, el principio de universalidad objetiva, a diferencia de la universalidad subjetiva, admite diferenciaciones razonables y objetivamente justificadas,⁷⁷ excepto en la protección de la contingencia de vejez, la cual goza de una garantía constitucional reforzada, puesto que la Constitución garantiza a todas las personas adultas mayores, es decir, aquellas que han cumplido sesenta y cinco años de edad,⁷⁸ el derecho a la jubilación universal que puede tomar la forma de una prestación de carácter contributivo o no.

En concordancia con el texto constitucional, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que « toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».⁷⁹

73 Corte Constitucional, sentencia N.º 012-13-SIN-CC de 11 de diciembre de 2013, p. 12-14; sentencia N.º 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N.º 18, ha precisado que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia (§8).

74 La función de las prestaciones de la seguridad social puede ser de dos tipos: a) sustituir ingresos procedentes del trabajo dejados de percibir como consecuencia generalmente de la disminución o pérdida de la capacidad de trabajo; o b) aliviar la inexistencia o insuficiencia de recursos y por ello su monto suele fijarse en relación con el umbral de pobreza.

75 Constitución de la República, artículo 11 numeral 8.

76 Constitución de la República, artículo 66 numeral 2.

77 Diferenciaciones que no tengan por objetivo anular o menoscabar el igual disfrute o ejercicio del derecho a la seguridad social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §29 a 31.

78 Constitución de la República, artículo 36.

79 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce a las madres trabajadoras el derecho a prestaciones adecuadas de seguridad social durante un tiempo razonable antes y después del parto.⁸⁰

La Observación General N.º 19, en concordancia con el Convenio núm. 102, señala que los sistemas de seguridad social deben incluir prestaciones económicas y de atención en salud en caso de enfermedad, común o profesional; prestaciones económicas por vejez, invalidez, discapacidad, muerte, maternidad, desempleo; así como prestaciones familiares en dinero o en servicios⁸¹. Asimismo, la Recomendación núm. 202 señala que durante el ciclo de vida todas las personas en situación de necesidad deben gozar de garantías básicas que aseguren atención esencial en salud, incluyendo la maternidad, y una seguridad de ingresos que brinden protección básica en caso de enfermedad, desempleo, maternidad, invalidez, vejez, y tratándose específicamente de la niñez, ingresos que aseguren acceso a alimentación, educación, cuidados, entre otros bienes y servicios⁸². De la misma manera, respecto de las personas ocupadas en la economía informal, la Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal determina que los Estados deberían extender progresivamente la seguridad social y la protección de la maternidad a todos los trabajadores de la economía informal.⁸³

Sin embargo, considerando la importante movilización de recursos económicos que supone implementar la universalidad tanto respecto de los sujetos protegidos como de los riesgos sociales cubiertos, la Constitución y los instrumentos internacionales permiten que esta se alcance de manera progresiva. Así, la Constitución determina que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, y obliga al Estado a generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.⁸⁴ En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁸⁵ así como el Protocolo de San Salvador⁸⁶ comprometen a los Estados a adoptar medidas económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la seguridad social. Además, la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social consagra el principio de realización progresiva, incluso a través del establecimiento de objetivos y plazos para implementar los pisos de protección social como puntos de partida y con miras a alcanzar gradualmente niveles más elevados de seguridad social para el mayor número de personas posible y conmina a los Estados a especificar las necesidades financieras y los recursos, así como los plazos y las etapas para alcanzar progresivamente los objetivos definidos.⁸⁷

Finalmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha manifestado que el ejercicio del derecho a la seguridad social tiene una importancia fundamental para la dignidad humana, por lo que los Estados deben darle un tratamiento adecuado y prioritario tanto en la legislación como en las

80 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10 numeral 2.

81 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §12 a §21; Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículos 7 a 64.

82 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §4 a 6.

83 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal, §18.

84 Constitución de la República, artículo 11 numeral 8.

85 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 numeral 1 en concordancia con el artículo 9.

86 Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales «Protocolo De San Salvador», artículo 1.

87 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §1 literal b); §3 literal g); §14 literal e).

políticas públicas. También deben adoptar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo, de manera que todas las personas ejerzan plenamente su derecho a la seguridad social o, en todo caso, disfruten de un nivel mínimo de protección, para lo cual los Estados deben definir los mecanismos más adecuados.⁸⁸ En concordancia, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT —CEACR— ha recordado a los Estados que el objetivo de la protección universal implica el acceso progresivo de toda la población a la protección necesaria, independientemente del mecanismo de protección social que se utilice y la aplicación del principio de no regresión. Además, ha insistido en la importancia de especificar plazos y etapas como una base para traducir el concepto de la realización progresiva del derecho a la seguridad social en orientaciones concretas para el proceso de formulación y aplicación de políticas y su posterior seguimiento y evaluación.⁸⁹

En consecuencia, el principio de universalidad consagrado en la Constitución como en los instrumentos internacionales hace referencia tanto a la universalidad en cuanto a los sujetos protegidos que no admite matiz alguno, pues todas las personas sin excepción deben estar protegidas por el sistema de seguridad social; como a la universalidad de las situaciones o riesgos sociales protegidos que admite diferenciaciones razonables y objetivamente justificadas —excepto en la contingencia de vejez—, cuya materialización puede realizarse de manera progresiva y con el mayor esfuerzo del Estado para asignar los recursos necesarios para alcanzar ese fin,⁹⁰ y que puede configurarse de manera amplia, es decir, previendo prestaciones contributivas o no contributivas o una combinación de ambas.

b. Análisis de coherencia normativa

i. Universalidad de los sujetos protegidos

Ahora bien, si se analizan las disposiciones de la Ley de Seguridad Social a la luz del principio de universalidad, se puede constatar que varias disposiciones se refieren a este principio, especialmente aquellas que definen los principios del seguro general obligatorio, los sujetos protegidos, los riesgos cubiertos y las reglas de protección. Sin embargo, su coherencia con el principio constitucional de universalidad es limitada.

En primer lugar, el artículo 1 de la Ley de Seguridad Social define al principio de universalidad como «la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del Seguro General Obligatorio, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, sexo, educación, ocupación o ingresos».⁹¹ Si bien esta definición consagra el principio de igualdad formal⁹² según el cual

88 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §4, 41 en concordancia con §40 y §34 literal b); §51, §68.

89 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible, Estudio general sobre la aplicación en la legislación y en la práctica nacionales de la Recomendación sobre los pisos de protección social (núm. 202) (Ginebra: OIT, 2019), §585, 607, 608.

90 La Observación General N.º 19 establece que para que un Estado Parte pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones mínimas a la falta de recursos, deberá demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas (§60).

91 Ley de Seguridad Social, artículo 1.

92 El artículo 11 numeral 2 consagra el principio de igualdad y no discriminación mientras que el artículo 66 numeral 4 reconoce el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. «Por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, las personas tienen derecho a ser tratadas de forma igual cuando el trato diferenciado les inferioriza y tienen derecho a ser tratadas de forma diferente cuando el trato igualitario las excluye». (Corte Constitucional, sentencia N.º 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020, §73.)

todas las personas son iguales ante la ley y, en general, ante el ordenamiento jurídico, gozan de los mismos derechos y deberes y las normas jurídicas les deben ser aplicadas sin distinción de ninguna clase, la misma definición establece una diferenciación, pues garantiza la igualdad formal únicamente a la «población asegurable». Además, la Constitución reconoce no solo el derecho a la igualdad formal, sino también el derecho a la igualdad material.⁹³ En ese sentido, el principio de universalidad implica que todas las personas puedan gozar efectivamente de la protección del sistema de seguridad social, lo que supone no solo una estricta igualdad ante la ley, sino también una igualdad material que considere su situación particular y facilite su incorporación al sistema eliminando barreras de acceso como la limitada capacidad contributiva de determinados colectivos, como lo prevén, principalmente, la Observación General N.º 19⁹⁴ y la Recomendación núm. 202 relativa a los pisos de protección social.

Asimismo, la definición contiene una incoherencia conceptual a la luz de las disposiciones constitucionales, puesto que se habla de «población asegurable». En efecto, el término población o persona «asegurable» es una noción utilizada en la técnica de seguros privados⁹⁵ para designar a una persona o grupo de personas que reúnen los requisitos necesarios para poder contratar un seguro y así gozar de su protección. Esto se debe a que en el seguro privado, a diferencia de la seguridad social, existe una selección del riesgo y además una relación directa entre la cotización, el riesgo y su cobertura. Por lo tanto, para la técnica del seguro privado existe claramente una población asegurable y una población no asegurable. En cambio, para la seguridad social, al tratarse de un derecho inherente a toda persona y derivado de su dignidad, todas las personas deben ser cubiertas por el sistema contra los riesgos sociales previstos por el ordenamiento jurídico; además, el monto de los aportes es independiente del riesgo individual, a fin de garantizar la más amplia solidaridad y corregir los efectos de selección de la técnica de los seguros privados. Es precisamente esta concepción la que se encuentra plasmada en la Constitución. En consecuencia, existe una incoherencia conceptual en la definición del principio de universalidad de la Ley de Seguridad Social respecto de las disposiciones constitucionales, puesto que la Constitución reconoce a la seguridad social como un derecho irrenunciable de toda persona⁹⁶ y cuya protección, a través del seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales, debe extenderse a todas las personas con independencia de su situación laboral⁹⁷ y no solo a la «población asegurable».

En segundo lugar, la Ley de Seguridad Social considera como sujetos protegidos por el seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales a las personas trabajadoras bajo relación de dependencia,⁹⁸ a las personas trabajadoras autónomas,⁹⁹ a las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar,¹⁰⁰ a las personas afiliadas voluntarias¹⁰¹ y a quienes se dedican a la pesca artesanal y realizan trabajo de autosustento en el campo¹⁰² en calidad de titulares de derecho. Como beneficiarios de derecho derivado, la Ley considera a los cónyuges e hijos menores de dieciocho años, y a otras personas que

93 Constitución de la República, artículo 66 numeral 4.

94 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §34, 47, 48, 50, 51, 59, 68.

95 Sobre las diferencias entre las diferentes técnicas de protección social véase Santiago González y Susana Barcelón, *Introducción al Derecho a la Seguridad Social*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015; Marie Thérèse Join-Lambert, *Politiques sociales*, París: Presses de Sciences Po & Dalloz, 1997.

96 Constitución de la República, artículo 34.

97 Constitución de la República, artículo 369 en concordancia con el artículo 367.

98 Ley de Seguridad Social, artículo 2 literal a).

99 Ley de Seguridad Social, artículo 2 literal b) a f).

100 Ley de Seguridad Social, artículo 2 literal g).

101 Ley de Seguridad Social, artículo 152.

102 Ley de Seguridad Social, artículo 2 inciso 3.

tengan una relación de parentesco y que hayan sido dependientes de una persona afiliada o jubilada.¹⁰³ Todo esto responde al principio de universalidad, puesto que estas personas son consideradas por el texto constitucional como sujetos que deben ser protegidos por el sistema de seguridad social. Sin duda alguna, las últimas reformas¹⁰⁴ permitieron extender la protección de la seguridad social a las personas en situación de desempleo y a quienes realizan trabajo no remunerado en los hogares, incluyendo el trabajo de cuidado humano, con lo cual se dio cumplimiento a las disposiciones constitucionales.

Sin embargo, en este mismo punto existe una incoherencia, puesto que la Ley señala que son sujetos de protección del seguro general obligatorio «todas las personas que perciben un ingreso por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella [...]».¹⁰⁵ No obstante, la Constitución no condiciona el acceso a la seguridad social a la generación o percepción de ingresos, puesto que el fundamento de la protección del sistema de seguridad social no es el trabajo y, en consecuencia, la calidad de trabajador, sino el hecho de ser una persona, es decir, un sujeto de derechos. Por lo tanto, la generación de ingresos no tiene relevancia en el acceso al sistema, tanto es así que existen colectivos que, sin generar ingresos, como lo exige la ley, son sujetos de protección del seguro universal obligatorio de acuerdo con la Constitución. Ese es el caso de quienes realizan trabajo no remunerado en el hogar y trabajo de cuidado humano, que además son consideradas titulares de derecho y no beneficiarias de derecho derivado, sin perjuicio de que eventualmente puedan serlo. En consecuencia, a la luz de las disposiciones constitucionales, así como de los instrumentos internacionales, la percepción de ingresos no es una condición para ser sujeto de protección del sistema de seguridad social.

Asimismo, la Ley de Seguridad Social considera sujetos protegidos por el sistema a las personas de setenta años o más, o aquellas que, sin importar la edad, se encuentren incapacitadas de forma absoluta y permanente para todo trabajo remunerado y que carezcan de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades vitales de subsistencia,¹⁰⁶ así como a las personas discapacitadas no afiliadas al seguro universal obligatorio.¹⁰⁷ Si bien estas disposiciones no han sido implementadas, responden al principio de universalidad subjetiva, ya que las personas adultas mayores y las personas con discapacidad son consideradas grupos de atención prioritaria¹⁰⁸ por la Constitución, lo cual exige que no solo se respeten los derechos reconocidos a toda persona, sino también los derechos específicos reconocidos a esos grupos, y se les brinde atención prioritaria y especializada tanto en el ámbito público como privado.¹⁰⁹

En relación con la niñez, la Constitución reconoce su derecho a la seguridad social y la Recomendación núm. 202 promueve la implementación de garantías básicas tanto de salud como de ingresos para esta población. La Ley de Seguridad Social organiza esta protección a través de los titulares de derecho, es decir, el padre o la madre afiliados, o incluso los abuelos en los casos de niñas, niños y adolescentes bajo custodia familiar, acogimiento familiar o nombramiento de tutor declarados por autoridad competente,¹¹⁰

103 Ley de Seguridad Social, artículo 102; Corte Constitucional, sentencia N.º 380-13-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017; artículos 128, 194, artículos innumerados decimosegundo, decimotercero y decimocuarto a continuación del artículo 219, 285.

104 Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar adoptada el 14 de abril de 2015 y publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N.º 483 de 20 de abril de 2015. Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo adoptada el 17 de marzo de 2016 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 720 de 28 de marzo de 2016.

105 Ley de Seguridad Social, artículo 2.

106 Ley de Seguridad Social, artículo 205.

107 Ley de Seguridad Social, artículo 7.

108 Constitución de la República, artículos 36 y 37 (adultos mayores); y artículo 47 (personas con discapacidad).

109 Constitución de la República, artículo 35.

110 Corte Constitucional, sentencia No 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017.

especialmente mediante la prestación económica por maternidad tratándose de la garantía de ingresos; y mediante la atención médica, generalmente, en los establecimientos de salud del IESS en el caso de la garantía de atención básica en salud. En este último punto, cabe señalar que en cualquier caso la atención en salud está garantizada a todas las personas a través de los establecimientos de salud del Ministerio de Salud Pública sin condición ni requisito alguno, con lo cual se da cumplimiento al Convenio núm. 102, al Convenio núm. 130, así como a la Recomendación núm. 202 y a la Observación General N.º 19.

ii. Universalidad de las situaciones protegidas

La Ley de Seguridad Social contempla la protección del sistema frente a las situaciones o riesgos sociales de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, invalidez que incluye discapacidad, muerte, cesantía y desempleo.¹¹¹ Estas situaciones protegidas son las mismas que la Constitución ordena proteger, con excepción de la contingencia por paternidad, que no está considerada en la Ley de Seguridad Social.¹¹² Asimismo, estas situaciones, exceptuando la paternidad, corresponden a las establecidas en la Observación General N.º 19, en los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, núm. 183 sobre la protección de la maternidad, núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, y núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, así como en la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, excepto en cuanto a las prestaciones familiares que no están contempladas en la Ley de Seguridad Social.

La Ley organiza la protección según las características particulares de los sujetos protegidos y de la pertinencia y función de los riesgos sociales a los que están expuestos,¹¹³ y de acuerdo con la capacidad financiera del sistema en concordancia con el principio de sostenibilidad. Así, los riesgos cubiertos para los trabajadores en relación de dependencia son diferentes de aquellos cubiertos para los trabajadores autónomos,¹¹⁴ y estos a su vez son diferentes de los riesgos cubiertos para los afiliados del seguro social campesino¹¹⁵ o de aquellos previstos para las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar.¹¹⁶

Si bien podría concluirse una falta de coherencia normativa en este punto, puesto que la protección ante los riesgos no es la misma para todas las personas y, en consecuencia, podría vulnerarse el principio de igualdad, la Constitución permite, como se ha explicado anteriormente, que se realice una diferenciación en las contingencias cubiertas por el sistema siempre que sea razonable y se encuentre objetivamente justificada, considerando que este principio no implica identidad de trato en toda circunstancia.¹¹⁷ En el caso concreto, esta justificación parece encontrarse en la pertinencia y función de la prestación frente a un riesgo común como la enfermedad, y un riesgo derivado de la actividad como la enfermedad

111 Ley de Seguridad Social, artículo 3 para el nivel contributivo y 183 literal e) para el nivel no contributivo.

112 La paternidad se encuentra desarrollada en el Código de Trabajo bajo la forma de una licencia, es decir, como un derecho laboral de las personas trabajadoras en relación de dependencia; y en la Losep para los servidores públicos.

113 Ley de Seguridad Social, artículo 10.

114 Las personas trabajadoras autónomas están protegidas contra las contingencias de enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, invalidez que incluye discapacidad y muerte (Ley de Seguridad Social, artículo 10, literal b)).

115 La persona jefe de familia del seguro social campesino está protegida contra las contingencias de vejez e invalidez que incluye discapacidad, muerte y enfermedad, pero solo en cuanto a prestaciones de atención en salud. Esta última es extensiva a las personas dependientes de la persona jefe de familia debidamente acreditados y que incluye atención en caso de maternidad (Ley de Seguridad Social, artículo 10, literal c) en concordancia con el artículo 128).

116 Las personas trabajadoras no remuneradas del hogar están protegidas contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que cause incapacidad permanente total y absoluta (Ley de Seguridad Social, artículo 10, literal h).

117 Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º18, §8.

profesional o los accidentes del trabajo;¹¹⁸ la sostenibilidad del sistema y la capacidad contributiva de las personas protegidas y la capacidad fiscal del Estado, así como en la tradición del sistema.

Como lo señalan F. Bertranou y L. Saravia, las personas trabajadoras en relación de dependencia tradicionalmente han gozado de una mayor y mejor protección que los trabajadores independientes, debido al origen de los esquemas de seguro social; sin embargo, existe la voluntad de los Estados de cerrar esas brechas de cobertura.¹¹⁹ Esto puede apreciarse en la Ley de Seguridad Social, que reconoce las mismas situaciones protegidas para las personas trabajadoras en relación de dependencia como para las personas trabajadoras independientes, con excepción de la cesantía y desempleo,¹²⁰ lo cual es concordante con los Convenios núm. 102 y núm. 168, que permiten que la cobertura por desempleo se circunscriba a los asalariados y se considere su extensión a todas las personas desempleadas.¹²¹ Sin embargo, existe una incoherencia en la conceptualización de la cesantía, pues está diseñada para cubrir a la misma población (personas trabajadoras en relación de dependencia) y frente al mismo riesgo que el desempleo (pérdida de ingresos causados por la pérdida o cese del trabajo o actividad profesional).¹²² Así, unas personas están doblemente protegidas (personas trabajadoras dependientes) y las otras no tienen ninguna protección (personas trabajadoras independientes). Asimismo, las personas trabajadoras independientes, pese a que la Ley les reconoce una protección equivalente a la de las personas trabajadoras dependientes,¹²³ no tienen derecho a las prestaciones económicas por enfermedad y maternidad, sino únicamente a las prestaciones de atención en salud, ya que el IESS les ha dado un tratamiento de afiliados voluntarios sujetos al régimen jurídico del seguro voluntario,¹²⁴ a pesar de que el Tribunal Constitucional, al amparo de la Constitución de 1998, no cuestionó la obligatoriedad de la afiliación para este colectivo¹²⁵ (véase el apartado C, de la sección I) y aun cuando el régimen del seguro voluntario excluye de su ámbito de aplicación a los sujetos protegidos comprendidos en el artículo, 2 entre los que se encuentran los trabajadores independientes.¹²⁶

En relación con las personas trabajadoras no remuneradas del hogar, la diferenciación se explica por una parte, por la pertinencia y función de la prestación, tratándose de la exclusión de los riesgos por cesantía, desempleo y riesgos del trabajo; y en cuanto a la atención médica, puesto que el subsistema de salud del Ministerio de Salud Pública garantiza su atención sin mediar condición ni costo alguno, por lo que su protección consiste en una garantía de ingresos en cuanto a pensiones por vejez, muerte e invalidez que

118 Piénsese, por ejemplo, en la población de personas trabajadoras no remuneradas del hogar en comparación con las trabajadoras en relación de dependencia y la pertinencia y función de la prestación por riesgos del trabajo o por desempleo.

119 Fabio Bertranou y Leonor Saravia, «Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones» en *Trabajadores independientes y protección social en América Latina* coord. Fabio M. Bertranou (Santiago de Chile: OIT, 2009).

120 Ley de Seguridad Social, artículo 10 literal b).

121 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 21 literal a); Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, artículo 11.

122 Ley de Seguridad Social, artículos 10 literales a) y b); 274 e innumerado 6 a continuación del art. 275.1.

123 Ley de Seguridad Social, artículo 10 literal b).

124 Ley de Seguridad Social, artículo 154.

125 Tribunal Constitucional, resolución N.º 052-2001-RA publicada en el Registro Oficial N.º 525 de 16 de febrero de 2005.

126 El artículo 152 establece que la afiliación voluntaria cabe para toda persona mayor de edad no comprendida entre los sujetos obligados del artículo 2. El artículo 2 dispone que los sujetos protegidos por el seguro general obligatorio son todas las personas que perciben ingresos por ejecutar una obra o prestar un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular, el trabajador en relación de dependencia, el trabajador autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal, el menor trabajador independiente, las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado y las demás obligadas a la afiliación en virtud de leyes o decretos especiales.

produzca incapacidad permanente, total y absoluta,¹²⁷ sin perjuicio de que pueda mejorarse su cobertura en función de nuevos estudios actuariales; y, por otra parte, en la capacidad de financiamiento del Estado y de la unidad económica familiar, como se señala en los estudios actuariales correspondientes.¹²⁸

Respecto de la cobertura del seguro social campesino, la justificación parece encontrarse en el financiamiento¹²⁹ y particularmente en la tradición legislativa, pues la cobertura actual de las contingencias no ha cambiado desde 1981,¹³⁰ con excepción de la contingencia por muerte, introducida con la Ley de 2001.¹³¹

Así, de manera general se puede concluir que estas diferenciaciones son concordantes con el principio constitucional de universalidad, ya que este, en su vertiente objetiva, no exige que todas las personas estén protegidas contra todas las contingencias enumeradas en el texto constitucional y que esto sea al mismo tiempo. Además, las diferencias de cobertura se basan en elementos *a priori* objetivos y no en categorías sospechosas.¹³² Todo lo cual es concordante también con los instrumentos internacionales, ya que se reconoce que el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia,¹³³ y que además prevén la progresividad en la protección de los riesgos sociales. En tal sentido, el Convenio núm. 102 y la Recomendación núm. 202 promueven la realización progresiva de la extensión de cobertura, tanto en lo relativo a los sujetos protegidos como a los riesgos sociales cubiertos.¹³⁴ Sin embargo, en lo concerniente al seguro social campesino cabe cuestionarse la diferenciación y la progresividad en la universalidad de las situaciones protegidas, pues, más allá de la particularidad de su financiamiento, la tradición legislativa parece ser la única justificación existente en la diferencia de cobertura, especialmente en cuanto a las prestaciones económicas por enfermedad, maternidad y la protección frente a los riesgos del trabajo. Asimismo, la diferenciación respecto de las prestaciones económicas por enfermedad y maternidad para las personas trabajadoras

127 Ley de Seguridad Social, artículo 10 literal h).

128 Rosario Maldonado y Fabián Vallejo, *Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no Remunerado del Hogar. Estudio de sostenibilidad financiera y actuarial* (Quito: Editorial El Conejo, 2015); Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, *Valuación financiera y actuarial del Proyecto de Ley para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realizan trabajo en el hogar no remunerado* (Quito: diciembre de 2014 y marzo de 2015); Comisión Especializada Permanente de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social de la Asamblea Nacional, Informe para primer debate del Proyecto de Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (Quito: diciembre de 2014).

129 Al año 2021 el aporte de las personas jefes de familia fue de 2,25 dólares de los Estados Unidos (22,5 por ciento del salario básico unificado). Los trabajadores dependientes y empleadores destinan el 0,35 por ciento de su aporte al financiamiento del seguro social campesino; los trabajadores independientes y afiliados voluntarios, 0,70 por ciento. Los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, 0,35 por ciento, al igual que el Estado como empleador (seguros públicos). A ello se suma el 0,5 por ciento de las primas netas de los seguros privados y de medicina prepagada y la contribución del Estado, equivalente al 0,30 por ciento de la masa salarial de trabajadores dependientes afiliados al seguro universal obligatorio y 288 000 dólares anuales (Ley de Seguridad Social y Resolución N.º C.D. 636 de 9 de abril de 2021).

130 El Decreto Legislativo N.º 81 de 22 de noviembre de 1981 reconocía prestaciones de atención en salud por enfermedad, maternidad y atención odontológica para todos los miembros de la familia campesina afiliados al seguro social campesino, así como la prestación de auxilio para funerales en caso de fallecimiento de cualquiera de los miembros de la familia. El jefe de familia tenía derecho a una pensión por invalidez que cause incapacidad total y permanente, y a la pensión por vejez.

131 Ley de Seguridad Social, artículo 10 literal e).

132 Por ejemplo 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, discapacidad, entre otras. Constitución de la República, artículo 11 numeral 2 inciso segundo; Observación General N.º 19, §23, en concordancia con el artículo 2 literal 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

133 Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 18, §8.

134 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal g); Convenio núm. 102, artículo 71 numeral 1 y 3; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §34 literal b), 40; Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2 numeral 1 en concordancia con el artículo 9.

independientes carece de justificación, ya que a pesar de que el Tribunal Constitucional no cuestionó el carácter obligatorio de su afiliación (véase el apartado C de la sección I) reciben un tratamiento de afiliados voluntarios, y, además, realizan un aporte igual al de las personas trabajadoras en relación de dependencia,¹³⁵ con excepción de la cesantía y desempleo, y reciben una menor protección.

Asimismo, y considerando que en todos los casos analizados se contempla la protección ante la contingencia por vejez, estas disposiciones son concordantes con el principio de universalidad objetiva, puesto que la Constitución reconoce a todas las personas adultas mayores el derecho a la jubilación universal,¹³⁶ que bien puede ser de naturaleza contributiva o no contributiva. En ese sentido, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social, incluyendo aquellas relativas a las prestaciones asistenciales no contributivas por vejez e invalidez,¹³⁷ también responden al principio de universalidad objetiva —pese a su ineficacia, ya que no han sido implementadas—, puesto que protegen los riesgos sociales señalados expresamente en la Constitución, esto es la vejez y la invalidez,¹³⁸ y garantizan prestaciones básicas conforme lo preconizan la Recomendación núm. 202¹³⁹ y la Observación General N.º 19.¹⁴⁰

En cuanto a la garantía básica de atención en salud, la Ley de Seguridad Social garantiza a las personas afiliadas, a sus cónyuges y a sus dependientes menores de dieciocho años, así como a las personas pensionistas, prestaciones de atención en salud a través de los establecimientos de salud del IESS y de sus prestadores externos y que comprenden acciones de salud preventiva, curativa y de rehabilitación, incluyendo la entrega de medicamentos.¹⁴¹ De esta manera, se alinea con lo dispuesto en la Observación General N.º 19,¹⁴² el Convenio núm. 130 sobre la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad,¹⁴³ el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad¹⁴⁴ y el Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales,¹⁴⁵ aunque en el caso de los cónyuges o convivientes con derecho mediante un aporte adicional y voluntario.¹⁴⁶

135 Según las tablas de distribución de aportes contenidas en la resolución N.º C.D. 501 reformada por la resolución N.º C.D. 515 que rigen a partir del año 2021, las personas trabajadoras independientes aportan el 17,60 por ciento de la materia gravada, mientras que las personas trabajadoras en relación de dependencia el 20,60 por ciento (9,45 por ciento aporte personal y 11,15 por ciento aporte patronal en el cual se incluye el 5,16 por ciento de salud). Estas dos poblaciones destinan el mismo porcentaje de su aporte (5,16 por ciento) al financiamiento del seguro de salud.

136 Constitución de la República, artículo 37 número 3.

137 Ley de Seguridad Social, artículos 183 literal e) y 205.

138 Constitución de la República, artículo 369.

139 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §2, 4, 5.

140 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §15.

141 Constitución de la República, artículos 360, 362, 365; Ley de Seguridad Social, artículos 102, 103, 104, 105, 108.

142 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19 §13, 17, 19, 21.

143 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 130 sobre la asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, artículos 8 a 17.

144 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad, artículo 6 numeral 7.

145 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, artículos 9 numeral 1 literal a), 10 a 12.

146 3,41 por ciento adicional para los cónyuges o convivientes de las personas afiliadas activas. Para los cónyuges o convivientes de las personas pensionistas 4,15 por ciento y para sus hijos 3,41 por ciento. Codificación del Reglamento para la concesión de las prestaciones del seguro general de salud individual y familiar, las normas de extensión de cobertura, y las disposiciones para los hijos de afiliados, así como los pensionistas de montepío de orfandad del IESS, artículos 9 a 11, disposición general tercera y sexta. Cabe mencionar que este punto ha sido objeto de múltiples requerimientos de la CEACR —2005, 2007, 2012—, en los cuales se insistió al Estado remita información sobre la extensión de la asistencia médica gratuita al cónyuge e hijos de los afiliados. En 2007, la CEACR tomó nota de la adopción de la Ley de Seguridad Social de 2001 y manifestó que «existe una enorme diferencia entre lo dispuesto en la legislación y lo que ocurre en la práctica. Además de debilitar la eficacia de la ley, estas situaciones indican la falta de una política resuelta y coherente en materia de atención médica de la población». En 2013 la CEACR tomó nota igualmente de la adopción de la Resolución N.º C.D. 332 de 7 de octubre de 2010, relativa al reglamento para la concesión de las prestaciones del seguro general de salud individual y familiar, así como de la reforma a los artículos 102, 105 y 107 de la Ley de Seguridad Social, que extendió la cobertura de salud para los hijos hasta los dieciocho años. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13101:0::NO::P13101_LANG_CODE:es:NO

Cabe mencionar, además, que, en cualquier caso, la atención en salud está garantizada a través de los establecimientos del Ministerio de Salud Pública de manera gratuita, sin ninguna condición o requisito alguno conforme a la Constitución¹⁴⁷ y de conformidad con el Modelo de Atención Integral en Salud —MAIS— que rige para todo el sistema nacional de salud incluyendo todos los establecimientos de la Red Pública Integral de Salud —RPIS— de la cual forman parte los establecimientos de la seguridad social.¹⁴⁸

En consecuencia, la organización diferenciada de la protección del sistema responde al principio constitucional de universalidad en su vertiente objetiva, en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación,¹⁴⁹ que no exige que todas las personas estén protegidas contra todas las contingencias enumeradas en el texto constitucional y de la misma manera, pero sí que gocen al menos, como punto de partida, de una protección básica que permita asegurar atención de salud e ingresos económicos para garantizar el derecho a una vida digna¹⁵⁰ y que progresivamente se alcancen niveles más elevados de protección, de conformidad con el principio de desarrollo progresivo del contenido de los derechos.¹⁵¹

Sin embargo, si bien la Constitución admite diferenciaciones, estas deben ser razonables y estar basadas en criterios objetivos. En tal sentido, las disposiciones que limitan el derecho a la seguridad social basadas únicamente en el género no se encuentran justificadas.¹⁵² El Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte establece una diferenciación en el acceso a las pensiones de montepío basada en el género. Así, todas las viudas son beneficiarias de la pensión de viudedad; sin embargo, los hombres viudos tienen derecho a dicha pensión únicamente si se encuentran incapacitados para el trabajo y han vivido a cargo de la causante.¹⁵³ Lo mismo sucede cuando, a falta de beneficiarios directos (viuda, viudo incapacitado e hijos), los beneficiarios son los padres del causante. Si la madre ha vivido a cargo del causante, tiene derecho a la pensión por montepío; no obstante el padre, además de probar que ha vivido a cargo del causante, debe demostrar estar incapacitado para el trabajo.¹⁵⁴ Por lo tanto, *a priori* esas disposiciones vulneran el principio de igualdad y no discriminación,¹⁵⁵ ya que a un mismo hecho (fallecimiento de la persona afiliada o pensionista) se atribuyen consecuencias jurídicas distintas en función del sexo o del género del beneficiario, lo cual tiene como resultado la restricción del derecho a la seguridad social de los hombres que han enviudado. Sin embargo, si esta distinción fue prevista en virtud del principio de sostenibilidad y de la capacidad financiera del sistema, y con el fin de precautelar los derechos de las personas más vulnerables (en este caso las mujeres frente a los hombres, pues se reconoce una presunción de necesidad en su favor), su existencia podría estar justificada, ya que la medida perseguiría un fin constitucional válido,¹⁵⁶ que sería garantizar la protección de las mujeres que han enviudado y como consecuencia han perdido sus ingresos, así como asegurar que el sistema pueda garantizar en

147 Constitución de la República, artículo 362, inciso segundo.

148 Constitución de la República, artículo 360. Acuerdo Ministerial N.º 00005169 de 19 de septiembre de 2014.

149 El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia.

150 Constitución de la República, artículo 66 numeral 2.

151 Constitución de la República, artículo 11 numeral 8; Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social §1 literal a); §4; §13; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §1; Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.

152 «Por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, las personas tienen derecho a ser tratadas de forma igual cuando el trato diferenciado les inferioriza y tienen derecho a ser tratadas de forma diferente cuando el trato igualitario las excluye». (Corte Constitucional, sentencia N.º 3-19-JP/20 de 5 de agosto de 2020, §73.)

153 Reglamento del seguro de vejez, invalidez y muerte, artículo 17.

154 Reglamento del seguro de vejez, invalidez y muerte, artículo 18 inciso segundo.

155 Constitución de la República, artículo 11 numeral 2 y 66 numeral 4; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §2, 21, 29, 30; Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal d); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2; Observación General N.º 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales.

156 «Un fin constitucionalmente válido debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de derechos». (Corte Constitucional, sentencia N.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019, §105).

el mediano y largo plazo las prestaciones de las generaciones presentes y futuras,¹⁵⁷ y parecería ser necesaria y proporcional al buscar proteger a las personas en mayor necesidad. En cualquier caso, la evaluación de esta situación debió y debe considerar los estudios actuariales correspondientes.

Asimismo, limitar la pensión de viudedad a una sola persona beneficiaria¹⁵⁸ —normalmente la última que registra matrimonio o convivencia, sin considerar la contribución de los anteriores cónyuges o convivientes a la generación de la prestación— tiene como resultado invisibilizar la contribución del trabajo no remunerado del hogar y desconocer su participación en la obtención de la prestación del causante por parte de sus anteriores parejas o cónyuges, así como fragilizar la protección de esta población. El trabajo de cuidado es asumido mayoritariamente por mujeres, y muchas veces esta población debe interrumpir temporal o definitivamente sus actividades remuneradas o recurrir a empleos precarios, para asumir el cuidado de los miembros de la familia. Esta situación fragiliza de manera general su protección por la seguridad social, particularmente en lo relativo a las pensiones por vejez, ya que no logran cumplir con los periodos mínimos de aportación o, si lo logran, lo hacen con mayor dificultad que los hombres. Así, los montos de las pensiones de las mujeres ya afectados por la brecha salarial entre hombres y mujeres sufren una nueva afectación por la intermitencia de los aportes, que profundiza las situaciones de pobreza por género.¹⁵⁹

Igualmente, la pérdida de la pensión de viudedad con motivo de nuevo matrimonio o unión de hecho¹⁶⁰ si bien sigue el diseño tradicional de la contingencia por muerte del Convenio núm. 102, es decir, «protege a la viuda y a los hijos ante la pérdida de los medios de existencia como consecuencia de la muerte del sostén de familia» y presume la incapacidad de la viuda para subvenir a sus propias necesidades¹⁶¹ pudiendo suspenderse la prestación mientras la viuda viva en concubinato, en concordancia con el Convenio núm. 128,¹⁶² podría contravenir el derecho a la intimidad personal y familiar,¹⁶³ a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad,¹⁶⁴ a la luz de la Constitución de 2008, pues podría ser considerada una injerencia desproporcionada en la libertad matrimonial de la persona y en la libertad de fundar una

157 En este punto es necesario precisar que, si en lugar de eliminar este requisito se lo hace extensivo a las mujeres, se puede producir una ruptura del derecho a la igualdad material, puesto que las mujeres desde ya tienen complicaciones para acceder a pensiones, debido especialmente a la desigualdad del mercado laboral y al desequilibrio en la carga de trabajo de las tareas de cuidado. Por lo tanto, la extensión de este requisito hacia las mujeres tendría como resultado el menoscabo de sus derechos y constituiría una medida regresiva.

158 Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte, artículo 17.

159 Véase Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación Economía del Cuidado, Trabajo Remunerado y No Remunerado. En base al análisis de los resultados de la Encuesta Específica de Uso del Tiempo 2012* (Quito: El Telégrafo, 2016). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su informe del año 2019, constata que «El acceso de las mujeres a la protección social se ve afectado por una serie de factores económicos y sociales que conducen a la desigualdad de género y a disparidades en cuanto a la cobertura, tanto en la legislación como en la práctica. Estas deficiencias tienen sus raíces, entre otras causas, en la interrupción de la trayectoria profesional de las mujeres debido al nacimiento de los hijos y al cuidado de los hijos y de otros familiares, en el hecho de que se emplee a las mujeres con más frecuencia que a los hombres en el marco de contratos atípicos, en el hecho de que ganen en promedio entre el 10 y el 30 por ciento menos que los hombres, y en que siguen asumiendo una mayor responsabilidad que los hombres en lo que respecta al trabajo de cuidados no remunerado». Véase Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio general sobre la aplicación en la legislación y en la práctica nacionales de la Recomendación sobre los pisos de protección social*, §398 (Ginebra: OIT, 2019).

160 Ley de Seguridad Social, artículo 94 inciso final; Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte, artículo 21 literal a).

161 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 59.

162 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, artículo 32 numeral 1 literal g).

163 Constitución de la República, artículo 66 numeral 2 en concordancia con el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

164 Constitución de la República, artículo 66 numeral 5.

nueva familia, al obligar a la persona a mantener su viudedad, a fin de recibir la prestación, cuando en su lugar podrían preverse otros criterios para dar por terminado el derecho a la prestación, como la situación de necesidad ligada a un nivel de ingresos.

Por otro lado, con excepción de los periodos de inactividad compensada (subsídios por maternidad, enfermedad o subsidio transitorio por incapacidad parcial),¹⁶⁵ la Ley de Seguridad Social no prevé disposiciones que promuevan la igualdad material y corrijan o mitiguen las desigualdades del mercado laboral y los efectos de la carga del cuidado sobre las pensiones de las mujeres, como lo dispone la Observación General N.º 19.¹⁶⁶

En cuanto a la contingencia de paternidad, cabe mencionar que es considerada por la Constitución como una situación protegida por el sistema de seguridad social. Sin embargo, no ha sido configurada y regulada como tal en la Ley de Seguridad Social, sino que se encuentra normada en el Código de Trabajo como un derecho del trabajador, bajo la forma de una licencia con remuneración¹⁶⁷ o sin remuneración.¹⁶⁸ De ahí que su cobertura se encuentre a cargo de la persona empleadora si se trata de una licencia con remuneración, o de la persona trabajadora si es una licencia sin remuneración, situación en la que la ley permite recurrir a la afiliación voluntaria por el tiempo que dure la licencia, es decir, durante máximo nueve meses.

De aquello resulta una incoherencia, ya que al tratarse de una contingencia de la seguridad social la paternidad debería ser institucionalizada, cubierta y financiada de manera colectiva desde el sistema de seguridad social, específicamente desde el seguro universal obligatorio¹⁶⁹ cuyas prestaciones son de responsabilidad del IESS,¹⁷⁰ sin perjuicio de las concordancias que puedan existir con otras normas. Además, puesto que bajo la figura de licencia, sobre todo sin remuneración, se despoja a la contingencia de su naturaleza y finalidad, por cuanto como contingencia o riesgo social, la paternidad busca garantizar ingresos económicos a la persona titular del derecho ante el nacimiento de un hijo o su adopción, para que pueda dedicarse al cuidado del nuevo miembro de la familia. No obstante, la configuración actual de la paternidad es la de una licencia; es decir, está considerada como un derecho laboral y no como un riesgo social, y no está diseñada como una prestación de sustitución o de garantía de ingresos económicos. Es más, la ley recurre a la contingencia de cesantía para paliar esta deficiencia¹⁷¹. Asimismo, respecto del periodo de la licencia de paternidad, la Corte Constitucional ha manifestado que «el hecho de que a las mujeres se les reconozca más tiempo para el cuidado (12 semanas) y a los hombres menos tiempo (10 días), constituye una forma de reforzar el rol de cuidado a las mujeres, reafirmar estereotipos de género, preservar la desigualdad en los roles de cuidado, y dificultar la reincorporación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral».¹⁷²

165 Ley de Seguridad Social, artículo 187.

166 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §32.

167 Código de Trabajo, artículo 152 inciso segundo. Licencia por diez días en caso de parto normal; en circunstancias extraordinarias este periodo aumenta en cinco, ocho y máximo veinticinco días. En caso de adopción la licencia es de quince días.

168 Código de Trabajo, artículo innumerado a continuación del artículo 152. Licencia durante nueve meses a partir de la terminación de la licencia remunerada.

169 Constitución de la República, artículos 369, 370.

170 Constitución de la República, artículo 370.

171 El artículo innumerado a continuación del artículo 152 del Código de Trabajo establece que, una vez terminada la licencia o permiso por paternidad, el padre o la madre pueden solicitar sus fondos de cesantía acumulados que serán entregados al día sesenta y uno contado desde la presentación de la solicitud.

172 Corte Constitucional, sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020, §140, 141.

Respecto de las prestaciones familiares, cabe señalar, por un lado, que esta parte del Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social no ha sido ratificada por el Ecuador, y, por otro, que la Ley de Seguridad Social no las considera en las situaciones protegidas por el régimen general o sus regímenes especiales. Sin embargo, los estándares del Convenio núm. 102 bien podrían ser considerados como guía para incluir esas prestaciones en la normativa del seguro universal obligatorio, siempre que se cuente con los estudios necesarios que garanticen su financiamiento y la sostenibilidad del sistema.

B. Coherencia normativa respecto de los principios de solidaridad y equidad

a. Alcance de los principios de solidaridad y de equidad

La Constitución determina, en los artículos 34, 367 y 340, que la seguridad social se guiará por el principio de solidaridad. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que se trata de un principio esencial en materia de seguridad social.¹⁷³ En efecto, el esfuerzo conjunto de todas las personas en el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social permite que el sistema pueda garantizar su cobertura en el corto y largo plazo.

En concordancia con estos artículos, los artículos 371, 373 y 374 establecen las fuentes de financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, esto es los aportes de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores; los aportes de las personas independientes aseguradas; los aportes voluntarios de las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior; los aportes diferenciados de las personas jefes de familia del seguro social campesino; la contribución de los seguros públicos y privados, así como los aportes y contribuciones del Estado.

De acuerdo con estas disposiciones, el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social reposa sobre dos pilares: la solidaridad proveniente de los aportes de las personas afiliadas y empleadoras, y la solidaridad nacional proveniente de los aportes y contribuciones del Estado, es decir, de recursos fiscales resultado del esfuerzo de toda la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 371 indica «quienes son los responsables de aportar a la seguridad social y de qué manera».¹⁷⁴

Asimismo, el principio de solidaridad debe entenderse a la luz de otras disposiciones constitucionales relativas al régimen de desarrollo y a los deberes del Estado y de los ciudadanos. La Constitución establece que el régimen de desarrollo está encaminado a garantizar el buen vivir, que exige que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza.¹⁷⁵ En tal virtud, el régimen de desarrollo tiene como objetivos mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población,¹⁷⁶ así como construir un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible, basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.¹⁷⁷ Dicho sistema económico tiene como objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir, teniendo al ser

173 Corte Constitucional, sentencia N.º 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019.

174 Corte Constitucional, sentencia N.º 02-18-IN/CC de 21 de marzo de 2018, p. 90.

175 Constitución de la República, artículo 275.

176 Constitución de la República, artículo 276 numeral 1.

177 Constitución de la República, artículo 276 numeral 2.

humano como sujeto y fin.¹⁷⁸ En este sentido, la política fiscal tiene entre sus objetivos el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos, así como la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.¹⁷⁹ Además, el régimen tributario debe priorizar los impuestos directos y progresivos, y la política tributaria, promover la redistribución y estimular el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.¹⁸⁰

En concordancia con estos preceptos, el texto constitucional determina que es deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular y, entre otros, la salud y la seguridad social.¹⁸¹ Además, planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir.¹⁸² En consecuencia, las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos deben orientarse a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y deben formularse a partir del principio de solidaridad.¹⁸³

Asimismo, y como obligación correlativa, la Constitución establece como deber y responsabilidad de las personas ecuatorianas cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social y pagar los tributos establecidos en la ley.¹⁸⁴ Al respecto, y en cuanto a los tributos, la Corte Constitucional ha manifestado que, en virtud del modelo económico consagrado en la Constitución, «la solidaridad es la expresión de la fórmula del Estado constitucional de derechos y justicia que fundamenta la función redistributiva de los recursos, y al mismo tiempo fundamenta la existencia de las distintas figuras tributarias. El deber de contribuir al sustento del gasto público (artículo 83 numeral 15) encuentra entonces su origen en el principio de solidaridad».¹⁸⁵ En ese sentido se han regulado los principios del régimen tributario, entre los que se encuentra el principio de equidad,¹⁸⁶ que «atiende a dos ámbitos: el horizontal y vertical. Por el primer ámbito se entiende que las personas con capacidad económica igual deben contribuir de igual manera, es decir, se relaciona con los principios de generalidad e igualdad formal; por el ámbito de equidad vertical se entiende que las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida, lo que tiene relación con los principios constitucionales de igualdad material y progresividad del sistema tributario».¹⁸⁷

Al deber específico de los ciudadanos respecto de la seguridad social se suman el de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir, y el de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.¹⁸⁸ En estas disposiciones se evidencia la transversalidad del principio de solidaridad y, específicamente, el deber de solidaridad social tanto en la acción de los ciudadanos como del Estado, condición necesaria para la cohesión social y la garantía de los derechos.

178 Constitución de la República, artículo 283.

179 Constitución de la República, artículo 285 numerales 1 y 2.

180 Constitución de la República, artículo 300.

181 Constitución de la República, artículo 3 numeral 1.

182 Constitución de la República, artículo 3 numeral 5.

183 Constitución de la República, artículo 85 numeral 1.

184 Constitución de la República, artículo 83 numeral 15.

185 Corte Constitucional, sentencia N.º 004-11-SIN-CC de 18 de agosto de 2011, p. 11.

186 Corte Constitucional, sentencia N.º 004-11-SIN-CC, p. 11.

187 Corte Constitucional, sentencia N.º 004-11-SIN-CC de 18 de agosto de 2011, p. 20.

188 Constitución de la República, artículo 83 numerales 7 y 9.

Por su parte, el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social propugna que los costos de las prestaciones y de los gastos de administración sean financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por los dos a la vez, de manera que se tenga en cuenta la situación económica de las personas protegidas y se evite que las personas con recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa.¹⁸⁹ Asimismo, la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social establece los principios de universalidad en la protección basada en la solidaridad social,¹⁹⁰ la solidaridad en la financiación de los pisos de protección social que propenda a un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;¹⁹¹ así como la sostenibilidad financiera, fiscal y económica teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad¹⁹². Recomienda a los Estados considerar varios métodos para movilizar los recursos necesarios que garanticen esa sostenibilidad, tomando en cuenta la capacidad contributiva de los distintos grupos de la población. Entre estos métodos pueden contarse el control efectivo de las obligaciones tributarias y contributivas, la redefinición de prioridades de gasto, la creación de una base de recaudación más amplia y suficientemente progresiva, así como la implementación de medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones.¹⁹³

Si bien la Corte Constitucional no se ha pronunciado sobre el principio de equidad en materia de seguridad social, de acuerdo con estos instrumentos, puede asimilarse el alcance del principio de equidad en materia tributaria con el alcance de este en materia de seguridad social considerando, además, que el texto constitucional establece que el sistema de seguridad social se guiará también por el principio de equidad,¹⁹⁴ al igual que el régimen tributario.¹⁹⁵

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N.º 19 relativa al derecho a la seguridad social, determina que cuando existen cotizaciones de por medio «los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto».¹⁹⁶ Además, establece la obligación del Estado de hacer efectivo el ejercicio del derecho a la seguridad social prestando apoyo a las personas y grupos que no puedan realizar cotizaciones suficientes para su propia protección mediante planes no contributivos u otras medidas;¹⁹⁷ e incluyendo a las personas que se encuentren fuera de la protección del sistema, a través de impuestos o de cotizaciones incluso cuando exista una capacidad limitada de financiamiento.¹⁹⁸

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, por su parte, ha reiterado que

189 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 71, numeral 1.

190 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal a)

191 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal h)

192 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal k)

193 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11, numerales 1 y 2.

194 Constitución de la República, artículos 34 inciso primero y 340.

195 Constitución de la República, artículo 300 inciso primero.

196 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §25.

197 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §50.

198 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §51.

la solidaridad social, sobre todo en sus aspectos financieros, refuerza la cohesión y la paz social y es un arma poderosa contra la pobreza y la desigualdad, así como un instrumento eficaz para construir sociedades más justas y equitativas. La forma de lograr un desarrollo progresivo de la seguridad social reside en el fortalecimiento y la ampliación de la solidaridad social como la manifestación de los valores colectivos de cohesión social, asistencia mutua y reparto de responsabilidades, y de los valores humanos de empatía, compasión y cuidado de los débiles. Los primeros contribuyen a hacer que las comunidades sean más resistentes a los riesgos comunes, mientras que los últimos inspiran en cada miembro de la comunidad el deseo de asumir voluntariamente su cuota de responsabilidad en la tarea de velar por el bienestar común.¹⁹⁹

Por esta razón, la Comisión insta a los Estados a contar con mecanismos de redistribución solidarios, eficaces y equitativos para establecer sistemas integrales de seguridad social que brinden pisos de protección social al conjunto de la población. Además, recuerda que el financiamiento colectivo de la protección social sobre la base más amplia posible es el medio óptimo para afrontar las situaciones imprevistas de la vida y distribuir los ingresos a lo largo de los años, al tiempo que proporciona la capacidad necesaria para que el Estado garantice la viabilidad financiera y el desarrollo sostenible del sistema nacional de protección social.²⁰⁰

En consecuencia, el principio de solidaridad en materia de seguridad social no puede entenderse aislado de los preceptos constitucionales que rigen el régimen de desarrollo y el sistema económico, puesto que estos están orientados a hacer efectivos los derechos constitucionales entre los que se encuentran la seguridad social. El principio de solidaridad tampoco puede entenderse aislado del principio de obligatoriedad, ya que la realización del derecho a la seguridad social no solo es un deber y responsabilidad primordial del Estado, sino también un deber y responsabilidad de los ciudadanos. Por lo tanto, se trata de un deber recíproco y una responsabilidad compartida entre el Estado y los ciudadanos, que están obligados a cumplir sus deberes para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho. Finalmente, el principio de solidaridad es indisociable del principio de equidad, tanto en materia de seguridad social como tributaria, pues introduce el objetivo de justicia social.

b. Análisis de coherencia normativa

Ahora bien, la Ley de Seguridad Social contiene varias disposiciones que se refieren al principio de solidaridad, ya sea en cuanto a su alcance o al financiamiento de las prestaciones.

Respecto del alcance del principio de solidaridad, la Ley de Seguridad Social define a la solidaridad como «la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio».²⁰¹ Esta definición no se corresponde con las disposiciones constitucionales, pues la Ley define el principio como «ayuda», cuando la Constitución establece un deber, el deber y responsabilidad de todas las personas de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social y pagar los tributos establecidos en la ley.²⁰²

199 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *La seguridad social y la primacía del Derecho. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa* (Ginebra: OIT, 2011) §452.

200 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General sobre la aplicación en la legislación y en la práctica nacionales de la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (Ginebra: OIT, 2019) §109, 622.

201 Ley de Seguridad Social, artículo 1.

202 Constitución de la República, artículo 83 numeral 15.

i. Solidaridad y equidad en el financiamiento de las prestaciones

En cuanto a las disposiciones relativas al financiamiento de las prestaciones, la Ley de Seguridad Social establece que las prestaciones del seguro general obligatorio se financiarán con los aportes de las personas afiliadas y empleadoras; la contribución financiera obligatoria del Estado para cada seguro en los casos que señala la ley; las reservas técnicas del régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional; los saldos de las cuentas individuales de la jubilación por ahorro individual obligatorio, y otros ingresos provenientes de rentas, dividendos, herencias,²⁰³ entre otras. En cambio, aquellas correspondientes al seguro social campesino se financiarán con el aporte solidario de las personas empleadoras y afiliadas del seguro general obligatorio; la contribución obligatoria de los seguros públicos y privados que forman parte del sistema de seguridad social; el aporte diferenciado de las familias del seguro social campesino; la contribución obligatoria del Estado, y otras asignaciones que entregue la Función Ejecutiva.²⁰⁴

Como se puede apreciar, la Ley de Seguridad Social basa el financiamiento de las prestaciones principalmente en dos pilares: los aportes de las personas afiliadas y empleadoras, y las contribuciones del Estado. Por lo tanto, en abstracto, estas disposiciones son coherentes con el principio constitucional de solidaridad, pues denotan un esfuerzo conjunto de los afiliados y del Estado para financiar el sistema, como lo disponen los artículos 371, 373 y 374 de la Constitución. En el mismo sentido, estas disposiciones responden al principio de solidaridad consagrado en el Convenio núm. 102, que propugna un financiamiento colectivo de las prestaciones basado en aportes o impuestos o en los dos,²⁰⁵ así como en la Recomendación núm. 202, que promueve la solidaridad social en la financiación de los regímenes de seguridad social.²⁰⁶ Además, existe una solidaridad reforzada hacia el seguro social campesino, en donde los afiliados de los seguros públicos y privados se suman al financiamiento de las prestaciones de los afiliados de este, con lo cual se evidencia la introducción del principio de equidad vertical, en donde aquellos que mayor capacidad tienen contribuyen en mayor medida.

Específicamente, en cuanto al financiamiento de las pensiones, la Ley prevé un régimen de pensiones mixto basado en la solidaridad intergeneracional y en el ahorro individual obligatorio.²⁰⁷ Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional,²⁰⁸ al amparo de la Constitución de 1998, declaró la inconstitucionalidad del artículo 176 relativo al régimen mixto de jubilación por ser contrario al principio de solidaridad, al establecer techos que limitaban la solidaridad intergeneracional y por la configuración inequitativa del régimen, ya que la población más vulnerable difícilmente podría aportar a un seguro voluntario por carecer de recursos²⁰⁹ y, puesto que «no deben ser los pobres los que sostengan el seguro solidario».²¹⁰ Por lo tanto, esta disposición fue expulsada del ordenamiento jurídico provocando la inaplicabilidad de las disposiciones relativas al régimen mixto de pensiones, entre ellas, por ejemplo, el artículo 175 sobre el régimen de ahorro individual obligatorio, 178 sobre el derecho de opción, 181 sobre el alcance del régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, 206 sobre el alcance del

203 Ley de Seguridad Social, artículo 4.

204 Ley de Seguridad Social, artículo 5.

205 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 71, numeral 1.

206 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal h).

207 Ley de Seguridad Social, artículo 171 en concordancia con el artículo 173.

208 Tribunal Constitucional, resolución N.º 052-2001-RA publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 205 de 16 de febrero de 2005.

209 Tribunal Constitucional, resolución N.º 052-2001-RA en concordancia con la Resolución N.º 209-2001-TP publicada en el Registro Oficial N.º 438 de 23 de octubre de 2001, §13.

210 Tribunal Constitucional, resolución N.º 052-2001-RA, §13.

régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio, entre otros. En consecuencia, el régimen mixto no se implementó. Por esta razón, el análisis se concentra sobre el régimen de transición,²¹¹ que es el vigente, es decir, el régimen de solidaridad intergeneracional.

Si nos referimos al régimen de transición, se puede apreciar que su financiamiento está basado en la solidaridad intergeneracional, es decir, las prestaciones de los actuales pensionistas son financiadas con los aportes de las personas afiliadas y empleadoras y a ello se suma la contribución del Estado con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago.²¹² Así, en abstracto, estas disposiciones guardan coherencia con el principio de solidaridad, pues, por una parte, se evidencia el pilar de financiamiento proveniente de los aportes de las personas afiliadas y empleadoras previsto en la Constitución, y, por otra, el pilar de financiamiento correspondiente a la solidaridad nacional también previsto en la Constitución, es decir, la contribución proveniente de los recursos fiscales fruto del esfuerzo de toda la población. En otras palabras, la ley consagra un financiamiento basado en el esfuerzo colectivo entre afiliados y empleadores y el Estado para responder a las necesidades causadas por los riesgos sociales que han sido aceptados como tales en la Constitución y cuya protección se hace efectiva a través del seguro universal obligatorio. Asimismo, estas disposiciones responden al principio de solidaridad consagrado en el Convenio núm. 102, que propugna un financiamiento colectivo de las prestaciones basado en aportes e impuestos o en los dos,²¹³ así como en la Recomendación núm. 202, que promueve la solidaridad social en la financiación de los regímenes de seguridad social y la diversificación de los métodos de financiamiento.²¹⁴

Además, en virtud del principio de solidaridad, la Ley de Seguridad Social establece un límite al monto de las pensiones, esto es la suspensión del 40 por ciento del monto de la pensión jubilar correspondiente a la contribución obligatoria del Estado de la persona jubilada que retorna al mercado laboral. Al respecto, la Corte Constitucional concluyó que esta suspensión es conforme a la Constitución y responde al principio de solidaridad, ya que no afecta a la calidad de vida de la persona jubilada que retorna al mercado laboral ni su derecho a la seguridad social, puesto que se garantizan sus ingresos económicos y la medida es proporcionada, ya que aun cuando el sistema estaría facultado a suspender la totalidad de la prestación no lo ha hecho.²¹⁵ Así, tal medida se alinea además con el Convenio núm. 102, que permite esta suspensión, así como con el Convenio núm. 128.²¹⁶

Asimismo, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social guardan coherencia con el principio constitucional de solidaridad, por cuanto consideran la garantía de pensiones mínimas que se complementa con el establecimiento de pensiones máximas que refuerzan el principio en análisis, pues quienes tienen mayor capacidad contributiva colaboran en el financiamiento de las prestaciones de aquellos con menor capacidad contributiva, lo que evidencia un efecto redistributivo al interior del sistema. Así, las pensiones mínimas no pueden ser menores al 50 por ciento de un salario básico

211 Mediante Resolución N.º C.D. 099 de 21 de febrero de 2006 se dispuso que mientras no se aplique el régimen mixto todos los afiliados de cualquier edad y los pensionistas del seguro general obligatorio o del seguro voluntario se rijan por el régimen de transición. A partir de entonces se aplica el artículo 228 de la Ley de Seguridad Social que renvía al artículo 238 que regula las prestaciones del régimen de transición de los afiliados menores de cincuenta años, que a su vez renvía al régimen solidario obligatorio.

212 Ley de Seguridad Social, artículo 237.

213 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 71, numeral 1.

214 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literales h) e i), §11 numeral 1.

215 Corte Constitucional, sentencia N.º 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019.

216 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 26 numeral 3; Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, artículo 31 numerales 1 y 2.

unificado,²¹⁷ mientras que las pensiones máximas están fijadas en función de los años cotizados y en los extremos de la tabla no pueden sobrepasar en el límite más alto, por ejemplo, el 550 por ciento de un salario básico unificado y, en el límite más bajo, el 250 por ciento de este salario.²¹⁸ Esto responde, además, a las disposiciones de los Convenios núm. 102 y 128, que permiten establecer un monto máximo, ya sea a la prestación o a la base de cálculo.²¹⁹

Finalmente, y en cuanto a pensiones, la Ley contempla la posibilidad de crear fondos previsionales complementarios cerrados cuyo financiamiento proviene de los aportes de las personas afiliadas y empleadoras,²²⁰ incluyendo del Estado en calidad de empleador.²²¹ Como lo ha precisado la Corte Constitucional, estas prestaciones obedecen a la lógica de un sistema de pensiones privado complementario de carácter voluntario²²² diferentes al sistema de pensiones público obligatorio.²²³ Por lo tanto, el principio de solidaridad que se aplica en estos fondos se circunscribe a sus afiliados y en ningún caso se hace extensivo al sistema de pensiones público. Sin embargo, en este punto el hecho de que el Estado, en calidad de empleador, pueda aportar a estos fondos puede ser incompatible con sus deberes primordiales, los principios del régimen económico y los objetivos de la política fiscal. En efecto, el Estado, en calidad de empleador, debe cumplir las mismas obligaciones y deberes que los empleadores del sector privado, a fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras. No obstante, tratándose de beneficios adicionales, la actuación del Estado está supeditada al respeto de los principios del régimen económico y del régimen de desarrollo, a la garantía de políticas públicas basadas en el principio de solidaridad y al cumplimiento de sus deberes específicos. Así, la posibilidad que abre la norma para que el Estado participe en el financiamiento de estos fondos puede resultar inequitativa frente a su obligación de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular y entre otros, la salud y la seguridad social,²²⁴ y de erradicar la pobreza y promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza²²⁵ de cara a la limitada cobertura de la protección del sistema de seguridad social administrado por el IESS, y más aún respecto de la brecha en cuanto a las pensiones asistenciales para personas adultas mayores y con discapacidad.²²⁶

217 Ley de Seguridad Social, artículo 234 en concordancia con el artículo 30 del Reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte.

218 Ley de Seguridad Social, artículo 242 en concordancia con el artículo 31 del Reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte.

219 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 65 numeral 3; Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, artículo 26 numeral 3.

220 Ley de Seguridad Social, artículo 220.

221 Ley de Seguridad Social, disposición general segunda.

222 Corte Constitucional, sentencia N.º 17-14-IN/20 de 24 de junio de 2020. §27 y 28.

223 Corte Constitucional, sentencia N.º 17-14-IN/20, §27.

224 Constitución de la República, artículo 3 numeral 1.

225 Constitución de la República, artículo 3 numeral 5.

226 Véase Pablo Casali et al., *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo* (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 6 de julio de 2020); Pablo Casali et al. *Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad* (Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021).

Por otra parte, y en cuanto a las otras prestaciones, se evidencia que los pilares de financiamiento son los mismos, es decir, los aportes de las personas afiliadas y empleadoras²²⁷ y las contribuciones del Estado.²²⁸ Con esto se cumple una vez más el principio de solidaridad consagrado en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales citados anteriormente.

ii. Solidaridad y equidad en los aportes y contribuciones

El principio de solidaridad está relacionado con la capacidad contributiva de las personas, por lo que no puede entenderse aislado del principio de equidad. Es precisamente a través de este principio que la intensidad de la solidaridad se verá materializada, tanto es así que el Convenio núm. 102 y la Recomendación núm. 202 promueven la universalidad en la protección basada en la solidaridad social,²²⁹ así como la sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo en cuenta la justicia social y la equidad.²³⁰

La Ley de Seguridad Social determina que la base de aportación para las personas trabajadoras en relación de dependencia es la remuneración.²³¹ Para las personas trabajadoras independientes cuyo ingreso sea de difícil determinación, el IESS definirá anualmente una base presuntiva de aportación para cada una de las categorías más relevantes del mercado, que se puede expresar en múltiplos y submúltiplos del salario básico unificado.²³² Esas disposiciones responden al principio de solidaridad, ya que cada persona contribuye en función de sus posibilidades, es decir, en función de sus ingresos. Sin embargo, si bien la Ley de Seguridad Social dispone que los estudios actuariales independientes contratados por el IESS para el cálculo de la aportación individual de las personas trabajadoras independientes consideren, entre otros elementos, su situación socioeconómica,²³³ la aplicación general del inciso tercero del artículo 11, según el cual el aporte no podrá ser inferior al salario básico unificado, limita precisamente el análisis de la situación económica de este colectivo, ya que se parte del principio de que el ingreso mínimo es el salario básico unificado.²³⁴ A su vez, esto limita la facultad del IESS de determinar la base presuntiva de aportación para las personas trabajadoras independientes, que puede expresarse en múltiplos y submúltiplos del salario mínimo de aportación al seguro general obligatorio²³⁵ y que bien podría ser inferior a un salario básico unificado. Esta limitación se replica, además, considerando que en la práctica el IESS aplica a esta población el régimen jurídico del seguro voluntario (véase el apartado C) y, en tal sentido, la Ley establece que el aporte de los afiliados voluntarios se pagará sobre los ingresos realmente percibidos y, en ningún caso, sobre valores inferiores al salario mínimo de aportación, es decir, el salario básico unificado.²³⁶

227 Ley de Seguridad Social, artículo 111 inciso segundo y 117 (seguro de salud individual y familiar); artículo 159 (seguro de riesgos del trabajo); artículo innumerado cuarto y sexto literal b) a continuación del artículo 275.1 (seguro de desempleo y cesantía).

228 Ley de Seguridad Social, artículos 10 literal d) y g); 96 inciso segundo, 103 literal f), innumerado a continuación del artículo 219, innumerados tercero, cuarto y sexto a continuación del artículo 275.1.

229 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal a).

230 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal k).

231 Ley de Seguridad Social, artículo 11 inciso segundo.

232 Ley de Seguridad Social, artículo 13.

233 Ley de Seguridad Social, artículo 15.

234 Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del IESS, artículo 65 inciso segundo, en concordancia con el artículo 153 de la Ley de Seguridad Social.

235 Ley de Seguridad Social, artículo 13.

236 Ley de Seguridad Social, artículo 153.

En consecuencia, la base de aportación mínima de las personas trabajadoras independientes toma en cuenta los mismos criterios que aquella correspondiente a las personas trabajadoras bajo relación de dependencia, aun cuando su situación económica no es la misma y tampoco el esfuerzo contributivo exigido. Por lo tanto, se produce una ruptura de los principios de solidaridad y equidad y del principio de igualdad, al otorgar el mismo tratamiento a personas que se encuentran en situaciones diferentes. Esta vulneración se ve acentuada por la práctica implementada que impone el mismo porcentaje de aportación y el mismo esfuerzo contributivo a las personas trabajadoras independientes y les otorga una menor protección del sistema, específicamente en cuanto a las prestaciones económicas por enfermedad común y maternidad.²³⁷ Así, esta aplicación de la Ley no responde al elemento de asequibilidad del derecho a la seguridad social, que exige que en la determinación de las cotizaciones los costos directos e indirectos sean asequibles para todos y no comprometan el ejercicio de otros derechos.²³⁸ También vulnera los principios de solidaridad y equidad, así como el derecho y principio de igualdad, al exigir una mayor solidaridad de esta población y limitar su derecho a beneficiarse de ella frente a una misma situación de necesidad. Por último, constituye una restricción injustificada al contenido de los derechos, considerando que al amparo de la Constitución de 1998 no se cuestionó la obligatoriedad de la afiliación para esta población (véase el apartado C de la sección I) y que, pese a que el artículo 10 literal b consagra el mismo nivel de protección para los trabajadores independientes y dependientes, con excepción de las contingencias de cesantía y desempleo, se aplica la protección del artículo 154 concerniente a los afiliados del seguro voluntario,²³⁹ aun cuando este excluye de su ámbito de aplicación a los sujetos protegidos comprendidos en el artículo, 2 entre los que se encuentran los trabajadores independientes²⁴⁰ (véase el apartado C de esta sección).

Respecto del aporte de las personas afiliadas al seguro social campesino, la Ley de Seguridad Social contempla un aporte diferenciado²⁴¹ que toma en cuenta el perfil económico y las carencias de la comunidad, así como la capacidad contributiva de los miembros económicamente activos de la familia,²⁴² lo cual responde al principio de igualdad, ya que se da un tratamiento diferenciado justificado a las familias que se dedican a la pesca artesanal y a las actividades de autosustento en el campo, que no se encuentran en la misma situación de las personas trabajadoras en relación de dependencia, que cuentan con ingresos fijos y comparten el monto del aporte con las personas empleadoras. En consecuencia, se cumple con el derecho a la igualdad material y con el principio de solidaridad, que se ve reflejado además en las otras fuentes de financiamiento de las prestaciones de este colectivo.

237 Según las tablas de distribución de aportes que constan en la resolución N.º C.D. 501, reformada por la resolución N.º C.D. 515, que rigen a partir de 2021, las personas trabajadoras independientes aportan el 17,60 por ciento de la materia gravada, mientras que las personas trabajadoras en relación de dependencia, el 20,60 por ciento (9,45 por ciento aporte personal y 11,15 por ciento aporte patronal, en el cual se incluye el 5,16 por ciento de salud). Estas dos poblaciones destinan el mismo porcentaje de su aporte (5,16 por ciento) para financiar el seguro de salud.

238 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §25.

239 «Art. 154.- Prestaciones y beneficios.- Los afiliados voluntarios gozarán de los mismos beneficios y prestaciones que se otorgan a los afiliados obligados, en lo referente a los Seguros de Invalidez, Vejez, Muerte, Riesgos del Trabajo y asistencia por enfermedad y maternidad».

240 El artículo 152 establece que la afiliación voluntaria cabe para toda persona mayor de edad no comprendida entre los sujetos obligados del artículo 2. El artículo 2 dispone que los sujetos protegidos por el seguro general obligatorio son todas las personas que perciben ingresos por la ejecución una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular, el trabajador en relación de dependencia, el trabajador autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal, el menor trabajador independiente, las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado y las demás obligadas a la afiliación en virtud de leyes o decretos especiales.

241 Ley de Seguridad Social, artículo 5 literal c).

242 Ley de Seguridad Social, artículo 15 inciso tercero.

En lo que concierne al aporte de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, la Ley establece aportes diferenciados en función de la situación socioeconómica de la unidad económica familiar, y la contribución del Estado está diseñada de forma progresiva, de manera que a menor nivel de ingresos corresponde una mayor contribución del Estado.²⁴³ Estas disposiciones responden así a los principios de solidaridad y equidad, pues las familias aportan en función de su capacidad contributiva y el Estado complementa ese aporte, lo que hace asequible el sistema de seguridad social y responde a los fines de la política fiscal de redistribuir el ingreso por medio de subsidios adecuados, así como a su deber de garantizar el derecho a la igualdad material.

Por otra parte, en cuanto a las contribuciones del Estado se puede apreciar que este debe realizar las siguientes:

- ▶ Contribución para el pago de la atención en salud de las personas jubiladas.²⁴⁴
- ▶ Contribución para la atención en salud por enfermedad y maternidad de las jefas de hogar del seguro social campesino.²⁴⁵
- ▶ Contribución al fondo de enfermedades catastróficas.²⁴⁶
- ▶ Contribución para completar el aporte de las personas afiliadas que realizan trabajo no remunerado en el hogar.²⁴⁷
- ▶ Contribución para financiar las pensiones asistenciales por vejez e invalidez.²⁴⁸
- ▶ 40 por ciento de las pensiones en curso de pago.²⁴⁹
- ▶ Contribución sobre la materia gravada de los afiliados con relación de dependencia al seguro general obligatorio para financiar el seguro social campesino.²⁵⁰
- ▶ El 13 por ciento de la renta líquida del artesano para financiar las prestaciones de los artesanos.²⁵¹
- ▶ El porcentaje determinado por el IESS para financiar las prestaciones de riesgos del trabajo de los artesanos.²⁵²
- ▶ El valor de las pensiones de los héroes y heroínas civiles.²⁵³

243 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado segundo a continuación del artículo 219.

244 Ley de Seguridad Social, artículo 10, literal d), en concordancia con el artículo 96, inciso segundo.

245 Ley de Seguridad Social, artículo 10, literal g).

246 Ley de Seguridad Social, artículo 103, literal f).

247 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado a continuación del artículo 219.

248 Ley de Seguridad Social, artículos 7, 183 literal e), y 205.

249 Ley de Seguridad Social, artículo 237.

250 Ley de Seguridad Social, artículo 5, literal d).

251 Ley de Defensa del Artesano, artículo 21, literal b).

252 Ley de Defensa del Artesano, artículo 21, literal c).

253 Ley de reconocimiento de héroes y heroínas nacionales, artículos 3 numeral 1; 4 y 5 en concordancia con el artículo 23 del Reglamento de esta Ley.

- El valor del aporte patronal durante un año en los contratos de trabajo juveniles.²⁵⁴
- El valor actuarial para el aumento periódico de las pensiones de las personas jubiladas y beneficiarias del seguro adicional ferroviario, y el valor de las reservas matemáticas para la jubilación de las personas trabajadoras de telecomunicaciones.²⁵⁵

Estas disposiciones guardan coherencia con el principio constitucional de solidaridad, puesto que los recursos fiscales fruto del esfuerzo de toda la colectividad son canalizados hacia la atención de personas consideradas como grupos de atención prioritaria —las mujeres embarazadas, las personas adultas mayores, las personas con enfermedades catastróficas y los jóvenes—, hacia aquellas a quienes la Constitución parece prestar una atención específica respecto de la seguridad social, es decir, las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, actividades para el autosustento en el campo, las personas trabajadoras autónomas —como los artesanos—, y hacia las personas en situación de pobreza tratándose del financiamiento de las prestaciones asistenciales no contributivas por vejez e invalidez. No obstante, estas prestaciones no han sido implementadas, por lo que, si bien son concordantes con el principio de solidaridad, no tienen eficacia alguna. Lo mismo es aplicable para el fondo solidario de enfermedades catastróficas, que no ha sido creado aún.²⁵⁶

Finalmente, respecto de la contribución del Estado con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago, cabe señalar que, si bien esta contribución responde al principio de solidaridad, no es menos cierto que puede comprometer este principio y el de equidad. En efecto, la cobertura del régimen general es limitada y se concentra mayoritariamente en las personas trabajadoras en relación de dependencia, y deja fuera a una gran parte de la población cuya situación económica impide su afiliación.²⁵⁷ Por lo tanto, la población de pensionistas refleja esta realidad, es decir, las personas pensionistas del régimen general son mayoritariamente antiguas personas trabajadoras en relación de dependencia. En tal sentido, si bien de manera abstracta se cumple con el principio de solidaridad, en el análisis en concreto puede existir una distorsión de este principio en cuanto al pilar de financiamiento concerniente a la solidaridad nacional, ya que la población más vulnerable no es beneficiaria de esta solidaridad por estar fuera del sistema y hasta participa en el financiamiento de este.

Al respecto el informe sobre los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social elaborado por la Oficina de la OIT para los Países Andinos señala que

el aporte que realiza el Estado y la solidaridad que esto implica no cumplen con el principio de progresividad dado que la cobertura del IESS es limitada y que existe una transferencia de recursos, a través del aporte del Estado, de la población que no está cubierta y se encuentra en los quintiles de menores ingresos, a una minoría que sí está cubierta y se encuentra en los

254 Código de Trabajo, artículo 34.3.

255 Cabe precisar que se trata de obligaciones arrastradas, que se mantienen para no afectar derechos adquiridos en virtud del Decreto Legislativo N.º 1 de 24 de octubre de 1960, en concordancia con el Acuerdo N.º 1760 del Ministerio de Previsión Social y Trabajo para telecomunicaciones; así como del artículo 235 de la Ley de Seguridad Social respecto de los pensionistas y beneficiarios del seguro adicional ferroviario, en concordancia con la Resolución N.º C.D. 420 de 30 de mayo de 2012.

256 Mediante sentencia N.º 679-18-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020, relativa al derecho a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, la Corte Constitucional ordenó al IESS realizar los estudios actuariales, reglamentar y crear el fondo solidario para enfermedades catastróficas en el plazo de un año (\$289).

257 «Del análisis de las tasas de cobertura por ocupación, se observa que los trabajadores públicos son los que tienen mayor protección, ya que el 92 por ciento de ellos cotiza a la seguridad social (IESS), le siguen los asalariados del sector privado con el 64,1 por ciento, los patronos con el 31 por ciento, y los trabajadores por cuenta propia y trabajadores no remunerados con el 5,1 por ciento y 4,1 por ciento, respectivamente». Pablo Casalí *et al.*, *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo* (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 6 de julio de 2020) p. 12.

quintiles de mayores ingresos, lo que vuelve el aporte del Estado regresivo. A esto se suma, que el aporte del Estado se financia a través de impuestos generales los cuales en una buena proporción provienen de aquellos que se cargan en la compra de bienes y servicios y que por lo tanto no son progresivos. Para Mesa-Lago y Bertranou, el factor más importante en la regresividad es el grado de cobertura de la población económicamente activa y de la población total: mientras más baja es la cobertura, mayor es el efecto regresivo (1998). Mientras que para Cichon *et al.*, las subvenciones fiscales generales para regímenes con bajo nivel de cobertura de la población, difícilmente podrían justificarse por razones de equidad.²⁵⁸

Esta situación contrasta también con el financiamiento de las pensiones no contributivas para personas adultas mayores, que, si bien el Estado asume de manera exclusiva, sigue siendo inferior a la contribución que este realiza a las pensiones del sistema contributivo.²⁵⁹ Además, en este caso la situación de necesidad es mayor, ya que uno de los requisitos de acceso a las prestaciones no contributivas es encontrarse en situación de pobreza y extrema pobreza.²⁶⁰ A ello se suma el hecho de que la cobertura de las pensiones no contributivas para personas adultas mayores registra una tendencia a la baja y que, a 2019, el 32,6 por ciento de esta población no gozaba de ninguna garantía de ingresos.²⁶¹

En consecuencia, la contribución del Estado con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago no responde al principio constitucional de equidad ni al principio consagrado en la Recomendación núm. 202, que promueve la sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad.²⁶²

C. Coherencia normativa respecto del principio de obligatoriedad

a. Alcance del principio de obligatoriedad

Los artículos 34 y 367 de la Constitución establecen que la seguridad social se regirá por el principio de obligatoriedad. Además, el artículo 34 determina que la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas. En concordancia con estos artículos, el artículo 83 numeral 15 determina que son deberes y responsabilidades de las personas ecuatorianas, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y en la ley, cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social y pagar los tributos establecidos en la ley. El artículo 371 determina quiénes son los responsables —y como tal obligados— del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, entre los que se encuentran de manera general los ciudadanos (trabajadores en relación de dependencia, empleadores, trabajadores

258 Pablo Casali *et al.* *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo* (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 6 de julio de 2020) p. 18-19. Según el mismo estudio, al año 2019 50,6 por ciento de los trabajadores ocupados afiliados al seguro general del IESS se encontraba en el quinto quintil de ingresos, mientras que el 27,2 por ciento se encontraba en el cuarto quintil, lo que representa una acumulación de más del 75 por ciento de los ocupados afiliados en los niveles de mayores ingresos.

259 A diciembre de 2020 el IESS registra un total de 548.070 personas pensionistas por vejez invalidez y muerte (sin incluir el seguro social campesino) y una pensión promedio de 588,59 dólares (IESS, *Boletín estadístico* N° 25, 2020, p. 70 y 72). Mientras que el MIES registra un total de 439.284 personas beneficiarias de pensiones no contributivas por vejez y discapacidad con pensiones de 100 dólares en la mayoría de casos y cuyos beneficiarios se encuentran en situación de pobreza y extrema pobreza (Registro Interconectado de Programas Sociales —RIPS—, en línea).

260 Decreto Ejecutivo N.º 804 de 20 de junio de 2019, artículos 4, 5, 7 y 8.

261 Pablo Casali *et al.* *Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad* (Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021) p.75.

262 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal k).

independientes, ecuatorianos domiciliados en el exterior) y el Estado. Así, la Constitución presenta dos caras del principio de obligatoriedad: una obligación de hacer y una obligación de no hacer.

El principio de obligatoriedad como obligación de hacer, en concordancia con el principio de solidaridad, exige no solo que los ciudadanos paguen los tributos debidamente previstos en las leyes, sino también que contribuyan específicamente con la seguridad social, pues, de acuerdo con el artículo 83 numeral 15, el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social es diferente y adicional al deber de pagar los tributos. Esto se puede apreciar además en el artículo 371 de la Constitución, que establece quiénes deben aportar al financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, siendo en cuanto a los ciudadanos las personas afiliadas en relación de dependencia y sus empleadores, las personas independientes y las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior. Así, el principio de obligatoriedad excluye, por regla general, el rol de la voluntad individual en el acceso al sistema y a sus prestaciones, y exige que toda persona sea afiliada o se afilie a la seguridad social, excepto en el caso de las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior para quienes la afiliación es voluntaria por mandato constitucional.²⁶³

De esta manera, la Constitución, a través del principio de obligatoriedad, consagra una obligación de hacer de los ciudadanos, pues sin duda alguna la obligatoriedad de la afiliación es una condición *sine qua non* para hacer efectivos los principios de universalidad, solidaridad, sostenibilidad y suficiencia, en concordancia, además, con el principio del régimen de desarrollo, según el cual el buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza.²⁶⁴ Esta obligación de hacer es respaldada igualmente por otros deberes de los ciudadanos, en donde el deber de solidaridad social es también evidente, a saber, el deber de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular conforme al buen vivir, así como de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.²⁶⁵

Asimismo, respecto del Estado, el principio de obligatoriedad se aplica tanto en su calidad de empleador, por lo que está obligado a afiliar a los servidores públicos a la seguridad social, como en su calidad de corresponsable del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social y en tal virtud está obligado a financiarlas a través de aportes y contribuciones y a hacerlo de manera oportuna,²⁶⁶ es decir, a efectuar el pago prontamente, de modo que la entrega de prestaciones no se vea interrumpida.²⁶⁷

Por otra parte, el principio de obligatoriedad como obligación de no hacer contiene la prohibición de renunciar al derecho a la seguridad social, ya sea renunciando a la afiliación al seguro universal obligatorio o a sus regímenes especiales, o renunciando a las prestaciones, conforme lo determina el artículo 34 que establece que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, en concordancia con el principio de aplicación general de los derechos según el cual los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.²⁶⁸

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que la afiliación obligatoria de las personas protegidas ha sido una constante de las normas

263 Constitución de la República, artículo 374, artículo 371 inciso primero.

264 Constitución de la República, artículo 275 inciso tercero.

265 Constitución de la República, artículo 83 numerales 7 y 9.

266 Constitución de la República, artículo 371 incisos primero y segundo.

267 Corte Constitucional, sentencia N.º 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018, p. 92.

268 Constitución de la República, artículo 11 numeral 6.

internacionales en materia de seguridad social, ya que la obligatoriedad permite distribuir (compartir) los riesgos entre el mayor número posible de afiliados. Así, el principio de la afiliación obligatoria sentó las bases para desarrollar el concepto de seguridad social basado en el ejercicio de derechos. Si bien se admiten regímenes de seguro voluntario, estos son excepcionales, pues están encaminados a alcanzar el nivel de protección mínimo previsto para las diferentes ramas en el Convenio núm. 102.²⁶⁹ Por esta razón, las normas internacionales del trabajo propugnan la más amplia solidaridad en el financiamiento de los sistemas de seguridad, así como la sostenibilidad con criterios de justicia social y equidad, y la consideración de varios métodos para movilizar los recursos necesarios para garantizar los sistemas de protección social. Estos métodos deben tomar en cuenta la capacidad contributiva de la población y pueden consistir en el control efectivo de las obligaciones tributarias y contributivas, la redefinición de prioridades de gasto, la creación de una base de recaudación más amplia y suficientemente progresiva, así como la implementación de medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones.²⁷⁰

b. Análisis de coherencia normativa

Al analizar las disposiciones de la Ley de Seguridad Social se puede concluir que estas son parcialmente coherentes con las disposiciones constitucionales en lo que concierne al principio de obligatoriedad.

En primer lugar, el artículo 1 de la Ley de Seguridad Social define la obligatoriedad como «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». El término «acordar» quiere decir «determinar o resolver algo de común acuerdo» con alguien o, tratándose de una sola persona, «determinar o resolver algo deliberadamente».²⁷¹ Así, la Ley considera al principio de obligatoriedad como una obligación de no hacer, es decir, la prohibición de ponerse de acuerdo con un tercero para renunciar a la protección del seguro general obligatorio ya sea renunciando a la afiliación o renunciando a una prestación. En ese sentido, esta disposición es coherente con los preceptos constitucionales. Sin embargo, no guarda total coherencia con las disposiciones constitucionales, pues la Constitución consagra a este principio como una obligación de hacer, es decir, la obligación de toda persona de afiliarse al seguro universal obligatorio y de afiliarse a sus trabajadores o, en otras palabras, de cooperar con la seguridad social para así hacer efectivo el derecho a la seguridad social de todas las personas. Por lo tanto, la definición legal es limitada frente al alcance constitucional del principio de obligatoriedad.

En segundo lugar, existe una contradicción entre las mismas disposiciones de la Ley, que desemboca en una contradicción con el principio constitucional de obligatoriedad. El capítulo dos de la Ley de Seguridad Social se titula «De los asegurados obligados» y, en el artículo 9, para efectos de la protección del seguro general obligatorio, define a esos asegurados, entre los que se encuentran las personas trabajadoras independientes. Sin embargo, en el artículo 10, que trata sobre las situaciones protegidas para cada uno de los asegurados obligatorios, cuando se hace referencia al mismo grupo de trabajadores independientes la ley no los considera como asegurados obligados sino voluntarios,²⁷² lo cual contraviene

269 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Estudio general relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa* (Ginebra: OIT, 2011), §63 y 64.

270 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literales g), h), k); §11 numerales 1 y 2.

271 Real Academia Española, ed., *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed. (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2011).

272 «b. El trabajador autónomo, el profesional en libre ejercicio, el administrador o patrono de un negocio, el dueño de una empresa unipersonal, el menor independiente, que voluntariamente se afiliaren al IESS, estarán protegidos contra todas las contingencias enunciadas en el artículo 3 de esta Ley, excepto la de cesantía Seguro de Desempleo; (...)» (énfasis añadido).

el principio de obligatoriedad consagrado en la Constitución, pues la regla general es la obligación de afiliación y la excepción está reservada a las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior. Además, la misma ley determina que la afiliación voluntaria procede únicamente para toda persona mayor de edad que no se encuentre comprendida entre los sujetos obligados del artículo 2,²⁷³ entre los que se encuentran precisamente los trabajadores independientes. A esta contradicción se suman las controversias suscitadas por la declaración de inconstitucionalidad, al amparo de la Constitución de 1998, de la frase «obligados a solicitar la protección», contenida en el artículo 2 de la Ley de Seguridad Social. Estas controversias reflejadas en las resoluciones del Consejo Directivo, han debilitado la implementación del principio de obligatoriedad —pese a que el Tribunal Constitucional no lo cuestionó— y han fragilizado la protección de las personas trabajadoras independientes²⁷⁴ (véanse los apartados A y B). A todo esto se añade, además, el hecho de que la Ley de Defensa del Artesano, expedida el 23 de mayo de 1997, anterior a la Constitución y a la Ley de Seguridad Social, declara obligatoria la afiliación de las personas artesanas autónomas al IESS.²⁷⁵

Esta contradicción conlleva a una distinción no justificada entre los mismos trabajadores independientes. Así, en general a las personas trabajadoras independientes se les da un tratamiento de afiliados voluntarios y a las personas artesanas autónomas, pese a ser trabajadoras independientes, se las considera afiliadas independientes obligadas. De esta manera, se generan interpretaciones erróneas que causan inseguridad jurídica y vulneran derechos constitucionales, como en el caso tratado por la sentencia N.º 2936-18-EP/21 en el cual la aplicación de la responsabilidad patronal sobre el seguro de salud terminó por anular la protección debida por el sistema a una persona afiliada artesana, cuya enfermedad no le permitió generar ingresos para pagar sus aportaciones a tiempo, por lo cual tuvo que pagar posteriormente la totalidad del costo de las prestaciones brindadas por el IESS más un recargo.²⁷⁶

273 Ley de Seguridad Social, artículo 152.

274 En su resolución de mayo de 2002 publicada en 2005 el Tribunal Constitucional, no cuestionó el carácter obligatorio de la afiliación ni para el trabajo en relación de dependencia ni para el trabajo independiente, sino que declaró la inconstitucionalidad de esa frase para evitar fragilizar la obligatoriedad de la afiliación en el caso del trabajo en relación de dependencia. Hasta antes de la Resolución N.º C.D. 460 de 11 de diciembre de 2013, se consideraba la afiliación de las personas trabajadoras independientes como obligatoria y se intentaba controlar su aplicación (la disposición transitoria segunda de la Resolución N.º C.D. 153 de 22 de febrero de 2007 disponía a la Dirección General del IESS el control de la obligatoriedad de la afiliación de las personas sin relación de dependencia). Sin embargo, a partir de esa Resolución, se eliminó la distinción que se realizaba previamente entre el régimen de afiliación de las personas trabajadoras independientes, sujetas al seguro general obligatorio, y de las personas afiliadas voluntarias, sujetas al régimen especial del seguro voluntario. La Resolución N.º C.D. 463 de 28 de enero de 2014, codificada en la Resolución N.º C.D. 464 de 29 de enero de 2014, volvió a instaurar la afiliación obligatoria con condiciones que causaron el rechazo popular (incremento del valor del aporte, base de aportación sobre los ingresos reales, control de la afiliación con sanciones en caso de registrar avisos de salida sin cese de la actividad) que la Resolución N.º C.D. 467 de 20 de marzo de 2014 eliminó y se retornó a la afiliación voluntaria.

275 Ley de Defensa del Artesano, artículo 18.

276 Corte Constitucional, sentencia N.º 2936-18-EP/21 de 28 de julio de 2021.

Por otra parte, la Ley de Seguridad Social prevé disposiciones para sancionar la afiliación fraudulenta²⁷⁷, la mora patronal²⁷⁸ y la responsabilidad patronal²⁷⁹, lo cual guarda concordancia con el principio constitucional de obligatoriedad, pues estas disposiciones permiten hacerlo efectivo. Como se ha mencionado, el principio de obligatoriedad exige que los ciudadanos contribuyan específicamente con la seguridad social al afiliarse y pagar aportes y, en virtud del principio de transparencia, esta actuación debe ser de buena fe, leal y con veracidad. En consecuencia, controlar las conductas irregulares, ya sea por afiliaciones fraudulentas, subdeclaraciones o evasión, y, en general, controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones con el sistema responde, además del principio de obligatoriedad, a los principios de solidaridad y sostenibilidad, y precautela el ejercicio del derecho a la seguridad social de las generaciones presentes y futuras. Estas disposiciones se alinean también con la Observación General N.º 19, que exige al Estado, como parte de sus obligaciones de proteger, adoptar las medidas necesarias y efectivas para impedir que terceras partes no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema²⁸⁰; así como con la Recomendación núm. 202 que prevé expresamente la necesidad de adoptar medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones.²⁸¹ Sin embargo, en este punto la Ley de Seguridad Social presenta ciertas incoherencias.

En primer lugar, la Ley de Seguridad Social denomina a estas figuras como mora «patronal» y responsabilidad «patronal». El término «patronal» viene de la palabra «patrono», que quiere decir «persona que emplea trabajadores».²⁸² Sin embargo, estas figuras no solo se aplican al patrono o empleador, sino a todas las personas obligadas con el sistema, en el primer caso, y, en el segundo caso, a las personas trabajadoras independientes y a las personas afiliadas voluntarias.²⁸³

De ello se deriva un problema, puesto que a las personas afiliadas voluntarias se las considera sujetos de responsabilidad patronal sin que la ley lo disponga así. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que la responsabilidad patronal es una sanción de carácter patrimonial que, en virtud del principio de legalidad, solo puede activarse en contra de los sujetos y en las situaciones taxativamente permitidas por el ordenamiento jurídico.²⁸⁴ Así, de acuerdo con la Ley de Seguridad Social, la responsabilidad patronal se configura cuando el IESS no puede conceder a la persona trabajadora o a sus beneficiarios

277 El artículo 80 establece la responsabilidad en caso de afiliaciones fraudulentas, es decir, aquellas «que provengan de acuerdos entre supuestos empleadores y trabajadores para simular la existencia de una prestación de servicios que no sea sujeta de afiliación obligatoria, a fin de obtener prestaciones y beneficios por parte del IESS» (artículo 32 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera de 31 de diciembre de 2020). Esta responsabilidad implica la retención de los aportes realizados, incluyendo los fondos de reserva, el reembolso de las prestaciones otorgadas y la exigibilidad inmediata de las obligaciones derivadas de préstamos, además de las acciones civiles y penales que correspondan.

278 El artículo 89 establece la responsabilidad por mora en el pago de obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o su banco, que se sanciona con el interés máximo convencional permitido incrementado en cuatro puntos; además tratándose de empleadores afiliados a Cámaras, la sanción puede incluir la suspensión de su afiliación a esos organismos (art. 98). El IESS está obligado a analizar la mora patronal cada tres meses (art. 99).

279 La responsabilidad patronal se produce cuando el IESS no puede conceder prestaciones o cuando estas se ven disminuidas porque el empleador ha incumplido sus obligaciones con el IESS (art. 94). En este caso, y siempre que el empleador no hubiere satisfecho las obligaciones pendientes en el plazo de 30 días desde la mora, el empleador será responsable de los perjuicios causados y debe reembolsar al IESS el costo de la prestación incrementado, más los respectivos intereses (art. 94).

280 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §45.

281 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11 literales 1 y 2.

282 Real Academia Española, ed., *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed. (Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001).

283 Reglamento General de Responsabilidad Patronal, artículo 7, inciso primero (para el seguro de invalidez, vejez y muerte), artículo 14, literal b), c) y d) (para el seguro de riesgos del trabajo). Además, la disposición general primera precisa que se entiende por «contratante de seguro» a las personas sin relación de dependencia y a los afiliados voluntarios.

284 Corte Constitucional, sentencia N.º 2936-18-EP/21 de 28 de julio de 2021, §92.

las prestaciones a las que tienen derecho o cuando esas prestaciones se ven disminuidas por culpa del empleador que no ha cumplido sus obligaciones con el IESS en el plazo de 30 días después de encontrarse en mora. Si el empleador ha cancelado sus obligaciones dentro de ese plazo, la responsabilidad patronal no se configura.²⁸⁵ Además, existe responsabilidad patronal cuando el empleador no ha inscrito al trabajador como afiliado desde el primer día de trabajo y no ha remitido al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros 15 días²⁸⁶ y, en el caso del seguro de riesgos del trabajo, si el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se produjeron por culpa grave del empleador o de sus representantes.²⁸⁷ Por lo tanto, un primer sujeto de determinación de responsabilidad patronal es la persona empleadora.

El inciso cuarto del artículo 73 de la Ley señala que la persona afiliada sin relación de dependencia está obligada a pagar sus aportes dentro de los plazos establecidos para el efecto y, en caso de incumplimiento, será sujeto de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a la que hubiere lugar. Por lo tanto, un segundo sujeto de determinación de responsabilidad patronal es la persona afiliada sin relación de dependencia o independiente. No obstante, el artículo vigente no menciona a las personas afiliadas voluntarias como sujetos de determinación de responsabilidad patronal. En consecuencia, la sanción de la responsabilidad patronal para las personas afiliadas voluntarias se encuentra contemplada únicamente mediante acto reglamentario sin que la Ley lo disponga así.

Por lo tanto, existe un problema de inadecuación de la norma que, bajo la figura de mora y responsabilidad «patronales», asimila a las personas trabajadoras independientes y voluntarias a la figura del empleador o patrono. Si bien respecto de la mora esta asimilación no tiene consecuencias, en el caso de la responsabilidad sí las hay.

En segundo lugar, del artículo 73 de la Ley de Seguridad Social se desprende que existe una distinción no justificada entre trabajadores independientes. En efecto, de acuerdo con el inciso cuarto de ese artículo, las personas trabajadoras independientes son sujetos de responsabilidad patronal. No obstante, las personas trabajadoras autónomas de la cultura, pese a ser trabajadoras independientes, están exoneradas de esa responsabilidad, de acuerdo con el inciso quinto del mismo artículo. En consecuencia, a efectos de la responsabilidad patronal existen dos tipos de trabajadores independientes en la ley, lo cual genera una desigualdad de tratamiento que debe ser justificada, pues dentro de una misma categoría unas personas son sujetos de responsabilidad patronal y, por lo tanto, de sanción; mientras otras no. Esto genera que dentro de una misma categoría, la de trabajadores independientes, un grupo goce de un tratamiento más favorable que el otro; por lo tanto, se vulnera el derecho a la igualdad formal, ya que de la formulación de la norma no se evidencian razones suficientes para una diferenciación.²⁸⁸ A la luz de la igualdad material tampoco sería procedente esa diferenciación, puesto que, si las personas trabajadoras autónomas de la cultura necesitan un tratamiento especial por su situación de vulnerabilidad, sobre todo económica, y de las particularidades de sus actividades, especialmente el ciclo de ingresos, otras personas trabajadoras autónomas o independientes también se encuentran en la misma situación o incluso en una más precaria.

En tercer lugar, la determinación de responsabilidad patronal conlleva una sanción económica que depende del seguro afectado.²⁸⁹ Así, en el seguro de salud, la sanción consiste en el reembolso del monto de las prestaciones concedidas más un recargo, y, en los otros seguros, se trata igualmente

285 Ley de Seguridad Social, artículo 94.

286 Ley de Seguridad Social, artículo 73, inciso primero.

287 Ley de Seguridad Social, artículo 158.

288 Corte Constitucional, sentencia N.º 019-16-SIN de 22 de marzo de 2016, p. 16.

289 Reglamento General de Responsabilidad Patronal.

de una sanción pecuniaria fijada en función de la situación. En este punto, es necesario observar que esta sanción sea proporcional y no excesiva, pues si se aplica a otros sujetos que no tienen la calidad de empleador, puede anular la protección de las prestaciones y resultar gravosa además para el ejercicio de otros derechos constitucionales, como al trabajo o a una vida digna. Por ejemplo, en las personas trabajadoras independientes y voluntarias se genera responsabilidad patronal en el seguro de vejez, invalidez y muerte si se utilizan los aportes pagados con retraso para calcular la prestación, independientemente de que sean continuos o no.²⁹⁰ Más allá de que a partir del día 60 el IESS emita automáticamente el aviso de salida, y sin perjuicio de que la persona vuelva a afiliarse,²⁹¹ es posible que la persona acumule aportes pagados con mora. Por lo tanto, cabe preguntarse de qué sirve pagar esos aportes incluso con retraso si al final no van a servir para el cálculo de la prestación y si son tomados en cuenta generan responsabilidad patronal. Así, la persona se ve obligada a cotizar más tiempo y es penalizada por el hecho de no haber podido continuar asumiendo el pago del aporte por una u otra razón y, en cualquier caso, se debe partir del principio de buena fe, como lo ha manifestado la Corte Constitucional.²⁹² En consecuencia, la responsabilidad patronal debería circunscribirse únicamente a las personas empleadoras y para las otras personas protegidas la única sanción que debería considerarse es la correspondiente a la mora, considerando, además, que el fundamento de la responsabilidad patronal es precisamente castigar la retención de los aportes del trabajador que pese a haber sido descontados por el empleador no son entregados al IESS.

Finalmente, para que una obligación sea exigible, esta debe ser realizable y no comprometer otros derechos fundamentales. Así, la obligación de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social exige considerar la situación particular de los sujetos protegidos en atención al derecho a la igualdad material y, en general, al principio de igualdad, procurando encontrar un equilibrio con el principio de sostenibilidad. En tal sentido, al determinar la base de aportación mínima de las personas trabajadoras independientes con base en los mismos criterios que la de las personas trabajadoras en relación de dependencia, aun cuando su situación no es la misma y tampoco el esfuerzo contributivo exigido (véase el apartado B), se genera una ruptura del principio de igualdad y un obstáculo al cumplimiento del deber constitucional de los ciudadanos de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social.²⁹³ En consecuencia, estas disposiciones de la Ley de Seguridad Social no responden al elemento de asequibilidad del derecho a la seguridad social, que exige que en la determinación de las cotizaciones los costos directos e indirectos sean asequibles para todos y no comprometan el ejercicio de otros derechos.²⁹⁴ Tampoco responden a lo establecido en el Convenio núm. 102, que determina que los costos de las prestaciones y de los gastos de administración sean financiados de manera colectiva por medio de cotizaciones o de impuestos, o por los dos a la vez de manera que se tenga en cuenta la situación económica de las personas protegidas y se evite que las personas con recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa.²⁹⁵ Esto se ratifica en la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, que promueve la solidaridad en la universalización de la protección social, la sostenibilidad financiera, fiscal y económica con justicia social y equidad,²⁹⁶ y la

290 Reglamento General de Responsabilidad Patronal, artículo 7, disposición general primera.

291 Reglamento General de Responsabilidad Patronal, artículo 124 sobre la afiliación voluntaria es aplicado en este caso.

292 Corte Constitucional, sentencia N.º 16-18-IN/21 de 28 de abril de 2021, §46.

293 Constitución de la República, artículo 83 numeral 15.

294 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §25, 48, 51.

295 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 71, numeral 1.

296 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal k)

consideración de varios métodos de financiamiento que tomen en cuenta la capacidad contributiva de la población.²⁹⁷

D. Coherencia normativa respecto del principio de subsidiaridad

a. Alcance del principio de subsidiaridad

Los artículos 34 inciso primero y 367 inciso segundo de la Constitución determinan que la seguridad social se guiará por el principio de subsidiaridad. El alcance de este principio no ha sido desarrollado por la Corte Constitucional. Sin embargo, a propósito de la reforma que establecía al Estado como responsable subsidiario de las pensiones, la Corte Constitucional manifestó que el artículo 371 de la Constitución (que trata sobre el financiamiento de las prestaciones de la seguridad social) indica quiénes son los responsables de aportar a la seguridad social y de qué manera, mas no en qué calidad u orden asumen tal responsabilidad.²⁹⁸ En consecuencia, el principio de subsidiaridad tiene que ver con la calidad u orden en que los responsables del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, esto es los afiliados, los empleadores y el Estado, asumen dicha responsabilidad.²⁹⁹

Asimismo, el principio de subsidiaridad debe ser entendido al amparo de los deberes del Estado de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce del derecho a la seguridad social,³⁰⁰ de planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir,³⁰¹ y de generar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos.³⁰² También debe ser entendido a la luz de los objetivos del régimen de desarrollo, entre los que se cuenta el mejoramiento de la calidad y esperanza de vida, y el aumento de las capacidades y potencialidades de la población, en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución, así como la construcción de un sistema económico justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo y de los medios de producción, y en generar trabajo digno y estable.³⁰³ Además, este principio debe entenderse al amparo de los deberes de los ciudadanos de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, pagar los tributos, promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular conforme al buen vivir, y practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios.³⁰⁴ Así, el principio de subsidiaridad permite distribuir y jerarquizar las responsabilidades del Estado y de las personas con respecto al sistema de seguridad social, así como determinar cuándo actúan

297 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11, numerales 1 y 2.

298 Corte Constitucional, sentencia N.º 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018, p. 90-91.

299 Cabe precisar que los términos «subsidiaridad» y «subsidio» no deben asociarse, pues incluso si comparten la misma raíz latina, la doctrina ha concluido su autonomía conceptual a partir del siglo XX, cuando aparece el principio de subsidiaridad en la doctrina social de la iglesia para proteger los espacios de libertad de los individuos y su dignidad frente a la excesiva injerencia de los Estados totalitarios de la época. A partir de entonces, este principio ha ido desarrollándose según las diferentes ramas de las ciencias que lo han retomado, incluyendo el Derecho en varios ámbitos como el penal, civil o social, entre otros. En ese sentido, véanse Juan Carlos Riofrío Martínez Villalba, «Evolución, alcance y límites del principio de subsidiaridad» en *Derecho y Economía. Estudios Institucionales*, ed. Rubén Méndez Reátegui (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2019); Julien Barroche, «La subsidiarité. Le principe et l'application». *Études*, vol. 408, n.º 6 (2008) 777-788 doi.org/10.3917/etu.086.0777.

300 Constitución de la República, artículos 3 numeral 1 y 34.

301 Constitución de la República, artículo 3 numeral 5.

302 Constitución de la República, artículo 11 numeral 8.

303 Constitución de la República, artículo 276 numerales 1 y 2.

304 Constitución de la República, artículo 83 numerales 5, 7, 9 y 15.

como responsables principales o responsables subsidiarios, es decir, en defecto de los responsables principales.

En consecuencia, el principio subsidiaridad, en concordancia con los principios de universalidad, de solidaridad y de obligatoriedad, tendría que ver con la calidad u orden en que los responsables del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social, esto es los afiliados, los empleadores y el Estado, asumen esa responsabilidad; así como con el nivel de intervención del Estado en la realización del derecho a la seguridad social de toda la población.

Es preciso aclarar que la configuración del principio de subsidiaridad goza de una amplia libertad tanto a nivel constitucional como de los instrumentos internacionales —que cabe señalar no consideran este principio—, por lo que el legislador puede establecer y precisar los niveles de subsidiaridad en el sistema en concordancia con los otros principios que rigen al sistema de seguridad social, y en observancia a los deberes del Estado y de los ciudadanos y sus derechos.

b. Análisis de coherencia normativa

i. Subsidiaridad respecto de la realización del derecho a la seguridad social

De manera general, la Ley de Seguridad Social define al principio de subsidiaridad como el «auxilio obligatorio del Estado para robustecer las actividades de aseguramiento y complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados».³⁰⁵ Así, según la Ley, el Estado no puede intervenir en la seguridad social, sino únicamente en defecto de los responsables principales que serían las personas «aseguradas». En otras palabras, la intervención del Estado en las actividades de aseguramiento y de financiamiento de las prestaciones es de último recurso. Eso implica, *a contrario sensu*, que los «asegurados» son los responsables principales de cumplir con tales acciones.

De manera específica, la Ley considera la intervención del Estado a través de su «auxilio obligatorio» para robustecer las actividades de aseguramiento; sin embargo, no define en qué consiste tal robustecimiento. Si al amparo de las disposiciones de la Constitución de 2008 se entiende que esta acción implica extender el seguro universal obligatorio a toda la población con independencia de su situación laboral, la definición del principio de subsidiaridad no responde al espíritu de la Constitución, que impone al Estado el deber de generar las condiciones materiales necesarias para el ejercicio del derecho a la seguridad social, por lo que está obligado a promover la redistribución equitativa de los recursos y de la riqueza para lograr el buen vivir de la población; a facilitar y hacer efectivo el ejercicio del derecho a la seguridad social garantizando que el sistema sea adecuado y esté al alcance de todas las personas.³⁰⁶ incluyendo de aquellas que trabajan en la economía no estructurada³⁰⁷ y de los grupos desfavorecidos y marginados de la población;³⁰⁸ así como a distribuir el ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados a través de la política fiscal,³⁰⁹ lo cual se alinea con el principio de solidaridad y su obligación de facilitar el acceso a la protección de la seguridad social,³¹⁰ ya sea a través del financiamiento a las prestaciones, a los aportes

305 Ley de Seguridad Social, artículo 1.

306 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §48

307 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §34

308 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §48, 50, 51

309 Constitución de la República, artículo 285 numeral 2.

310 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §34, 41, 47, 48, 50, 51.

o a los dos (véase el apartado B). En tal virtud, el Estado no presta su «auxilio obligatorio» al sistema —específicamente al IESS como entidad autónoma responsable de las prestaciones del seguro universal obligatorio— para la extensión del seguro universal obligatorio a toda la población, sino que está cumpliendo con sus obligaciones constitucionales. Esto es concordante, además, con lo expuesto en los debates del pleno de la Asamblea Nacional Constituyente, en donde se recalca la importancia del rol del Estado para materializar los derechos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, que exigen acciones positivas y no solo de abstención del Estado.³¹¹ En consecuencia, la intervención del Estado para favorecer el ejercicio de los derechos y, en particular, del derecho a la seguridad social, es primordial y no secundario o subsidiario.

Desde esta perspectiva, el Estado tiene una obligación de hacer, de facilitar, y como tal comparte la calidad de responsable principal en el financiamiento de las prestaciones de colectivos cuya capacidad contributiva es limitada. Sin embargo, esta calidad no está contemplada en la Ley, ya que esta establece una separación rígida entre la población asegurable, es decir, aquella que tiene una determinada capacidad contributiva y aquella que no lo es (véase el apartado A).

ii. Subsidiaridad respecto del financiamiento de las prestaciones

Respecto al principio de subsidiaridad en el financiamiento de las prestaciones, la Ley prevé el «auxilio obligatorio del Estado para complementar el financiamiento de las prestaciones que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados». Por lo tanto, los responsables principales del financiamiento de las prestaciones son los «asegurados». Sin embargo, los «asegurados», a efectos de la misma Ley, son los afiliados, es decir, las personas previstas en el artículo 2 de la Ley, no así las personas empleadoras que, si bien pueden tener la calidad de afiliadas, respecto de los trabajadores en relación de dependencia actúan únicamente como empleadoras y son sujetos obligados responsables de aportar al IESS. En tal sentido existe una imprecisión en la Ley, pues el auxilio obligatorio del Estado procedería cuando las aportaciones, tanto de las personas afiliadas como de los empleadores, no son suficientes para financiar las prestaciones.

Además, la población de «asegurados» del seguro general obligatorio es la población asegurable (véase el apartado A), a diferencia del seguro universal obligatorio, que abarca a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral, por lo que si bien de manera general se puede establecer el principio de subsidiaridad como ideal, es decir, que los principales responsables del financiamiento de las prestaciones del sistema sean las personas afiliadas y empleadoras, en lo específico se debería considerar también al Estado como responsable principal o corresponsable del financiamiento de las prestaciones o de los aportes de las personas con limitada o inexistente capacidad contributiva que, por ello, no pueden ser consideradas como responsables principales del financiamiento de las prestaciones.

Asimismo, y considerando una vez más la definición de la Ley, los responsables principales del financiamiento de las prestaciones son los «asegurados» y solo cuando estos no puedan costear las prestaciones con sus aportes, el Estado interviene para complementar el financiamiento. En otras palabras, solo cuando los aportes de los «asegurados» no sean suficientes para cubrir las prestaciones, el Estado prestará su «auxilio obligatorio» para cubrir la diferencia actuando como responsable subsidiario. Así, según la Ley las prestaciones, por regla general, son financiadas con los aportes de los afiliados (trabajadores en relación de dependencia, independientes y voluntarios), los aportes de los empleadores

311 Asamblea Nacional Constituyente, Acta N.º 084 de 13 de julio de 2008.

y con las rentas y demás ingresos que genera el mismo sistema (IESS-BIESS), y el Estado³¹² participa en el financiamiento de estas prestaciones para complementar el financiamiento de aquellas que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los afiliados, de acuerdo con el principio de subsidiaridad. Así, por ejemplo, de la sentencia No 49-16-IN/19 se evidencia que la contribución del Estado correspondiente al 40 por ciento de las pensiones en curso de pago constituye un aporte subsidiario.³¹³ Eso quiere decir, que la responsabilidad principal para financiar las pensiones es de los afiliados y, en caso de no poder solventar por sí mismos esa responsabilidad, el Estado prestará su socorro contribuyendo ya sea con un porcentaje o incluso con la totalidad del monto necesario para garantizar el pago de estas prestaciones. Asimismo, tratándose de otras contribuciones del Estado destinadas a complementar el financiamiento de prestaciones que actualmente parecen no poder cubrirse totalmente con los aportes de las personas afiliadas,³¹⁴ esto es la atención en salud de personas jubiladas o las enfermedades catastróficas, estas pueden responder al principio de subsidiaridad y al de solidaridad, y son concordantes con el deber del Estado de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social a toda la población,³¹⁵ puesto que si bien la responsabilidad principal en el financiamiento de las prestaciones es de los afiliados y de los empleadores, el Estado interviene para complementar ese financiamiento, en vista de que no pueden costearse totalmente con las aportaciones de los responsables principales. Sin embargo, y considerando, por ejemplo, la configuración del financiamiento de las pensiones desde la primera ley del seguro social obligatorio³¹⁶ y que continúa hasta la fecha actual, la responsabilidad del Estado en su financiamiento parece responder más bien a la de un corresponsable que a la de un responsable subsidiario, de último recurso o que actúa en defecto del principal, pues el sistema no ha sido capaz de financiar esas prestaciones únicamente con los aportes de los «asegurados» y siempre ha requerido la contribución del Estado. En otras palabras, el principio de subsidiaridad consagrado en la Ley de Seguridad Social parece ser una aspiración, pues durante más de 79 años el financiamiento de estas prestaciones ha requerido de un importante aporte del Estado y la tendencia no ha cambiado.³¹⁷

Finalmente, a partir del análisis previo y considerando que la Ley de Seguridad Social prevé prestaciones asistenciales no contributivas por vejez y discapacidad, el principio de subsidiaridad podría hacer referencia también al orden de las prestaciones, es decir, podría privilegiar la obtención de prestaciones de carácter contributivo y, en defecto de estas, las prestaciones de carácter no contributivo. En todo caso, como se ha precisado en función del pronunciamiento de la Corte Constitucional, el legislador tiene una amplia libertad para configurar el principio en análisis.

312 Como se explicó en el apartado relativo al principio de solidaridad estas contribuciones son para: el pago de la atención de salud de las personas jubiladas, la atención en salud por enfermedad y maternidad de las jefas de hogar del seguro social campesino, el fondo de enfermedades catastróficas, completar el aporte de las personas afiliadas que realizan trabajo no remunerado en el hogar, el aumento periódico de las pensiones de las personas jubiladas y beneficiarias del seguro adicional ferroviario (valor actuarial), el pago de pensiones asistenciales por vejez e invalidez, el cuarenta por ciento de las pensiones en curso de pago, financiar el seguro social campesino, financiar las prestaciones de los artesanos, para la jubilación de las personas trabajadoras de telecomunicaciones, para el pago de las pensiones de los héroes y heroínas civiles y el pago del aporte patronal durante un año en los contratos de trabajo juveniles.

313 Corte Constitucional, sentencia N.º 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019, §43.

314 La valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del IESS a 2018 realizada por la OIT, señala que el seguro de salud presenta una situación financiera muy preocupante a 2018, y que el equilibrio financiero del seguro de vejez, invalidez y muerte se compromete en el corto plazo si el Estado no contribuye con el valor correspondiente al 40 por ciento de las pensiones en curso de pago de acuerdo con los escenarios 4 y 5. (OIT, *Valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-2018*, Ecuador: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020, p. 52).

315 Constitución de la República, artículos 3 numeral 1; 34 inciso segundo.

316 Ley del Seguro Social Obligatorio del 14 de julio de 1942.

317 OIT, *Valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-2018* (Ecuador: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020).

E. Coherencia normativa respecto del principio de sostenibilidad

a. Alcance del principio de sostenibilidad

El principio de sostenibilidad se encuentra consagrado en el artículo 368 y en el inciso final del artículo 369 de la Constitución, que exige que la creación de nuevas prestaciones se encuentre debidamente financiada.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la sostenibilidad es «un criterio de manejo y administración que permite no solo que el asegurado pueda acceder a las prestaciones propias de este derecho, sino que garantiza que las futuras generaciones también puedan hacerlo».³¹⁸ Así, el principio de sostenibilidad exige el cumplimiento de requisitos previos indispensables para asegurar una prestación debidamente financiada. Además, debe existir una relación razonable entre los aportes y las prestaciones, puesto que los aportes deben ser suficientes para financiar las prestaciones, de manera que estas puedan cumplir con su finalidad, por una parte, y que esto sea en el corto y largo plazo, por otra parte.³¹⁹ Por lo tanto, el principio de sostenibilidad es una condición de realización del derecho a la seguridad social.³²⁰

En tal virtud, las reformas al sistema de seguridad social, además de respetar los principios generales de los derechos, deben estar motivadas en estudios técnicos, específicos, rigurosos y actualizados,³²¹ que justifiquen las medidas adoptadas y permitan conocer su impacto tanto en el comportamiento del sistema como en el ejercicio del derecho de los beneficiarios presentes y futuros, con especial atención al impacto del régimen de transición.³²² Así, tales estudios son un requisito adicional que debe observar el legislador y, en general, todo órgano con facultad normativa, como el Presidente de la República o el Consejo Directivo del IESS, en el proceso de formulación de leyes y demás actos normativos relativos a la seguridad social.³²³

Por su parte, el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social establece la obligación de los Estados de garantizar la elaboración periódica y oportuna de estudios y cálculos actuariales, a fin de garantizar el equilibrio del sistema y, tratándose de reformas, la obligación de realizar dichos estudios de manera previa a su adopción.³²⁴ Asimismo, determina que los costos de las prestaciones y de los gastos de administración sean financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por los dos a la vez, de manera que se tenga en cuenta la situación económica de las personas protegidas y se evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa.³²⁵ Esto es ratificado por la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, que incluye como principio guía para la extensión de la cobertura de la seguridad social

318 Corte Constitucional, sentencia N.º 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §32.

319 Corte Constitucional, sentencia N.º 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §30 y §31.

320 Corte Constitucional, sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulados de 11 de agosto de 2021, §69.

321 Corte Constitucional, sentencia N.º 83-16-IN/2021 de 10 de marzo de 2021, §212, 221 y 280; sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulados de 11 de agosto de 2021, §70 y 76; sentencia No 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §42; sentencia N.º 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §40.

322 Corte Constitucional, sentencia N.º 83-16-IN-CC, §388 y 389.

323 Corte Constitucional, sentencia N.º 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §40; sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulados de 11 de agosto de 2021, §70

324 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 71 numeral 3.

325 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de seguridad social, artículo 71, numeral 1.

la sostenibilidad financiera, fiscal y económica con justicia social y equidad,³²⁶ para lo cual los Estados pueden considerar varios métodos que tomen en cuenta la capacidad contributiva de la población y que pueden consistir en el control efectivo de las obligaciones tributarias y contributivas, la redefinición de prioridades de gasto, la creación de una base de recaudación más amplia y suficientemente progresiva, así como la implementación de medidas destinadas a prevenir el fraude, la evasión fiscal y el impago de las cotizaciones.³²⁷

En concordancia con lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N.º 19 respecto del elemento de disponibilidad del derecho a la seguridad social, señala que los planes de seguridad social deben ser sostenibles, incluidos los de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer ese derecho.³²⁸

b. Análisis de coherencia normativa

Ahora bien, en el análisis de la coherencia normativa de la Ley de Seguridad Social con el principio de sostenibilidad no corresponde realizar una valoración sobre la sostenibilidad del sistema de seguridad social, sino verificar si existen normas que consagren o respondan a dicho principio.

Así, la Ley de Seguridad Social prohíbe la creación de nuevas prestaciones o el mejoramiento de las ya existentes si no se encuentran debidamente financiadas y respaldadas en estudios actuariales que demuestren su solvencia y sostenibilidad,³²⁹ lo cual es concordante con el principio de sostenibilidad, pues como se ha señalado, el artículo 369 de la Constitución exige que toda nueva prestación esté debidamente financiada y, por su parte, la Ley complementa dicha disposición extendiendo tal obligación al mejoramiento de las prestaciones ya existentes. Estas disposiciones se ven reforzadas por las normas de control para las entidades del sistema de seguridad social emitidas por la Superintendencia de Bancos como órgano técnico de control, vigilancia y supervisión. Dichas normas exigen que el IESS presente estudios actuariales, previamente aprobados por actuarios externos independientes, al menos cada tres años o cuando se requiera ampliar la cobertura o mejorar las prestaciones de manera que se demuestre su viabilidad, solvencia y sostenibilidad,³³⁰ lo cual responde al principio constitucional de sostenibilidad.

Asimismo, la Ley de Seguridad Social establece la obligación de contar con estudios actuariales para determinar los porcentajes de aportación,³³¹ las prestaciones máximas,³³² así como para modificar la cuantía de las pensiones en curso de pago.³³³ En ciertos casos la Ley considera que los estudios actuariales realizados por la Dirección Actuarial del IESS son suficientes³³⁴ y en otros casos exige que sean

326 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3, literal k)

327 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11, numerales 1 y 2.

328 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §11.

329 Ley de Seguridad Social, artículo 233.

330 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, Capítulo V, artículos 1 y 2.

331 Ley de Seguridad Social, artículo 15, 133 y disposición general primera sobre el seguro de desempleo.

332 Ley de Seguridad Social, artículo 242.

333 Ley de Seguridad Social, artículo 232.

334 Es el caso de los estudios necesarios para determinar las prestaciones máximas (artículo 242), el financiamiento de las prestaciones de viudez y orfandad del seguro social campesino proveniente de los recursos fiscales (artículo 133) o de los cambios en el régimen prestacional para crear o mejorar prestaciones (artículo 233).

estudios actuariales independientes.³³⁵ Además, la Ley de Seguridad Social contempla la obligación de contar con estudios actuariales y financieros para dar seguimiento y controlar el equilibrio del sistema.³³⁶ Dichos estudios deben ser elaborados por los órganos internos del IESS y examinados por organismos externos independientes previo a su conocimiento y aprobación por parte del Consejo Directivo del IESS. Tales disposiciones guardan coherencia con el principio constitucional de sostenibilidad, puesto que al establecerse la obligación de contar con dichos estudios financieros y actuariales se promueve una deliberación basada en elementos técnicos para la toma de decisiones como lo ha exigido la Corte Constitucional.³³⁷ El hecho de que en ciertos casos se exija la actuación de terceros independientes y ajenos al IESS aporta sin duda alguna mayor transparencia a los procesos y se alinea precisamente con el principio de transparencia también rector del sistema de seguridad social. No obstante, no queda claro cuál es el criterio para determinar que en ciertos casos se requiera un estudio independiente y en otros no.

Estas disposiciones responden además a la obligación del Estado de garantizar que los estudios y cálculos actuariales se establezcan periódicamente y en todo caso previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de las tasas de aportación o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión³³⁸ como lo establece el Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social.

Finalmente, la Ley de Seguridad Social establece requisitos que los sujetos de protección deben cumplir previamente para tener derecho a las prestaciones del sistema de seguridad social. Estos requisitos están relacionados principalmente con el pago de un mínimo de aportaciones y un tiempo de espera, excepto para los accidentes de trabajo. Tales disposiciones responden al principio de sostenibilidad, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional la exigencia de un mínimo de aportaciones tiene como finalidad respaldar la materialización de un derecho cuyas prestaciones exigen la disponibilidad de recursos para hacerse efectivas³³⁹ y mientras sean razonables y no provoquen que la prestación sea inaccesible o insuficiente están justificadas. Así, el pago de un mínimo de aportaciones es un requisito que responde a los criterios de financiamiento y sostenibilidad de las prestaciones, así como a lo establecido en los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, núm. 183 sobre la protección de la maternidad, núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que permiten el establecimiento de periodos de calificación, así como un cierto número de aportes para el acceso a las prestaciones siempre que no sean excesivos;³⁴⁰ esto con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema, pero también para evitar abusos.³⁴¹ Respecto de los colectivos cuya capacidad contributiva es limitada

335 Se requiere estudios actuariales independientes para la modificación de los porcentajes de aportación del seguro de desempleo (disposición general primera) y para la determinación del monto de los aportes en general (artículo 15).

336 Ley de Seguridad Social, artículo 27, literal l sobre los estados financieros; y literal p) sobre los balances actuariales.

337 Corte Constitucional, sentencia N.º 83-16-IN/2021 de 10 de marzo de 2021, §212, 221 y 280; sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulados de 11 de agosto de 2021, §70 y 76; sentencia N.º 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020, §42; sentencia N.º 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019, §40

338 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 71 numeral 3.

339 Corte Constitucional, sentencia N.º 14-20-CN/20, §44.

340 El Convenio núm. 102 en concordancia con los Convenios núm. 168, núm. 130 y núm. 183 permiten que los Estados exijan un periodo de calificación; en cuanto a riesgos del trabajo se permite establecer un periodo de exposición para las enfermedades profesionales no así para los accidentes de trabajo que deben ser atendidos desde el primer día (Convenio núm. 121); y tratándose de pensiones, entre 5 y 30 años de aportes según el Convenio núm. 102 y el Convenio núm. 128.

341 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 183, artículo 11 respecto de la atención en salud, artículo 17 respecto de las prestaciones económicas por enfermedad; artículo 23 respecto de las prestaciones por desempleo; artículo 51 respecto de las prestaciones económicas y de atención en salud por maternidad.

como el caso del seguro social campesino y de las personas trabajadoras no remuneradas del hogar, el Estado garantiza la sostenibilidad del sistema mediante el financiamiento ya sea de una parte del aporte o de las prestaciones, lo cual es además concordante con el artículo 371 de la Constitución que establece como responsable del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social al Estado a través de sus aportes y contribuciones, así como con el objetivo de la política fiscal de redistribuir el ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados³⁴²; y con los principios de universalidad, de solidaridad, de obligatoriedad y de subsidiaridad (véase los apartados A, B, C y D).

Asimismo y como se analizó en el punto relativo a los principios de solidaridad y equidad (véase el apartado B), la sostenibilidad del sistema está basada en una combinación de métodos de financiamiento que consisten en aportes y recursos fiscales, además de otros ingresos resultado de inversiones, donaciones, herencias o legados³⁴³; así como en el control del fraude, la evasión y la subdeclaración,³⁴⁴ y la recuperación de las obligaciones pendientes con el sistema,³⁴⁵ con lo cual una vez más se da cumplimiento a lo establecido en el Convenio núm. 102 y en la Recomendación núm. 202; y en la Observación General N.º 19.

Por otra parte, el hecho de que la Ley de Seguridad Social establezca como base de aportación los ingresos percibidos por las personas afiliadas (sin límite) y considere pensiones mínimas y máximas (véase el apartado B), da cuenta de la inclusión de los criterios de justicia social y de equidad en la sostenibilidad del sistema, lo cual responde a lo previsto por la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social.³⁴⁶ Sin embargo, en este punto se replica una vez más la incoherencia respecto del tratamiento igual que la Ley otorga a las personas trabajadoras en relación de dependencia y a las personas trabajadoras independientes que pese a no encontrarse en la misma situación deben contribuir de la misma manera y con la misma intensidad; así como el problema de equidad en la contribución del Estado a las pensiones en curso de pago (véase el apartado B).

F. Coherencia normativa respecto del principio de suficiencia

a. Alcance del principio de suficiencia

El principio de suficiencia en materia de seguridad social se encuentra consagrado en los artículos 34 y 367 de la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional con motivo de una consulta de norma sobre el seguro de desempleo ha precisado que «en virtud del principio de suficiencia la prestación económica otorgada [...] debe ser capaz de cubrir todas las necesidades para que el asegurado tenga unas condiciones de vida adecuadas [lo cual] solo se logra con el establecimiento de un mínimo de aportaciones que permitirán cubrir el seguro [...] mientras dure la contingencia».³⁴⁷

Por su parte, varios instrumentos adoptados en el seno de la OIT promueven el principio de suficiencia de las prestaciones. Los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, núm. 183 sobre la protección de la maternidad, núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, núm. 121 sobre las

342 Constitución de la República, artículo 285 numeral 2.

343 Ley de Seguridad Social, artículos 4 y 5.

344 Ley de Seguridad Social, artículos 6 literal e), 80, 81; Código de Trabajo, artículo 42 numeral 32 inciso segundo; Código Orgánico Integral Penal, artículo 243 y 244.

345 Ley de Seguridad Social, artículo 82, 91, 95, 97, 98, 99, 100, 287.

346 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal k).

347 Corte Constitucional, sentencia N.º 14-20-CN/20, §40 y 41.

prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, establecen estándares mínimos,³⁴⁸ tanto en montos como en duración, que los Estados deben considerar, para garantizar prestaciones adecuadas³⁴⁹ siempre con miras a alcanzar niveles más elevados de protección; además debe preverse una revisión periódica de las prestaciones, a fin de que se adapten a los cambios en el costo de vida.³⁵⁰ Asimismo, la Recomendación núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida plantea la necesidad de que los regímenes de seguridad social alivien el estado de necesidad de las personas afiliadas y de sus familias causado por la pérdida o disminución de ingresos de manera que se «impida la miseria restableciendo en un nivel razonable los ingresos».³⁵¹ La Recomendación núm. 202 propugna el respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social³⁵² y, en tal sentido, los Estados al momento de establecer las garantías básicas de seguridad social deben asegurar que dichas garantías permitan a sus beneficiarios vivir con dignidad.³⁵³ Al respecto la CEACR ha enfatizado que los niveles mínimos de ingresos no pueden considerarse adecuados si están por debajo del umbral nacional de pobreza o si no cubren el valor del conjunto de bienes y servicios definidos como necesarios; y ha insistido en la importancia, no solo de proporcionar prestaciones a un nivel que sea igual o ligeramente superior al umbral de pobreza, sino también, y en particular, de prestar apoyo para ayudar a las personas a obtener unos niveles superiores de seguridad del ingreso, por ejemplo, combinando las prestaciones con medidas de apoyo al empleo para ayudar a las personas en edad activa a hallar un empleo decente y salir de la pobreza.³⁵⁴

En concordancia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General N.º 19 señala que las prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social deben ser suficientes en importe y duración de manera que se garanticen condiciones de vida adecuadas a sus beneficiarios, así como acceso a la atención de salud, por lo cual los Estados deberán revisar periódicamente los criterios de suficiencia, velar por que los métodos aplicados aseguren la suficiencia de las prestaciones y, cuando se trate de prestaciones destinadas a suplir la falta o insuficiencia de ingresos, garantizar que exista una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones pagadas y la cuantía de dichas prestaciones.³⁵⁵

348 Cabe señalar que dichos estándares no son los mismos para todos los países, ya que son las autoridades públicas las que establecen el punto de referencia nacional, con lo cual en el seguimiento del cumplimiento de dichas obligaciones se considera la realidad nacional. Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, parte XI, artículo 65 a 67.

349 El Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, en cuanto a las prestaciones económicas por maternidad prevé al menos el 45 por ciento del salario de referencia como garantía de ingresos durante doce semanas y el Convenio núm. 183 66.7 por ciento durante 14 semanas. Para enfermedad común el Convenio núm. 102 prevé 45 por ciento del salario de referencia durante veinte y seis semanas y el Convenio núm. 130 60 por ciento durante cincuenta y dos semanas. Para pensiones de vejez y de invalidez 40 por ciento del salario de referencia y revalorización y el Convenio núm. 128 45 por ciento y 50 por ciento. Para pensiones por muerte (sobrevivencia) el Convenio núm. 102 prevé 40 por ciento del salario de referencia y el Convenio núm. 128 45 por ciento al menos hasta los quince años o hasta la edad de fin de la educación obligatoria y para las viudas de manera vitalicia excepto si hay concubinato. Para accidentes del trabajo y enfermedades profesionales el Convenio núm. 102 prevé un subsidio de 50 por ciento del salario de referencia en caso de incapacidad y una pensión de 40 por ciento en caso de muerte y el Convenio núm. 121 60 por ciento del salario de referencia y una pensión de al menos 50 por ciento así como gastos funerarios en caso de muerte. En cuanto a las prestaciones de atención en salud al menos acceso a servicios generales y especializados de salud, entre otros.

350 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 66; Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, artículo 29.

351 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida, §1.

352 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal f);

353 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §8 literal b).

354 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (OIT: Ginebra, 2019) §496.

355 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §22.

b. Análisis de coherencia normativa

Respecto del principio de suficiencia, al igual que en el caso del principio de sostenibilidad, no es pertinente analizar el nivel de suficiencia de las prestaciones, sino determinar si en la Ley de Seguridad Social se prevé este principio o se establecen mecanismos para garantizarlo, y si se ha considerado o no los estándares internacionales.

La Ley de Seguridad Social considera entre los principios rectores del seguro general obligatorio el de suficiencia definido como «la entrega oportuna de los servicios, las rentas y los demás beneficios del Seguro General Obligatorio, según el grado de deterioro de la capacidad para trabajar y la pérdida de ingreso del asegurado».³⁵⁶ Esta definición no responde al principio de suficiencia pues no se interesa en la capacidad de las prestaciones para garantizar condiciones de vida adecuadas a sus titulares, considerando que el derecho a la seguridad social es un componente del derecho a una vida digna,³⁵⁷ es decir, no se interesa a la adecuación de la prestación en duración y monto para que cumpla su finalidad, sino que se refiere a la oportunidad en su entrega, lo que responde, más bien, al principio de eficiencia y al derecho a acceder a servicios públicos de calidad con eficiencia, eficacia y buen trato,³⁵⁸ y no al principio de suficiencia. En el caso de las prestaciones de atención en salud, la suficiencia, también principio rector del sistema nacional de salud,³⁵⁹ se referiría al acceso a todos los servicios para la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, según las necesidades de la persona y conforme a la política nacional de salud y los protocolos emitidos por la Autoridad Sanitaria Nacional —ente rector del sistema nacional de salud, del cual los establecimientos de las entidades de seguridad social forman parte³⁶⁰— para alcanzar el más alto nivel posible de salud.³⁶¹

Por otra parte, tratándose de las prestaciones económicas de invalidez, vejez y muerte por riesgos comunes, la Ley garantiza pensiones mínimas³⁶² y prevé la inflación o el incremento del salario básico unificado como método de revalorización.³⁶³ Esto se alinea, desde un punto de vista eminentemente normativo con el principio en análisis, pues los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social y núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de la OIT, así como la Observación General N.º 19, exigen que se tome en cuenta la suficiencia de las prestaciones para que cumplan su finalidad y existan métodos para garantizarlas, de manera que no se pierda con el tiempo. Además, los niveles mínimos de protección exigidos por estos convenios han sido considerados en la Ley de Seguridad Social y en los reglamentos expedidos por el Consejo Directivo para la entrega de estas prestaciones (cuadro 7).

356 Ley de Seguridad Social, artículo 1, inciso noveno.

357 Constitución de la República, artículo 66 numeral 2.

358 Constitución de la República, artículo 66 numeral 25.

359 Constitución de la República, artículo 358.

360 Constitución de la República, artículo 359, 360 inciso segundo, 361.

361 Constitución de la República, artículo 32, 358, 359, 360, 362. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 14, §9.

362 Ley de Seguridad Social, artículo 234 (régimen general), artículos innumerados a continuación del artículo 219 (cuatro pensiones mínimas para las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar), artículo 134 literal d) (seguro social campesino).

363 Ley de Seguridad Social, artículo 234.

► Cuadro 7.

		Convenio núm. 102	Convenio núm. 128	Ley de Seguridad Social y Reglamentos		
				Régimen general ³⁶⁴	SSC ³⁶⁵	TNRH ³⁶⁶
Pensión de vejez	Al menos 40 % del salario de referencia desde la edad prescrita hasta la muerte del beneficiario. Ajustes en relación con el costo de vida.	Al menos 45 % del salario de referencia desde la edad prescrita hasta la muerte del beneficiario. Ajustes en relación con el costo de vida.	Base de cálculo equivalente a los cinco años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Pensión por vejez según tabla por años de aportación (a partir de 5) y coeficientes (a partir de 0,4375), pero no menor al 50 % del salario básico unificado, a partir de sesenta años o sin límite de edad con 40 años de aportes; hasta la muerte del beneficiario. Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior.	Pensión mínima de USD 100 que se incrementa automáticamente cada año en la misma proporción que el salario básico unificado.	Cuatro pensiones mínimas que van desde 62,5 % hasta 90 % de la base de aportación, pero nunca inferiores a USD 79, USD 115, USD 165 y USD 221 según corresponda. Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior.	
				Régimen general ³⁶⁷	SSC ³⁶⁸	TNRH ³⁶⁹
Pensión de invalidez	Al menos 40 % del salario de referencia, mientras la persona permanezca imposibilitada para ejercer una actividad remunerada o hasta que sea sustituida por una pensión de vejez. Ajustes en relación con el costo de vida.	Al menos 50 % del salario de referencia, mientras la persona permanezca imposibilitada para ejercer una actividad remunerada o hasta que sea sustituida por una pensión de vejez. Ajustes en relación con el costo de vida.	Base de cálculo equivalente a los cinco años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Pensión por invalidez según tabla por años de aportación y coeficientes, pero no menor al 50 % del salario básico unificado, hasta la muerte del beneficiario. Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior. Subsidio transitorio por incapacidad durante máximo 1 año contado desde la fecha de la incapacidad o desde el vencimiento de la cobertura del subsidio transitorio por enfermedad del seguro de salud individual y familiar.	Pensión mínima de USD 100 que se incrementa automáticamente cada año en la misma proporción que el salario básico unificado.	Pensión por incapacidad permanente total: cuatro pensiones mínimas que van desde 55 % hasta 80 % de la base de aportación, pero nunca inferiores a USD 70, USD 106, USD 146 y USD 194 según corresponda. Pensión por incapacidad permanente absoluta: cuatro pensiones mínimas que van desde 62,5 % hasta 90 % de la base de aportación, pero nunca inferiores a USD 79, USD 115, USD 165 y USD 221 según corresponda. Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior.	

364 Ley de Seguridad Social, artículos 185 y 234. Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte (Resolución N.º C.D. 100), artículos 2, 13 y 30.

365 Ley de Seguridad Social, artículo 134 literal d).

366 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado décimo a continuación del artículo 219.

367 Ley de Seguridad Social, artículos 186 y 234. Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte (Resolución N.º C.D. 100), artículos 2, 10, 13 y 30.

368 Ley de Seguridad Social, artículo 134 literal a) y d).

369 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado sexto y séptimo a continuación del artículo 219.

		Convenio núm. 102	Convenio núm. 128	Ley de Seguridad Social y Reglamentos		
				Régimen general ³⁷⁰	SSC ³⁷¹	TNRH ³⁷²
Pensión de viudedad	Al menos 40 % del salario de referencia hasta la muerte de la beneficiaria. Suspensión si la viuda vive en concubinato. Ajustes en relación con el costo de vida.	Al menos 45 % del salario de referencia, hasta la muerte de la beneficiaria. Sin derecho si la viuda ejerce una actividad lucrativa o vive en concubinato. Ajustes en relación con el costo de vida.	Base de cálculo equivalente a los cinco años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Pensión equivalente a la que le hubiere correspondido al causante, que se reparte entre los sobrevivientes. Si la única beneficiaria es la viuda, la prestación es el 60 % de la pensión que le hubiere correspondido al causante. Si existe grupo familiar (viuda e hijos), la pensión inicial de montepío no puede ser menor a la pensión mínima que le hubiere correspondido al causante, es decir, al menos 50 % del salario básico unificado. Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior. Hasta la muerte de la viuda excepto si ha contraído nuevas nupcias o vive en concubinato. Tratándose de los hijos hasta los 18 años de edad y en caso de encontrarse incapacitados para el trabajo, solteros, viudos o divorciados y que hayan vivido a cargo del causante, renta vitalicia.	40 % de la pensión de jubilación del seguro social campesino.	Cuatro pensiones mínimas que van desde 55 % hasta 80 % de la base de aportación, pero nunca inferiores a USD 70, USD 106, USD 146 y USD 194 según corresponda. Si la única beneficiaria es la viuda, la prestación es el 60 % de la pensión que le hubiere correspondido al causante. En caso de existir hijos menores de 18 años o con discapacidad el 40% restante.	
Pensión de orfandad	Al menos 40 % del salario de referencia. Hasta que los hijos lleguen a los 15 años o a la edad en la que termina la enseñanza obligatoria. Ajustes en relación con el costo de vida.	Hasta que los hijos lleguen a los 15 años o a la edad en la que termina la enseñanza obligatoria, o mayores si son aprendices, estudiantes, o sufren de discapacidad o enfermedad crónica. Ajustes en relación con el costo de vida.	Revalorización anual en la misma proporción que la inflación promedio anual del año anterior. Hasta la muerte de la viuda excepto si ha contraído nuevas nupcias o vive en concubinato. Tratándose de los hijos hasta los 18 años de edad y en caso de encontrarse incapacitados para el trabajo, solteros, viudos o divorciados y que hayan vivido a cargo del causante, renta vitalicia.	20 % de la pensión de jubilación del seguro social campesino por cada derechohabiente. Los derechohabientes recibirán una renta mensual total igual al 75 % del total de la base de referencia que se distribuirá entre todos ellos de acuerdo con el art. 203 de la Ley de seguridad social ³⁷³ .	La pensión inicial de montepío no puede ser menor a la pensión mínima que le hubiese correspondido al causante.	

370 Ley de Seguridad Social, artículos 185 y 234. Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte (Resolución N.º C.D. 100), artículos 2, 18, 24 y 30.

371 Codificación de las normas que regulan la entrega de prestaciones del seguro social campesino (Resolución N.º C.D. 636), artículos 18, 21.

372 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado sexto y séptimo a continuación del artículo 219.

373 Nótese que el artículo 203 señala que los derechohabientes recibirán una renta mensual total igual al 65 % de la base de cálculo y que en los derechohabientes incluye a todos los beneficiarios de montepío, es decir, personas viudas e hijos y no sólo a los hijos a diferencia de lo que establece la Resolución N.º C.D. 636.

Finalmente, cabe señalar que la observancia, de manera general, de los estándares mínimos internacionales en la Ley no implica necesariamente la suficiencia de las prestaciones en la práctica. Por lo tanto, la suficiencia debe ser valorada desde un punto de vista económico considerando parámetros que exceden el ámbito normativo, como es el caso del informe elaborado por la OIT sobre el panorama de la protección social en Ecuador.³⁷⁴

Por otra parte, la Ley dispone que el IESS efectúe periódicamente análisis actuariales de solvencia y sostenibilidad del seguro de vejez, invalidez y muerte, y autorice, con base en los estudios, modificar el monto de las pensiones en curso de pago³⁷⁵. Esta modificación puede ser para aumentar o disminuir dichas prestaciones según los resultados de los análisis actuariales. Por lo tanto, si bien esta disposición responde al principio de sostenibilidad, no considera, al menos expresamente, el principio de suficiencia de las prestaciones. En otras palabras, que el ajuste se realice mediando un equilibrio entre la sostenibilidad del sistema y la suficiencia necesaria de las prestaciones para cumplir con su finalidad.³⁷⁶ Además, esta disposición puede contravenir el principio de previsibilidad de las prestaciones que consta en la Recomendación núm. 202,³⁷⁷ así como en la Observación General N.º 19, que establece como parte del derecho a la seguridad social, el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente y dispone que los planes de seguridad social garanticen una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación.³⁷⁸

Respecto de la prestación económica de desempleo, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social son concordantes con las disposiciones del Convenio núm. 102 y con el Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, pues el componente fijo garantiza el 70 por ciento del salario básico unificado y la parte variable completa la prestación de acuerdo con el nivel de ingresos anteriores.³⁷⁹

374 Véase Pablo Casali *et al.* Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad (Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021) p. 91-102. Los autores observan que el nivel de suficiencia de las pensiones del seguro de invalidez, vejez y muerte en los últimos años, 2017-2019, es positivo con una tasa de reemplazo promedio de 89,5 por ciento, 74,1 por ciento y 75,79 por ciento, respectivamente. En cuanto a las pensiones del seguro social campesino, observan que a partir de 2018, con el incremento de la pensión a USD 100, las tasas de reemplazo evidencian un incremento importante respecto de la base de aportación promedio; sin embargo, este monto representa apenas un cuarto del SBU.

375 Ley de Seguridad Social, artículo 232.

376 En este punto, cabe reiterar que el principio de sostenibilidad no puede ser interpretado ni aisladamente de los otros principios que rigen a la seguridad social ni de los principios de aplicación general de los derechos, entre los que se encuentran los de no restricción del contenido de los derechos, de desarrollo progresivo y de no regresividad. En tal sentido, los poderes públicos no pueden utilizar el principio de sostenibilidad como excusa para disminuir considerablemente las prestaciones o para establecer condiciones poco razonables que impidan el acceso a las prestaciones, ya que se vaciaría el contenido del derecho a la seguridad social al menoscabar su finalidad, y, en general, se lo restringiría vulnerando, además, derechos conexos como el derecho a la salud o a una vida digna. Asimismo, según la Observación General N.º 19, pesa sobre el Estado la carga de la prueba de toda medida deliberadamente regresiva, por lo que el Estado debe demostrar que a esas medidas ha precedido un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas, habida cuenta de todos los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone (§42).

377 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal c).

378 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §9, 22.

379 Véase Pablo Casali *et al.* Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad (Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021) p. 91-102. Los autores observan que la suficiencia de la prestación depende del salario de aportación: para afiliados del sector público, que registran salarios más altos, la suficiencia podría verse comprometida si no logran acumular lo suficiente en su cuenta individual. Para los afiliados del sector privado, la suficiencia estaría garantizada por cuanto sus salarios son más bajos y cercanos al SBU.

► Cuadro 8.

	Convenio núm. 102	Convenio núm. 168	Ley de Seguridad Social y Reglamentos ³⁸⁰
Prestación económica	Al menos 45 % del salario de referencia durante 13 semanas en un año.	Al menos 50 % del salario de referencia durante 26 semanas por cada evento o 39 semanas en 24 meses.	Parte fija: 70 % del salario básico unificado vigente a la fecha del evento durante 5 meses. Parte variable: según saldo acumulado en la cuenta individual de cesantía.

Respecto de las prestaciones económicas por enfermedad, común y profesional, se garantizan igualmente tasas mínimas de 66 por ciento del promedio de los salarios previos a la realización de las contingencias, con duraciones que van desde 26 semanas a 52 semanas respectivamente.³⁸¹ En consecuencia, tales disposiciones responden al principio de suficiencia, pues garantizan los estándares mínimos tanto en monto como en duración de la prestación. De esta manera, las prestaciones cumplen su función de sustitución de ingresos y, más ampliamente, de seguridad de ingresos, lo cual se alinea con los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, el Convenio núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, y el Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (cuadro 9).

380 Ley de Seguridad Social, artículo innumerado sexto y séptimo a continuación del artículo 275.1.

381 Ley de Seguridad Social, artículo 189, Resolución C.S. N.º 557 de 15 de enero de 1985 por la que se expide el Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

► Cuadro 9.

Enfermedad común			
	Convenio núm. 102	Convenio núm. 130	Ley de Seguridad Social y Reglamentos ³⁸²
Prestación económica	45 % del salario de referencia, mientras la persona permanezca imposibilitada de ejercer una actividad remunerada a causa de enfermedad común, pudiendo limitarse a 26 semanas.	60 % del salario de referencia, mientras la persona permanezca imposibilitada de ejercer una actividad remunerada a causa de enfermedad común, pudiendo limitarse a 52 semanas según el nivel más elevado de protección o 26 semanas para los países que han invocado excepciones temporales (Ecuador).	Durante las 10 primeras semanas, 75 % del salario promedio de los tres meses anteriores al mes en que inicie la incapacidad y luego 66 % hasta completar las 26 semanas.
Accidentes de trabajo y enfermedad profesional			
	Convenio núm. 102	Convenio núm. 121	Ley de Seguridad Social y Reglamentos ³⁸³
	Al menos 50 % del salario de referencia en caso de incapacidad para trabajar o invalidez, mientras la persona tenga necesidad o permanezca incapacitada. En caso de muerte, al menos 40 % del salario de referencia. Capital pagado de una sola vez en caso de que el grado de incapacidad sea mínimo.	Pagos periódicos: al menos 60 % del salario de referencia en casos de incapacidad para trabajar o invalidez, mientras la persona tenga necesidad o permanezca incapacitada. En caso de muerte, al menos 50 % del salario de referencia y gastos funerarios. Pago de suma global: mismas condiciones que en el C102 en caso de pérdida parcial de la capacidad de ganar que exceda un porcentaje prescrito o en caso de disminución correspondiente de las facultades físicas; o en caso de pérdida parcial o total de la capacidad de ganar y cuando sea probable que esta pérdida sea permanente, con el consentimiento de la víctima y cuando la autoridad competente crea que el pago de una suma global se utilizará de manera particularmente ventajosa.	Incapacidad temporal: - Subsidio hasta 1 año equivalente al 75 % del sueldo promedio durante las 10 primeras semanas; luego 66 % hasta completar las 52 semanas. - Pensión provisional hasta 1 año equivalente al 80 % del promedio mensual de la remuneración de aportación de los 360 días anteriores al accidente o a la fecha de calificación de la enfermedad. Incapacidad permanente parcial: indemnización global única de acuerdo con el Cuadro Valorativo de Incapacidades Permanentes Parciales, equivalente al promedio mensual de la remuneración de aportación del año anterior a la fecha del accidente o a la fecha de calificación de la enfermedad profesional multiplicado por 60 mensualidades correspondientes al período de protección de cinco años pagadero por una sola vez y con un límite máximo de 100 SBU. Incapacidad permanente total: pensión 80 % del promedio mensual de la remuneración base de aportación del último año anterior de 360 días o del promedio mensual de los 5 años de mayor aportación si este fuere superior Incapacidad permanente absoluta: pensión mensual equivalente al 100 % del promedio mensual de la remuneración base de aportación del último año anterior de 360 días o de los 5 años de mayor aportación, si este fuere superior. En caso de muerte del pensionista de incapacidad permanente total y absoluta o del asegurado cualquiera sea el número de aportes pensiones de viudedad y orfandad no menores al 50 % del salario básico unificado en caso de grupo familiar.

382 Ley de Seguridad Social, artículo 104 literal b); Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional (Resolución N.º C.D. 318), artículo 18.

383 Ley de Seguridad Social, artículo 157, 189, 197, 234; Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional (Resolución N.º C.D. 318), artículos 30 y 32; Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo (Resolución N.º C.D. 513), artículos 25, 32, 34, 38, 40, 41.

Sin embargo, una vez más, el hecho de que de manera general se observen los estándares mínimos internacionales en la Ley, no implica necesariamente la suficiencia de todas las prestaciones en la práctica.³⁸⁴

En cuanto a la contingencia por maternidad, la prestación económica asegura una prestación no menor al 75 por ciento del salario previo al parto durante 12 semanas. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que ese periodo debe alinearse a la duración prevista en el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad, para lo cual el legislador deberá adoptar las medidas legislativas pertinentes³⁸⁵. Así, esta disposición se alinea no solo con el Convenio núm. 102 sino también con el Convenio núm. 183, una vez que la Asamblea Nacional dé cumplimiento a la sentencia (cuadro 10).

► Cuadro 10.

	Convenio núm. 102	Convenio núm. 183	Ley de Seguridad Social y Reglamentos ³⁸⁶
Prestación económica	Al menos 45 % del salario de referencia durante 12 semanas.	Al menos 66,67 % de las ganancias anteriores. 4 semanas de licencia de maternidad, incluyendo 6 semanas de licencia obligatoria después del parto; licencia complementaria antes o después de la licencia de maternidad en caso de enfermedad, complicaciones o riesgo de complicaciones derivadas del embarazo o del parto.	75 % del salario promedio de los 3 meses de aportación anteriores al mes en que se inicie el reposo durante 12 semanas. El 25% de la remuneración será de cargo del empleador. Terminado este tiempo, si la incapacidad persiste se aplica el seguro de enfermedad.

Asimismo, respecto de la asistencia financiera para cubrir los gastos de funerales en caso de fallecimiento de la persona afiliada o pensionista, la Ley de Seguridad Social prevé la prestación denominada «auxilio para funerales», que cubre los gastos de sepelio por un monto de hasta USD 1.357,73, valor que se incrementa cada año en función de la inflación;³⁸⁷ y para las personas trabajadoras no remuneradas del hogar cuatro salarios básicos unificados, por lo que estas disposiciones responden al principio de suficiencia, en concordancia con los Convenios núm. 121, núm. 128, que exigen que se prevea tal cobertura.

En cuanto a las prestaciones de atención en salud, la Ley establece que deberán ser suficientes y adecuadas para garantizar la debida y oportuna atención de los sujetos protegidos, incluyendo las complicaciones que pudieran presentarse, así como los servicios de diagnóstico auxiliar, el suministro de fármacos y la hotelería hospitalaria; y en cualquier caso, se garantizará acceso a servicios de salud

384 Véase Pablo Casali et al. Ecuador. Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad (Perú: OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021) p. 91-102. Los autores observan que las pensiones de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y las pensiones de viudedad y orfandad superan el SBU; sin embargo, ninguna supera el valor de la canasta básica familiar, y las pensiones de viudedad y orfandad incluso no superan el valor de la canasta familiar vital.

385 Corte Constitucional, sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020, §177.

386 Ley de Seguridad Social, artículo 105 literal b) y 106; Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional (Resolución N.º C.D. 318), artículos 22 y 23; Código de Trabajo, artículo 152.

387 Ley de Seguridad Social, artículo 197; Reglamento del seguro de invalidez, vejez y muerte (Resolución N.º C.D. 100), artículo 34. Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo (Resolución N.º C.D. 513), artículo 42.

preventiva, curativa y de rehabilitación.³⁸⁸ Además, si se trata de maternidad, se garantizará la asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo, y asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la atención de salud hasta los 18 años de edad.³⁸⁹ En consecuencia, estas disposiciones responden al principio de suficiencia, puesto que aseguran que los sujetos protegidos tengan acceso a servicios de atención en salud y se cubran las necesidades que su estado exija, sin límite en observancia a la política nacional de salud. Por lo tanto, estas disposiciones responden a los principios constitucionales del sistema de salud y se alinean con los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, núm. 183 sobre la protección de la maternidad, núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En cualquier caso respecto de las prestaciones de atención en salud la Ley de Seguridad Social debe alinearse a lo que disponga la Ley Orgánica de Salud y la Autoridad Sanitaria Nacional como entidad rectora del sistema de salud y, por lo tanto, responsable de formular la política nacional de salud, y de normar, regular y controlar todas las actividades relacionadas con la salud, así como el funcionamiento de las entidades del sector, entre las que se encuentran los establecimientos de la seguridad social.³⁹⁰

G. Coherencia normativa respecto del principio de eficiencia

a. Alcance del principio

El principio de eficiencia se encuentra reconocido en el artículo 34 de la Constitución, que consagra el derecho a la seguridad social. Además, el artículo 368 establece que el sistema de seguridad social funcionará con base en el criterio de eficiencia, es decir, las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social deben responder a ese principio.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que « el Estado debe garantizar que el sistema de seguridad social sea ejercido en aplicación de principios como el de eficiencia, a partir del cual los afiliados cuenten con los canales informativos adecuados para informarse respecto de los temas de interés, así como también que los funcionarios que laboren dentro de estas instituciones otorguen una satisfactoria atención a los afiliados a efectos de que les orienten respecto de los derechos y deberes que tienen». ³⁹¹ Además, una vez que se han cumplido los requisitos para tener derecho a las prestaciones, las instituciones de seguridad social deben concederlas inmediatamente, con celeridad y sin demoras, de manera que cumplan su función de cubrir riesgos y necesidades básicas de las personas protegidas. ³⁹²

388 Ley de Seguridad Social, artículos 102 inciso segundo, 103 incisos tercero y cuarto, 155, 157 literales a) y b); Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo (Resolución N.º 513), artículo 59.

389 Ley de Seguridad Social, artículo 105.

390 Constitución de la República, artículos 361, 360, 369 inciso primero.

391 Corte Constitucional. Sentencia N.º 287-16-SEP-CC de 31 de agosto de 2016, pág. 67.

392 Véase en ese sentido la sentencia No 1024-19-JP/21 y acumulado de 1 de septiembre de 2021 mediante la cual la Corte Constitucional declaró la vulneración del derecho a la seguridad social, a una vida digna, a recibir atención prioritaria y a acceder a servicios públicos de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato. También declaró la inconstitucionalidad de la frase del inciso segundo del artículo 94 de la Ley de Seguridad Social, que condicionaba el otorgamiento de las pensiones de invalidez, viudedad y orfandad al cobro efectivo de la responsabilidad patronal o a que se hayan entregado garantías óptimas por parte del empleador para satisfacer su obligación.

En concordancia con estas disposiciones, la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato;³⁹³ y, considerando que «el sistema de seguridad social es público»,³⁹⁴ su administración y gestión deben observar igualmente el principio de eficiencia que rige a la administración pública.³⁹⁵ Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que la calidad de un servicio público se aprecia en el cumplimiento de estándares reconocidos para este, a los que se suma el máximo grado de satisfacción de las personas usuarias. La eficacia significa que el servicio cumple con los objetivos para los cuales fue diseñado. La eficiencia es lograr oportunamente los objetivos con el mínimo de recursos posible y en el menor tiempo.³⁹⁶ En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N.º 19, señala que las prestaciones deben concederse oportunamente y que los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social, con el fin de obtener las prestaciones y la información necesarias, así como para pagar las cotizaciones.³⁹⁷

Por su parte, la Recomendación núm. 202 de la OIT propugna que los Estados, en la implementación de los pisos de protección social, establezcan servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño del sistema de seguridad social; que den a conocer mejor los pisos de protección social y las estrategias de extensión, y, en concordancia con el Convenio núm. 102, que los recursos y los procedimientos de reclamación sean eficaces y accesibles. Respecto de las garantías básicas, insta a los Estados a considerar «diferentes enfoques, con vistas a aplicar la combinación más eficaz y eficiente de prestaciones y regímenes en el contexto nacional».³⁹⁸

Así, el principio de eficiencia en materia de seguridad social está vinculado a los servicios que prestan las entidades de la seguridad social e implica el acceso al servicio público, así como a información sobre temas de interés mediante canales adecuados; la atención satisfactoria de los servidores públicos y trabajadores de esas entidades a los usuarios de los servicios del sistema de seguridad social, y la concesión de las prestaciones con celeridad y sin demoras, una vez que las personas han cumplido con los requisitos para tener derecho a estas, de manera que se garantice su función. Este principio está relacionado también con la gestión de los recursos del sistema de seguridad social, de manera que se logren cumplir los objetivos con el mínimo de recursos posible y en el menor tiempo.

b. Análisis de coherencia normativa

El análisis de la coherencia normativa implica determinar si existen disposiciones que hagan referencia a este principio, mas no evaluar el nivel de eficiencia de los servicios o de las actuaciones de las entidades de seguridad social, puesto que ese análisis requiere de una apreciación en concreto o caso por caso, y, por lo tanto, no puede realizarse de manera general o en abstracto.

393 Constitución de la República, artículo 66 numeral 25.

394 Constitución de la República, artículo 367 inciso primero.

395 Constitución de la República, artículo 227.

396 Corte Constitucional, sentencia N.º 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021, §84 a 88; sentencia N.º 1024-19-JP/21 de 1 de septiembre de 2021, §83 a 86.

397 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §27.

398 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 70; Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal n), §7, §9 numeral 1, §14 literal f).

i. Eficiencia en el servicio público de la seguridad social

Respecto del acceso a información sobre temas de interés mediante canales adecuados, la Ley de Seguridad Social establece la obligación del IESS de remitir anualmente a las personas aseguradas la información relativa a su historia laboral, sin perjuicio de que estas puedan solicitarla en cualquier momento.³⁹⁹ Además, consagra el derecho a tener acceso permanente y actualizado a esta información mediante el sistema previsto para el efecto;⁴⁰⁰ lo que responde al principio de eficiencia y también al principio de transparencia (véase el apartado H).

Además, la Ley de Seguridad Social establece que el IESS funcionará bajo el principio de desconcentración geográfica,⁴⁰¹ lo que le permite acercar sus servicios a los ciudadanos en las diferentes provincias. Asimismo, en virtud de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública —Lotaip—, el IESS tiene la obligación de informar a través de sus portales de servicios, de su página web o de otros canales de información los «servicios que ofrece y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones».⁴⁰²

En lo que concierne a la atención satisfactoria de los servidores públicos y trabajadores de las entidades de seguridad social a los usuarios de los servicios del sistema de seguridad social, cabe precisar que la Ley Orgánica del Servicio Público —Losep— es la ley especial en la materia. En ese sentido, entre los deberes de los servidores públicos determina los siguientes: cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades;⁴⁰³ cumplir de forma permanente, en el ejercicio de sus funciones, con atención debida al público y asistirlo con la información oportuna y pertinente, garantizando el derecho de la población a servicios públicos de óptima calidad.⁴⁰⁴ Además, se prohíbe a los servidores públicos retardar o negar en forma injustificada el oportuno despacho de los asuntos o la prestación del servicio a que está obligado de acuerdo con las funciones de su cargo.⁴⁰⁵ La inobservancia de estas disposiciones constituye una falta leve susceptible de amonestaciones verbales o escritas y de sanción pecuniaria.⁴⁰⁶ Igualmente, considerando que el IESS cuenta con prestadores externos para la atención en salud, la Ley de Seguridad Social establece que en la compra de servicios a estos prestadores se controle la calidad de las prestaciones y la satisfacción de los usuarios en términos de eficiencia, oportunidad y equidad.⁴⁰⁷

Respecto de la concesión de las prestaciones con celeridad y sin demoras, la Ley de Seguridad Social garantiza que, una vez que se han cumplido los requisitos exigidos, las prestaciones deben ser

399 Ley de Seguridad Social, artículo 247.

400 Ley de Seguridad Social, artículo 247.1 en concordancia con el artículo 28 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del IESS.

401 Ley de Seguridad Social, artículo 18 inciso cuarto.

402 Lotaip, artículo 7 literal d).

403 Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 22, literal c).

404 Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 22, literal f.)

405 Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 24, literal c).

406 Ley Orgánica del Servicio Público, artículo 42, literal a).

407 Ley de Seguridad Social, artículo 108 inciso tercero.

concedidas a las personas beneficiarias⁴⁰⁸ incluso en caso de mora patronal⁴⁰⁹. Si bien la Ley no establece plazos para conceder prestaciones con excepción de la prestación por cesantía⁴¹⁰, los plazos para otorgar las otras prestaciones se encuentran en los reglamentos emitidos por el Consejo Directivo del IESS⁴¹¹. Sin embargo, pueden no ser perentorios y, en circunstancias particulares, como en riesgos del trabajo, pueden alargarse debido al tiempo que toma investigar el accidente de trabajo y a los recursos que pueden interponerse en cuanto a la responsabilidad del empleador, lo que podría vulnerar el derecho a la seguridad social, como en los casos tratados en la sentencia N° 1024-19-JP/21, en la cual la Corte Constitucional declaró la vulneración del derecho a la seguridad social, a una vida digna, así como al derecho a acceder a servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, y a recibir atención prioritaria; y corrigió esta vulneración declarando la inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 94 disponiendo que el IESS conceda las prestaciones siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley y aun cuando no se haga efectiva la responsabilidad del patrono.⁴¹²

Finalmente, en caso de controversias respecto de las prestaciones económicas, la Ley establece recursos ante las Comisiones provinciales de prestaciones y controversias y la Comisión nacional de apelaciones.⁴¹³ Si las controversias no se resuelven en estas instancias de sede administrativa, los sujetos protegidos pueden recurrir a la vía judicial, específicamente la sede contencioso-administrativa. Si bien la Ley contempla estos recursos y así se cumple con la obligación constitucional de garantizar el debido proceso⁴¹⁴ y con las exigencias internacionales de contar con recursos para la solución de controversias,⁴¹⁵ se puede cuestionar la eficiencia y la rapidez de estos y, por lo tanto, la observancia de la Recomendación núm. 202, que preconiza introducir procedimientos de queja y de recurso eficaces, simples y rápidos, accesibles y poco onerosos⁴¹⁶. En tal sentido, la CEACR ha manifestado que las reclamaciones deben tramitarse con celeridad, eficiencia y eficacia; y ha recordado que impartir justicia con celeridad es fundamental para las cuestiones relativas a la seguridad social, ya que los solicitantes a menudo dependen de las prestaciones para subsistir. Además, la Comisión ha reiterado que es menester resguardar el derecho fundamental a la seguridad social y garantizar la dignidad en el acceso a los procedimientos judiciales y administrativos, que deben ser imparciales, transparentes, eficaces, simples, rápidos, accesibles y gratuitos e incluir, en la medida de lo posible, la asistencia jurídica para las personas que no pueden costear la representación legal.⁴¹⁷

408 Ley de Seguridad Social, artículo 103, incisos tercero y cuarto.

409 Ley de Seguridad Social, artículo 96.

410 Ley de Seguridad Social, disposición transitoria tercera, inciso segundo, a continuación del artículo 285.

411 Reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte de 21 de febrero de 2006, Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo de 4 de marzo de 2016 y Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional de 12 de diciembre de 1978.

412 Corte Constitucional, sentencia N.º 1024-19-JP/21 de 1 de septiembre de 2021.

413 Ley de Seguridad Social, artículos 22, 40, 41 y 43.

414 Constitución de la República, artículo 76.

415 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social, artículo 70 numeral 1; Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §7.

416 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §7.

417 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (OIT: Ginebra, 2019) §185 y 189.

ii. Eficiencia en cuanto a los recursos del sistema de seguridad social

La Ley de Seguridad Social define al principio de eficiencia como «la mejor utilización económica de las contribuciones y demás recursos del Seguro General Obligatorio, para garantizar la entrega oportuna de prestaciones suficientes a sus beneficiarios».⁴¹⁸ Esta disposición se refiere a la exigencia constitucional de que los recursos del sistema de seguridad social funcionen con base en el principio de eficiencia. Además, al tratarse de un principio general de aplicación de la Ley de Seguridad Social, obliga a que en toda actuación se observe ese principio.

Asimismo, la Ley dispone, por ejemplo, que el Consejo Directivo del IESS emita el tarifario del seguro general de salud individual y familiar para las atenciones médicas de los asegurados y reglamente las prestaciones de atención en salud «con el objeto de corregir abusos contra la eficiencia y la equidad de las prestaciones de salud».⁴¹⁹

Respecto del cobro de las obligaciones pendientes con el IESS concernientes al sector privado, la Corte Constitucional ha reiterado la obligación del IESS de actuar de manera diligente y oportuna para recuperar los valores adeudados. Además, que los procesos empleados para este fin sean eficientes y eficaces y garanticen los derechos de las personas afectadas, así como el financiamiento y sostenibilidad de los fondos previsionales.⁴²⁰ En cuanto a las obligaciones pendientes de pago por parte del Estado, la Corte Constitucional ha recordado que, en virtud del criterio de oportunidad,⁴²¹ el Estado tiene la obligación de realizar el pago oportuno, prontamente, de sus aportes a la seguridad social, de modo que la labor del IESS de proveer a los asegurados de las prestaciones a las que se tenga derecho no se vea interrumpida.⁴²²

Por lo tanto, el principio de eficiencia en cuanto a los recursos del sistema está considerado en la Ley de Seguridad Social. Sin embargo, la evaluación sobre el nivel de eficiencia en su administración y utilización debe efectuarse en concreto, caso por caso, con base en criterios que sobrepasan el ámbito normativo y en relación con la integralidad de las políticas sociales, económicas y laborales, y los objetivos del régimen de desarrollo.

H. Coherencia normativa respecto del principio de transparencia

a. Alcance del principio de transparencia

El principio de transparencia es un principio específico del sistema de seguridad social, reconocido en el artículo 368, y también un principio general de la administración pública, consagrado en el artículo 227 de la Constitución, con vocación a aplicarse al sistema de seguridad social, ya que es público⁴²³ y como tal forma parte del sector público.

Asimismo, la Constitución, en el artículo 18, en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce el derecho de acceso a la información.⁴²⁴ La Observación General N.º 34

418 Ley de Seguridad Social, artículo 1.

419 Ley de Seguridad Social, artículo 123 en concordancia con el artículo 112 literal e) y f).

420 Corte Constitucional, sentencia N.º 1024-19-JP/21, §106, 112.

421 Constitución de la República, artículo 371 inciso segundo.

422 Corte Constitucional, sentencia N.º 02-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2008, p. 92.

423 Constitución de la República, artículos 367 inciso primero y 225.

424 Asamblea General de Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 literal 2.

determina al respecto que toda persona tiene derecho a acceder a la información que se encuentra en custodia de las entidades públicas, independientemente de la forma en que se encuentre almacenada, su fuente y fecha de producción. Por ello, los Estados deben hacer todo lo posible, a fin de garantizar un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico, y garantizar que toda denegación de acceso a la información sea debidamente motivada y existan recursos contra tales decisiones.⁴²⁵

La Recomendación núm. 202 propugna la transparencia en la administración y gestión financiera de los sistemas de protección social,⁴²⁶ en la revisión de los niveles de las garantías básicas de la seguridad social,⁴²⁷ así como en lo relativo a la cobertura de los pisos de protección social y las estrategias para expandirlos.⁴²⁸ Al respecto, la CEACR ha señalado que la gestión transparente, responsable y participativa de los regímenes de seguridad social ofrece las mejores garantías de viabilidad financiera y de desarrollo sostenible sobre la base del principio de solidaridad en la financiación bajo la responsabilidad del Estado.⁴²⁹

En el mismo sentido, la Observación General N.º 19, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que el sistema de seguridad social debe garantizar el derecho de las personas y organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos que ofrece por la seguridad social de manera clara y transparente.⁴³⁰ Además, que las condiciones de acceso a las prestaciones sean transparentes,⁴³¹ y que las estrategias y planes de acción relativos a la seguridad y su aplicación se basen en los principios de rendición de cuentas y transparencia.⁴³²

A partir de estas disposiciones, se puede concluir que el principio de transparencia está relacionado con el derecho de toda persona al acceso a la información⁴³³, así como con el derecho a la participación y control social⁴³⁴ e implica:

- El derecho a recibir información sobre los servicios ofrecidos por la seguridad social, incluyendo el tipo de prestaciones, las condiciones de acceso, los montos, las formas de cálculo, las situaciones de pérdida o de suspensión del derecho, los beneficiarios, los procedimientos de queja y recursos posibles, e incluso horarios, formas de atención y puntos de pago.
- El derecho a conocer y controlar la gestión de las autoridades y representantes de las entidades de seguridad social y, en general, a conocer y controlar la administración y gestión del sistema.
- El derecho a ser informado sobre las estrategias y planes de acción en materia de seguridad social.

Estos derechos conllevan necesariamente deberes correlativos de las autoridades y representantes de la ciudadanía en el IESS, quienes están obligados a:

425 Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 34, §18 y 19.

426 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §3 literal j).

427 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §8 literal c).

428 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §14 literal f).

429 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (OIT: Ginebra, 2019), p. ix.

430 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §26.

431 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §24.

432 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §70.

433 Constitución de la República, artículo 18.

434 Constitución de la República, artículos 95 y 204 inciso primero.

- Facilitar información relativa a la organización y funcionamiento de los servicios que brinda el IESS, las prestaciones, sus condiciones de acceso, montos, formas de cálculo, beneficiarios, situaciones de pérdida o de suspensión, mecanismos de solución de controversias y, en general, a poner a disposición de la ciudadanía toda la información que concierna al sistema de seguridad social y al funcionamiento de sus servicios.
- Rendir cuentas a la ciudadanía sobre sus actuaciones, gestión y decisiones, así como facilitar toda la información necesaria para permitir el ejercicio efectivo del derecho a la participación y control social.

A la luz del principio de obligatoriedad y del deber de los ciudadanos de colaborar con el Estado y la comunidad en la seguridad social,⁴³⁵ cabe recurrir nuevamente a la analogía con este principio en materia tributaria. La Corte Constitucional ha manifestado que el principio de transparencia en materia tributaria exige a los contribuyentes, entre otros, cumplir con veracidad con sus deberes formales, evitar incurrir en conductas antijurídicas, abstenerse de obtener beneficios sin cumplir los presupuestos establecidos en la ley.⁴³⁶ Así, a partir de esta analogía, se puede considerar que, en materia de seguridad social, el principio de transparencia exige que los individuos cumplan de buena fe, con veracidad y lealtad sus obligaciones, como afiliarse, pagar los aportes, propios y de sus trabajadores, entre otras obligaciones, y eviten incurrir en conductas irregulares como la obtención fraudulenta de prestaciones, la subdeclaración de aportes o la evasión de la afiliación y del pago de aportes, entre otras.

Cabe precisar también que la Lotaip regula todos los aspectos del ejercicio del derecho a la información y de la obligación de publicidad, transparencia y rendición de cuentas a la que están sometidas todas las instituciones que conforman el sector público y todas aquellas entidades que manejan recursos públicos. En virtud de esta obligación, las entidades públicas —incluyendo las de la seguridad social— deben rendir cuentas públicamente una vez al año sobre los programas, proyectos y planes operativos anuales, el presupuesto institucional aprobado y ejecutado, la contratación de obras y servicios, la adquisición y enajenación de bienes, los compromisos asumidos con la comunidad, el cumplimiento de los pronunciamientos de las entidades de control, entre otros.⁴³⁷ Asimismo, deben difundir periódicamente, mediante su página web institucional, información actualizada sobre, al menos, la estructura orgánica funcional, metas, distributivo de personal y remuneraciones, contratos colectivos, los servicios ofrecidos y los horarios de atención, resultados de auditorías, procesos de compras públicas y contratos de crédito.⁴³⁸ Por lo tanto, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social refuerzan las disposiciones de la Lotaip, ley especial en la materia, para hacer más efectivos el derecho a la información y la obligación de transparencia en materia de seguridad social.

435 Constitución de la República, artículo 83 numeral 15.

436 Corte Constitucional, sentencia N.º 47-15-IN/21 de 10 de marzo de 2021, §77.

437 Lotaip, artículos 88 y 89 en concordancia con el artículo 9 del Reglamento de Rendición de Cuentas expedido por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social mediante Resolución N.º 24 de 19 de diciembre de 2019 publicada en el Registro Oficial N.º 129 de 27 de enero de 2020.

438 Lotaip, artículo 7.

b. Análisis de coherencia normativa

i. Derecho a recibir información sobre los servicios ofrecidos por la seguridad social y deber de información

Si se analizan las disposiciones de la Ley de Seguridad Social respecto de las obligaciones que impone el principio de transparencia al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se puede apreciar que, tratándose de la información de la situación individual de las personas afiliadas, las disposiciones responden al principio de transparencia, en concordancia con el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la intimidad, pues se establece la obligación del IESS de remitir a los afiliados la información relativa a su historia laboral con una periodicidad no menor a un año y cuyo incumplimiento es una falta susceptible de sanción. Además, deja a salvo el derecho de la persona afiliada a solicitar la información en cualquier momento.⁴³⁹ Asimismo, garantiza su derecho a contar con acceso permanente y actualizado a su información personal de la seguridad social (monto y número de aportes, su distribución a los diferentes seguros y gastos administrativos, saldos en fondos de reserva y cesantía, entre otros).⁴⁴⁰

En lo que concierne al acceso a información relativa a las prestaciones, en virtud del principio de transparencia, los requisitos de acceso a las prestaciones del sistema, su cuantía, forma de cálculo y revalorización, beneficiarios y situaciones de suspensión o pérdida deben ser públicos, claros, comprensibles y sin ambigüedades, pues esto constituye una condición para el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad social. Sin embargo, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social no responden a este principio constitucional, pues, particularmente en lo concerniente a las pensiones, es de difícil comprensión. Como se mencionó en el estado de situación de la legislación aplicable (apartado I), la declaración de inconstitucionalidad del artículo 176 de la Ley de Seguridad Social ocasionó que el régimen mixto de pensiones contemplado en 2001 no se implementara y que se aplique el régimen de transición (solidaridad intergeneracional) hasta la presente fecha. Si bien estas disposiciones del régimen de transición se encuentran en la Ley, la comprensión del régimen aplicable y del funcionamiento de las prestaciones constituye una barrera al acceso a la información y al deber de transparencia, puesto que no basta con que la información esté disponible, sino que es necesario que sea comprensible, clara y sin ambigüedades, de manera que, en concordancia con el derecho a la seguridad jurídica, las personas cuenten con «un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le[s] permita tener una noción razonable de las reglas que le[s] serán aplicadas».⁴⁴¹ Ventajosamente, la Lotaip ha facilitado el acceso a esta información, al imponer a las entidades públicas la obligación de informar a la ciudadanía sobre los «servicios que ofrecen y las formas de acceder a ellos, horarios de atención y demás indicaciones necesarias, para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones».⁴⁴²

ii. Derecho al control social y deber de rendición de cuentas

Tratándose del principio constitucional de transparencia respecto de la administración y gestión del sistema, si bien la Ley de Seguridad Social establece como principio de organización y funcionamiento del IESS la rendición de cuentas,⁴⁴³ la definición de este principio no se refiere a la obligación de los órganos

439 Ley de Seguridad Social, artículo 247.

440 Ley de Seguridad Social, artículo 247.1.

441 Corte Constitucional, sentencia N.º 1007-14-EP/20 de 4 de marzo de 2020, §25.

442 Lotaip, artículo 7 literal d).

443 Ley de Seguridad Social, artículo 18, inciso octavo.

de dirección y de gobierno del IESS de informar a los ciudadanos sobre sus decisiones y su justificación, sino que se limita a establecer el principio según el cual los servidores públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por las acciones y omisiones en las que incurran en el ejercicio de sus funciones.⁴⁴⁴

Por otra parte, la Ley de Seguridad Social establece como órgano de control de las entidades del sistema de seguridad social a la Superintendencia de Bancos,⁴⁴⁵ que, como organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades del IESS y del Biess, controla que sus actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.⁴⁴⁶

En ese sentido, el IESS está obligado a respetar los principios de buen gobierno corporativo, entre los cuales se encuentran el principio de rendición de cuentas y el de transparencia. Estos principios obligan al Consejo Directivo, como máximo órgano de gobierno del IESS, a aplicar una política de transparencia frente a los usuarios de los servicios de la seguridad social,⁴⁴⁷ a presentar un informe de gestión que contenga sus estrategias, objetivos y políticas,⁴⁴⁸ así como a definir las situaciones de limitación de acceso a la información⁴⁴⁹ y las políticas y mecanismos de rendición de cuentas que permitan ejercer el derecho al control social.⁴⁵⁰ Sin embargo, si se analiza específicamente la relación entre los mandantes respecto de sus representantes en el Consejo Directivo, no existen disposiciones que regulen tal relación, de manera que se garantice la interacción entre estos, ni el traslado y consideración de las demandas y expectativas de los mandatarios hacia sus mandantes, ni la rendición de cuentas de los mandatos por sus actuaciones y decisiones en el Consejo hacia sus mandatarios.

Además, la Superintendencia de Bancos obliga al IESS a presentar estudios actuariales al menos cada tres años o cuando se requiera ampliar coberturas o mejorar las prestaciones,⁴⁵¹ y una vez que estos han sido aprobados por el Consejo Directivo, deben ser publicados en el portal institucional del IESS.⁴⁵² Así, si bien la Ley de Seguridad Social no consagra tal obligación, la normativa de la Superintendencia de Bancos sí lo hace alineándose así con el principio de transparencia que rige al sistema de seguridad social.

No obstante, ninguna norma prevé expresamente la obligación de publicar o de dar a conocer las Actas de las reuniones del Consejo Directivo del IESS ni de los fundamentos que sirvieron de base para tomar decisiones, por ejemplo, informes técnicos con base en los cuales se adoptaron las resoluciones. Esto es de suma importancia, si se considera que el Consejo Directivo posee una amplia atribución reglamentaria en materia de seguridad social. Tampoco se ordena la publicación de la información relativa al ejercicio del derecho de repetición del IESS como consecuencia de la declaración de violación de derechos constitucionales por acciones u omisiones de sus funcionarios o prestadores externos, ni la publicación de la información concerniente a la evaluación de las empresas especializadas, estudios jurídicos y abogados externos e internos encargados de la recaudación de cartera. Tampoco existe una obligación

444 Constitución de la República, artículo 233.

445 Ley de Seguridad Social, artículo 306 inciso cuarto.

446 Constitución de la República, artículo 213.

447 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título I, capítulo I, artículo 3, numeral 3.6.4.

448 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título I, capítulo I, artículo 3, numeral 3.7.

449 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título I, capítulo I, artículo 3, numeral 3.8.

450 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título I, capítulo I, artículo 3, numeral 3.9.

451 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título III, capítulo VI, artículo 1.

452 Superintendencia de Bancos, Codificación de Resoluciones, Libro II, título IV, capítulo II, artículo 20.

expresa de publicación de los informes anuales de labores de los directores de cada seguro⁴⁵³, de los estados financieros⁴⁵⁴ o del informe de situación general del IESS.⁴⁵⁵

Por otra parte, respecto de la inversión de los recursos del sistema, la Ley de Seguridad Social dispone la publicación semestral, en un periódico de circulación nacional, del informe sobre el monto actualizado de los fondos de reserva y cesantía, así como de los sectores de la economía y destino en los que están invertidos.⁴⁵⁶ Esto se alinea con el principio de transparencia, pues contribuye a informar a los afiliados sobre la situación de los recursos y las condiciones en las cuales están invertidos. En cuanto a los fondos previsionales y otros fondos manejados por el Biess,⁴⁵⁷ esta institución está obligada a publicar sus estados financieros, portafolio de inversiones y, en general, toda la información financiera relativa a sus actividades, de conformidad con la Lotaip,⁴⁵⁸ y a presentar anualmente y de manera obligatoria al Consejo Directivo del IESS un informe de gestión en virtud de su ley de creación y de sus estatutos.⁴⁵⁹ Sin embargo, ninguna norma prevé la obligación de publicar el informe de gestión, ya sea por parte del IESS o del Biess; lo mismo sucede con las Actas de las reuniones del Directorio del Biess.

Asimismo, respecto de la transparencia en el uso de los recursos, la Ley de Seguridad Social contempla un sistema de auditoría interna, encargado de realizar el control a posteriori de los procedimientos administrativos, presupuestarios y financieros del IESS, el cual se efectúa a través de la unidad de auditoría interna;⁴⁶⁰ y un sistema de control más amplio y externo por parte de la Contraloría General del Estado, encargada de controlar la utilización de los recursos públicos y la consecución de los objetivos institucionales,⁴⁶¹ cuyos informes deben ser publicados, de acuerdo con lo dispuesto por la Lotaip.⁴⁶² Así, estas disposiciones se complementan y dan cumplimiento al principio de transparencia.

En cuanto a la transparencia sobre las estrategias y planes de acción en materia de seguridad social, la Ley de Seguridad Social no contiene una disposición específica. Al respecto, cabe diferenciar si se trata de estrategias y planes de acción ya ejecutados o si, por el contrario, se trata de la concepción de estos. En el primer caso, la información entra en la obligación de rendición de cuentas; y, en el segundo, el principio de transparencia converge con el principio de participación, puesto que tales estrategias y programas se materializan mediante políticas públicas contenidas en normas. En consecuencia, una condición para que la ciudadanía pueda ejercer su derecho a la participación es contar previamente con la información necesaria para poder intervenir en la formulación, ejecución, seguimiento y control de las políticas públicas relativas a la seguridad social, así como en el proceso de formación de las leyes en la materia. Por ello, por ejemplo, contar con estudios técnicos, específicos, rigurosos y actualizados constituye no solo una necesidad para hacer efectivo el principio de sostenibilidad sino también un elemento fundamental

453 Ley de Seguridad Social, artículo 27, literal o).

454 Ley de Seguridad Social, artículo 27, literal l).

455 Ley de Seguridad Social, artículo 27, literal n).

456 Ley de Seguridad Social, disposición general única a continuación del artículo 285.

457 Estatutos del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, artículo 8.

458 Lotaip, artículo 7 literal d).

459 Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, artículo 12 numeral 18; Estatutos del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, artículo 4.

460 Ley de Seguridad Social, artículo 18, inciso séptimo; y 24.

461 Constitución de la República, artículo 211; Ley de Seguridad Social, artículo 306, inciso segundo.

462 Lotaip, artículo 7 literal h).

para la deliberación parlamentaria⁴⁶³ y la participación ciudadana en la concepción y adopción de estrategias y planes de acción en materia de seguridad social.

iii. Principio de transparencia aplicado a los ciudadanos

En cuanto al principio de transparencia aplicado a los ciudadanos, en concordancia con el principio de obligatoriedad, la Ley de Seguridad Social contiene disposiciones para controlar y sancionar las conductas fraudulentas, lo cual no es solo concordante con el principio de obligatoriedad (véase el apartado C), sino también con el principio de transparencia, que exige que los ciudadanos actúen de buena fe, se abstengan de obtener prestaciones de manera irregular, y cumplan con veracidad y lealtad sus obligaciones en materia de seguridad social, en virtud del deber de los ciudadanos de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social y del principio de solidaridad. Además, es concordante con lo establecido en la Recomendación núm. 202, que promueve la adopción de medidas destinadas a prevenir el fraude⁴⁶⁴ y a hacer cumplir efectivamente las obligaciones contributivas.⁴⁶⁵ Asimismo, se alinea con la Observación General N.º 19, que contempla, como parte de las obligaciones de proteger, la obligación de los Estados de adoptar medidas necesarias y eficaces para evitar que terceras partes no paguen al sistema de seguridad social las cotizaciones exigidas por la ley a los empleados u otros beneficiarios del sistema de seguridad social.⁴⁶⁶

I. Coherencia normativa respecto del principio de participación

a. Alcance del principio de participación

El principio de participación en materia de seguridad social se encuentra enunciado en el artículo 34 de la Constitución. Además, el texto constitucional consagra el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos de interés público y a ser consultados.⁴⁶⁷ También propugna la participación protagónica de todas las personas, en forma individual o colectiva, en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes.⁴⁶⁸ Asimismo, establece la obligación del Estado de garantizar la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades en la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos,⁴⁶⁹ y dispone que se preste especial atención a la participación de las personas adultas mayores⁴⁷⁰ y de los jóvenes.⁴⁷¹

En concordancia con las disposiciones constitucionales, los diferentes instrumentos internacionales adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo promueven el diálogo social y la participación de los interlocutores sociales como un mecanismo esencial para asegurar la buena gobernanza de

463 Corte Constitucional, sentencia N.º 83-16-IN/21 de 10 de marzo de 2021, §216, 217.

464 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social, §11 numeral 2.

465 Conferencia Internacional del Trabajo, Recomendación núm. 202, §11 numeral 1.

466 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §45.

467 Constitución de la República, artículo 61, numerales 2 y 4.

468 Constitución de la República, artículo 95.

469 Constitución de la República, artículo 85.

470 Constitución de la República, artículo 38 inciso primero,

471 Constitución de la República, artículo 39 inciso primero.

los sistemas de seguridad social, como lo ha manifestado la CEACR.⁴⁷² Se puede citar como ejemplo la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social que conmina al Estado a promover la participación tripartita y la realización de consultas para formular e implementar estrategias nacionales de extensión de la cobertura de la seguridad social y para el seguimiento y revisión de metas.⁴⁷³ Además, el Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo que dispone que los Estados consulten y colaboren con las personas empleadoras y trabajadoras para la implementación de las medidas previstas en este instrumento, en las que se incluye el seguro de desempleo⁴⁷⁴. Asimismo, la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa y el Pacto Mundial para el Empleo que prevén como uno de sus objetivos estratégicos la promoción del diálogo social y el tripartismo como mecanismos para facilitar los consensos, superar las crisis y fortalecer la cohesión social y el Estado de Derecho.⁴⁷⁵

Por otra parte, la Observación General N.º 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa al derecho a la seguridad social establece como uno de los elementos de este derecho la participación, que consiste en que los beneficiarios de los planes de seguridad social participen en la administración del sistema.⁴⁷⁶ Además, obliga a los Estados a promover una verdadera participación tanto para la adopción de reformas,⁴⁷⁷ sobre todo si se trata de medidas regresivas, como para la formulación y aplicación de estrategias y planes de acción nacionales y, en general, de toda decisión que pueda afectar el ejercicio del derecho a la seguridad social.⁴⁷⁸

A partir de esta normativa se puede concluir que el principio de participación implica el derecho de los ciudadanos a:

- Participar en la administración y gobernanza del sistema de seguridad social.
- Participar en la formulación, ejecución, seguimiento y control de las políticas públicas relativas a la seguridad social.
- Ser consultados antes de adoptar leyes o normativas de carácter general y, sobre todo, de aquellas que puedan afectar al ejercicio del derecho a la seguridad social.

b. Análisis de coherencia normativa

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana —LOPC—, como ley especial en la materia, regula todos los aspectos concernientes al ejercicio del derecho a la participación, por lo que las disposiciones de la Ley de Seguridad Social refuerzan las disposiciones de la LOPC, para hacer más efectivo el principio de participación en materia de seguridad social.

472 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa (OIT: Ginebra, 2011) §68.

473 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 144 sobre la consulta tripartita, artículos 2 y 5; Recomendación N.º 202 relativa a los pisos de protección social, §3 r), §8 d), §13 1), §19 y §20.

474 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, artículo 3.

475 Conferencia Internacional del Trabajo, Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa; Pacto Mundial para el Empleo.

476 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §26.

477 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, §42.

478 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, §69.

Ahora bien, si se analizan las disposiciones de la Ley de Seguridad Social respecto de la participación en la administración y gobernanza del sistema de seguridad social, se puede apreciar que el máximo órgano de gobierno del IESS⁴⁷⁹ está conformado de manera tripartita y paritaria por la persona representante de los asegurados, de los empleadores y de la Función Ejecutiva,⁴⁸⁰ lo cual es concordante con el principio de participación, pues se ha conformado una instancia tripartita en la cual los actores del sistema de seguridad social intervienen en la gobernanza del IESS. Sin embargo, tanto las personas aseguradas como las empleadoras son grupos heterogéneos, por lo que la participación en ese órgano debe considerar tal particularidad. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad diferida de los incisos segundo y tercero del artículo 28, por vulnerar los principios de participación, igualdad y equidad al excluir a un sector de empleadores y asegurados, y ordenó a la Asamblea Nacional que emitiera la normativa correspondiente, que «se adecue a los derechos constitucionales vigentes garantizando los derechos de participación e incluyendo a los representantes de todos los asegurados y empleadores dentro de la integración del Consejo Directivo del IESS».⁴⁸¹

Respecto de la participación en la formulación, ejecución, seguimiento y control de las políticas públicas relativas a la seguridad social, la Ley de Seguridad Social determina que en el Consejo Directivo se adoptan los programas y políticas de los seguros administrados por el IESS,⁴⁸² se emiten las normas correspondientes,⁴⁸³ se conocen y aprueban los presupuestos de operaciones del IESS y de cada seguro,⁴⁸⁴ así como los estados de situación y balances actuariales.⁴⁸⁵ Por lo tanto, estas disposiciones responden al principio de participación, pues existe una representación de las personas afiliadas y empleadoras en el órgano de gobierno del IESS, en el cual se debaten las políticas públicas y actos normativos a adoptarse en relación con el seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales y, además, se da seguimiento a estas decisiones. Sin embargo, la Ley no contiene disposiciones que promuevan la participación de las personas afiliadas, titulares de prestaciones y empleadoras ni de la ciudadanía en general fuera del órgano de gobierno del IESS, y se replica el vacío respecto de la relación entre los mandantes y sus representantes en el Consejo Directivo, referente a la inexistencia de disposiciones que regulen tal relación de manera que se garantice la interacción entre estos, ni tampoco el traslado y consideración de las demandas y expectativas de los mandatarios hacia sus mandantes (véase el apartado H). Así, estas disposiciones son insuficientes frente al alcance de la garantía de participación consagrada en las obligaciones internacionales, que no solo promueven la participación tripartita, sino también la implementación de amplios espacios de diálogo y deliberación que permitan efectuar consultas para la formulación e implementación de estrategias nacionales de extensión de la cobertura de la seguridad social, así como para su seguimiento y revisión de metas.⁴⁸⁶ También resultan insuficientes frente a la obligación prevista para los diferentes niveles de gobierno de promover la participación ciudadana a

479 Ley de Seguridad Social, artículo 26.

480 Ley de Seguridad Social, artículo 28.

481 Corte Constitucional, sentencia N.º 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016.

482 Ley de Seguridad Social, artículos 26, 27 literal a)

483 Ley de Seguridad Social, artículo 27 literal c), f), h), p).

484 Ley de Seguridad Social, artículo 27 literal i), j)

485 Ley de Seguridad Social, artículo 27 literal l), n), o), p).

486 Conferencia Internacional del Trabajo, Convenio núm. 144 sobre la consulta tripartita, artículos 2 y 5; Recomendación N.º 202 relativa a los pisos de protección social, §3 r), §8 d), §13 1), §19 y §20.

través de los consejos ciudadanos sectoriales⁴⁸⁷ o de los consejos consultivos.⁴⁸⁸ Finalmente, el mismo razonamiento se aplica a la participación previa a la adopción de normativas de carácter general en el Consejo Directivo, pues la implementación de políticas públicas se materializa en la adopción de normas.

Específicamente tratándose de leyes, es decir, de los actos normativos adoptados por la Asamblea Nacional, la Constitución garantiza la participación ciudadana, ya sea en la iniciativa para presentar proyectos de ley⁴⁸⁹ o en el proceso de formación de las leyes.⁴⁹⁰ Así, en este último caso, los ciudadanos que tengan interés en la aprobación de un proyecto de ley o que consideren que sus derechos pueden verse afectados por su expedición, pueden participar en la comisión que trata el proyecto y exponer sus argumentos, con lo cual se garantiza el ejercicio del derecho a la participación. En ese punto, vale reiterar la interdependencia del principio de participación con el principio de transparencia, ya que el acceso a información suficiente, clara y comprensible permite ejercer el derecho a la participación en todas las instancias.

Respecto de los actos normativos de la Función Ejecutiva, principalmente decretos ejecutivos y acuerdos ministeriales, la Ley de Seguridad Social determina que el Consejo Directivo propondrá el proyecto de Reglamento de la Ley de Seguridad Social al presidente de la República para su expedición,⁴⁹¹ con lo cual se garantiza que las personas afiliadas y empleadoras participen en la elaboración de esta normativa.⁴⁹² Y, si se trata de normativas relativas a derechos conexos que pueden tener un impacto en la seguridad social, como por ejemplo sobre el derecho al trabajo y a la salud, la participación de la ciudadanía se garantiza a nivel normativo en la LOPC a través de los consejos ciudadanos sectoriales y de los consejos consultivos; y de instancias como el Consejo Nacional de Fijación de Salarios.⁴⁹³ Si bien estas disposiciones responden al principio de participación, una vez más se evidencia que, fuera del Consejo Directivo, no existen instancias que aseguren la participación de las personas afiliadas, empleadoras y demás usuarios del sistema de seguridad social.

487 Instancias sectoriales de diálogo, articuladas a los ministerios y conformadas por organizaciones de la sociedad civil, que intervienen como instancias de consulta para formular e implementar políticas públicas nacionales y sectoriales; realizan el seguimiento y evaluación de las estas, y proponen políticas públicas de acuerdo con sus necesidades (artículos 52 a 54 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana).

488 Instancias de asesoramiento y consulta integradas por ciudadanos o por organizaciones de la sociedad civil, cuya función es consultiva (artículo 80 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana).

489 Constitución de la República, artículo 134 numeral 5.

490 Constitución de la República, artículo 137 inciso segundo.

491 Ley de Seguridad Social, artículo 27, literal d)

492 Como se indicó en el apartado I, el Reglamento a la Ley de Seguridad Social no ha sido expedido desde 2001 y hasta la presente fecha.

493 Código de Trabajo, artículos 118 a 125.

► Conclusiones

El presente análisis muestra que la coherencia normativa de la Ley de Seguridad Social respecto de los principios constitucionales e internacionales que rigen al derecho a la seguridad social y a su sistema es relativa. Varias disposiciones no responden a los principios constitucionales e internacionales que rigen al derecho a la seguridad social, mientras que otras se alinean con estos principios, ya sea porque fueron diseñadas con base en estos o porque han sido reformadas precisamente para alinearse con ellos.

Si bien la Constitución de 2008 conserva ciertos elementos de constituciones previas, también realiza varias innovaciones que tienen que ver con la integración de los instrumentos internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico nacional mediante el bloque de constitucionalidad y de la jerarquía normativa y su aplicación directa e inmediata en caso de que reconozcan derechos más favorables, por una parte, y, por otra, con el reconocimiento del derecho a la seguridad social como un derecho inherente de todas las personas, con independencia de su situación laboral, y su importancia primordial para la realización del derecho a una vida digna, al ser uno de sus componentes, y con la necesidad de fortalecer la solidaridad social para garantizar la perennidad y eficacia de un sistema de seguridad social público y universal. En tal sentido, la transformación del mecanismo a través del cual se hace efectiva la protección contra las contingencias del sistema de seguridad social de «seguro general obligatorio» a «seguro universal obligatorio», y el mandato de extenderlo a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral, no es casual ni anodino, sino que responde precisamente a la intención del constituyente de proteger a todas las personas contra los riesgos sociales que les colocan en situaciones de necesidad y les privan de ejercer plenamente sus derechos, a través de una garantía de ingresos y de atención en salud, siendo esta última es la más amplia, al establecer, además del subsistema de salud de la seguridad social, un subsistema estatal gratuito y de acceso abierto sin condición alguna. Bajo estas consideraciones y tomando en cuenta las demás transformaciones introducidas por la Constitución de 2008, la Ley de Seguridad Social vigente desde noviembre de 2001 se encuentra desfasada.

Desde su expedición, la Ley de Seguridad Social ha sido objeto de al menos 28 reformas y 6 declaraciones de inconstitucionalidad. Eso ha ocasionado una falta de claridad y de sistematicidad en su texto, lo cual dificulta su comprensión y propicia variadas interpretaciones que ocasionan problemas de gobernanza⁴⁹⁴ y vulneración de derechos.⁴⁹⁵ A ello se suma la existencia de un cierto número de disposiciones ineficaces⁴⁹⁶ y los renvíos de la Ley a un Reglamento de aplicación que no ha sido expedido hasta la presente fecha. Estas situaciones tienen un impacto en el derecho a la seguridad jurídica, que «garantiza la certidumbre del derecho y la interdicción de la arbitrariedad»⁴⁹⁷ y, en virtud del cual, «las personas deben contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que les permita tener una noción razonable de las reglas que les serán aplicadas y que su situación jurídica no

494 Véase en ese sentido Pablo Casali et al., *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo* (Oficina de la OIT para los Países Andinos, 6 de julio de 2020).

495 Véase en ese sentido la sentencia N.º 2936-18-EP-21 de 21 de julio de 2021 sobre la aplicación de la responsabilidad patronal a las personas artesanas.

496 La eficacia de la norma tiene que ver con su aplicación y observancia. Si la norma existe, pero no es aplicada ni respetada, la norma es ineficaz. Como lo señala Rodríguez Lapuente «la ineficacia de una norma puede provenir del desacato de sus destinatarios, por ignorancia o por rechazo y también por la incapacidad de las autoridades para aplicarlas» (Manuel Rodríguez Lapuente, *Sociología del Derecho*, p.128)

497 Corte Constitucional, sentencia No 1043-15-EP/21 de 27 de enero de 2021, §27; sentencia N.º 1455-13-EP/20 de 8 de enero de 2020, §29.

será modificada más que por los procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente». ⁴⁹⁸

Desde el punto de vista del principio de universalidad en cuanto a los sujetos protegidos, la Ley de Seguridad Social no responde a la concepción del derecho a la seguridad social consagrada en la Constitución de 2008, pues se trata de una ley que construye la protección del sistema de seguridad social sobre la calidad de trabajador y que tiene como base de organización el trabajo bajo relación de dependencia. Además, visto que condiciona el acceso al sistema a la percepción de ingresos, distingue entre población asegurable y aquella que no lo es. Mientras que la Constitución de 2008 reconoce al derecho a la seguridad social como inherente a la persona y derivado de su dignidad, por lo que el fundamento de su protección es precisamente la calidad de persona, sujeto de derechos. En otras palabras, la seguridad social es un derecho inherente a la persona por el simple hecho de serlo y su acceso no está condicionado a la calidad de trabajador. Tanto es así que la Constitución ordena extender el seguro universal obligatorio a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral, y dispone que se incluya a colectivos que no perciben ingresos, como las personas trabajadoras no remuneradas del hogar.

En cuanto al principio de universalidad de las situaciones protegidas, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social presentan ciertas inconsistencias. Por una parte, si bien la Constitución permite un tratamiento diferenciado en el ejercicio de los derechos en virtud del principio de igualdad y no discriminación y, por lo tanto, no todas las personas deben estar protegidas necesariamente ante los mismos riesgos, de la misma manera y al mismo tiempo, la diferenciación de las contingencias protegidas en el caso del seguro social campesino en relación con los otros sujetos protegidos, parece inscribirse únicamente en la tradición legislativa, pues, con excepción de la contingencia por muerte, los riesgos protegidos no han cambiado desde 1981. Por eso, *más allá de la particularidad en su financiamiento*, podría cuestionarse el fundamento de tal diferenciación, así como la progresividad de la protección para este colectivo. Lo propio sucede con la conceptualización de la cesantía y desempleo, que, ante una misma situación, ofrece una doble protección para las personas trabajadoras en relación de dependencia y ninguna para las personas trabajadoras independientes.

Además, el principio de igualdad y no discriminación tampoco está considerado respecto del género. Así, la pensión por viudedad se dirige solo hacia las mujeres y de manera excepcional hacia los hombres, siempre que se encuentren incapacitados para el trabajo. Igualmente, la pensión de viudedad limitada a una sola persona beneficiaria desconoce la participación del trabajo no remunerado del hogar en la obtención de la prestación del causante por parte de sus anteriores parejas o cónyuges, y tiene como resultado desprotegerlos. Asimismo, la pérdida de la pensión de viudedad con motivo de un nuevo matrimonio o unión de hecho entra en conflicto con el derecho a la intimidad personal y familiar, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad al obligar a la mujer a permanecer viuda a fin de mantener la percepción de la prestación. Por otra parte, la contingencia de paternidad no está diseñada como tal, sino como un derecho del trabajador en relación de dependencia bajo la forma de una licencia con o sin remuneración. Por lo tanto, su financiamiento no es colectivo, y su duración no permite compartir la responsabilidad de las tareas de cuidado, lo cual refuerza los estereotipos de género.

En lo concerniente a los principios de solidaridad y equidad, la Ley contiene varias disposiciones que presentan problemas de equidad. En primer lugar, respecto de la posibilidad de que el Estado, en calidad de empleador, participe en el financiamiento de fondos previsionales complementarios cerrados resulta inequitativa frente a la brecha de cobertura en cuanto a la población protegida por la seguridad social y al hecho de que el Estado destine recursos fiscales para una cobertura complementaria de personas

498 Corte Constitucional, sentencia N.º 1043-15-EP/21 de 27 de enero de 2021, §27; sentencia N.º 989-11-EP/19 de 10 de septiembre de 2020, §20; sentencia N.º 1455-13-EP/20 de 8 de enero de 2020, §29.

que ya están cubiertas por la seguridad social, lo cual no es coherente con la obligación del Estado de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a la seguridad de toda la población, de erradicar la pobreza y promover la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza.

En segundo lugar, la Ley organiza la protección del sistema teniendo como base el trabajo en relación de dependencia y, como consecuencia, sus instituciones están construidas alrededor de esa modalidad de trabajo, por ejemplo, la responsabilidad patronal o el salario básico unificado como base de aportación, lo cual ocasiona una ruptura del principio de igualdad, pues la base de aportación mínima de las personas trabajadoras independientes o autónomas es la misma que la de las personas trabajadoras en relación de dependencia, aun cuando su situación no es la misma y tampoco el esfuerzo contributivo exigido. En otras palabras, se exige el mismo esfuerzo contributivo a personas que no se encuentran en la misma situación, con lo cual la capacidad contributiva se vuelve una barrera de acceso al sistema y contraviene al elemento de asequibilidad del derecho a la seguridad social que exige que en la determinación de las cotizaciones, los costos, directos e indirectos, sean asequibles para todos y no comprometan el ejercicio de otros derechos. Además, la práctica implementada que les impone el mismo porcentaje de aportación y el mismo esfuerzo contributivo, y les otorga una menor protección, específicamente en cuanto a las prestaciones económicas por enfermedad común y maternidad, vulnera los principios de solidaridad y equidad, al exigir una mayor solidaridad de esta población y limitar su derecho a beneficiarse de ella frente a una misma situación de necesidad. Asimismo, constituye una restricción injustificada al contenido de los derechos.

En tercer lugar, la contribución del Estado con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago, sin bien responde al principio de solidaridad, presenta problemas de equidad, ya que es regresiva, vista la limitada cobertura del IESS y la transferencia de recursos de la población no cubierta por la seguridad social, y que se encuentra en los niveles más bajos de ingresos hacia un porcentaje reducido de la población que sí está cubierta y que se encuentra en los quintiles de mayores ingresos. A ello se suma el hecho de que tal aporte es financiado mediante impuestos generales provenientes, en su mayoría, de aquellos que no son progresivos, como los que gravan la compra de bienes y servicios.

En lo concerniente al principio de obligatoriedad, la Ley lo considera únicamente como una obligación de no hacer, es decir, la prohibición de ponerse de acuerdo con un tercero para renunciar a la protección del sistema, ya sea renunciando a la afiliación o a las prestaciones. Sin embargo, la Constitución consagra además una obligación de hacer, es decir, la obligación de toda persona de afiliarse a la seguridad social y pagar sus aportes, así como la obligación de toda persona empleadora de afiliar a sus trabajadores a la seguridad social. Asimismo, las disposiciones de la Ley son contradictorias entre sí, pues consideran a las personas trabajadoras independientes como afiliadas obligatorias y voluntarias a la vez. También son contrarias a las disposiciones constitucionales que establecen el deber de todas las personas de cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social; de promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, y de practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios, y que reservan la afiliación voluntaria para las personas ecuatorianas domiciliadas en el exterior.

Además, la contradicción entre las mismas disposiciones de la Ley, sumada a la existencia de leyes especiales y de reformas para incluir categorías puntuales de trabajadores independientes, generan inseguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad y no discriminación, pues unos trabajadores independientes son tratados como afiliados voluntarios y otros como afiliados obligados —por ejemplo los artesanos— e incluso cuando son tratados como afiliados voluntarios, y pese a encontrarse en la misma situación o similar, se produce una ruptura del principio de igualdad y no discriminación, ya que a unos se les aplica la figura de la responsabilidad patronal y a otros no. Por ejemplo, las personas trabajadoras autónomas de la cultura no son sujetos de responsabilidad patronal, mientras que las otras personas trabajadoras independientes sí lo son. De igual manera, existe un problema de legalidad de

la responsabilidad patronal respecto de las personas afiliadas voluntarias, a quienes, pese a no estar consideradas en su ámbito de aplicación por la Ley, se les aplica tal figura por vía reglamentaria. Además, existe una inadecuación de la responsabilidad patronal y se desvirtúa su fundamento —que siempre ha sido sancionar al empleador que ha descontado los aportes al trabajador, pero los retiene y no los entrega al IESS—, pues asimila a las personas trabajadoras independientes y voluntarias a la figura del patrono o empleador haciendo que reúnan esta doble calidad y se comprometa su protección, como lo demuestra la sentencia N.º 2936-18-EP/21, en donde la aplicación de la responsabilidad patronal sobre el seguro de salud terminó por anular la protección del sistema a una persona afiliada artesana.

Respecto del principio de subsidiaridad, según la Ley el Estado no puede intervenir en la seguridad social, sino únicamente en defecto de los responsables principales, que serían las personas «aseguradas», y su intervención se limita al auxilio obligatorio para robustecer las actividades de aseguramiento y para financiar las prestaciones que no pueden ser totalmente costeadas por los «asegurados». Sin embargo, si al amparo de la Constitución se entiende que el robustecimiento de las actividades de aseguramiento implica extender el seguro universal obligatorio a toda la población, con independencia de su situación laboral, la definición del principio de subsidiaridad no responde al espíritu de la Constitución, que obliga al Estado a garantizar y hacer efectivo el derecho a la seguridad social de toda la población, incluyendo de aquella cuya capacidad contributiva es insuficiente e incluso inexistente. Además, respecto de la subsidiaridad en el financiamiento de las prestaciones, la Ley establece una intervención del Estado de última instancia o de último recurso, es decir, únicamente en el caso de que las prestaciones no puedan costearse totalmente con las aportaciones de los asegurados. Sin embargo, no deja de llamar la atención la conceptualización de este principio y su implementación en la práctica, puesto que desde hace al menos 79 años el sistema del IESS no ha sido capaz de financiar las prestaciones de sus asegurados sin las contribuciones del Estado, por lo que la intervención de este responde más bien a la de un corresponsable y no a la de un responsable subsidiario.

En cuanto al principio de sostenibilidad, si bien existen varias disposiciones tendientes a precautelar el equilibrio del sistema tanto en la Ley de Seguridad Social, como en la normativa de la Superintendencia de Bancos, en calidad de organismo técnico de control, vigilancia y supervisión, estas presentan un problema de eficacia. Además, la Ley de Seguridad Social no aclara cuál es el criterio que determina que, en ciertos casos, se requiera de estudios actuariales independientes y en otros solo los estudios realizados por el IESS.

Respecto del principio de suficiencia, la Ley dispone la elaboración de estudios actuariales periódicos de solvencia y sostenibilidad para el seguro de invalidez, vejez y muerte, con base en los cuales el IESS puede realizar ajustes a las pensiones en curso de pago, lo que puede contravenir el principio de previsibilidad de las prestaciones previsto en la Observación General N.º 19 y en la Recomendación núm. 202. Además, tal disposición no considera que cualquier ajuste debe efectuarse mediando un equilibrio entre la sostenibilidad del sistema y la suficiencia necesaria de las prestaciones para cumplir con su finalidad.

Por otra parte, en lo concerniente al principio de eficiencia, si bien la Ley de Seguridad Social prevé recursos administrativos (dos instancias) para resolver las controversias en cuanto a las prestaciones, puede ser cuestionable su eficiencia y rapidez frente a la necesidad particular de los sujetos protegidos. Esto, si se considera que tales recursos no ponen fin a las controversias, sino que puede recurrirse además al ámbito judicial, en donde existen dos instancias y el recurso de casación, es decir, se trata de procesos complejos y onerosos que van en la dirección contraria a lo que preconiza la Recomendación núm. 202 —procedimientos de queja y de recurso eficaces, simples y rápidos, accesibles y poco onerosos—. En el mismo sentido y en cuanto a la eficiencia respecto de la recuperación de los recursos económicos del sistema, la Corte Constitucional ha reiterado que los procesos para cobrar las obligaciones pendientes

deben ser eficientes y eficaces para garantizar las prestaciones a los beneficiarios y la sostenibilidad del sistema.⁴⁹⁹

En cuanto al principio de transparencia, los vacíos de la Ley de Seguridad Social son importantes pese a los avances, por ejemplo tratándose de las inversiones realizadas con los fondos de reserva y cesantía, y pese a los aportes de la Lotaip, como ley especial en la materia, que ha contribuido a transparentar la información del sistema de seguridad social; así como de la Superintendencia de Bancos, que ha emitido normas para promover los principios de buen gobierno tendientes a la transparencia y rendición de cuentas. Así, respecto del principio de transparencia en lo que concierne al derecho a recibir información sobre los servicios ofrecidos por la seguridad social y el deber de información, la misma Ley constituye una barrera de acceso a la información, puesto que a partir de la declaración de inconstitucionalidad al amparo de la Constitución de 1998, el régimen aplicable y el funcionamiento de las pensiones es de difícil comprensión para los ciudadanos que no siempre disponen de una asistencia jurídica.

Asimismo, respecto del derecho al control social y del deber de rendición de cuentas como parte del principio de transparencia, la Ley únicamente consagra la responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y no el deber de los representantes elegidos para actuar en el Consejo Directivo de rendir cuentas a sus mandantes. Además, las obligaciones de transparencia siguen siendo insuficientes en relación con la publicidad de ciertos documentos, como las actas de reuniones, informes técnicos que sirven de base para la toma de decisiones, informes de gestión, entre otros. Además, si bien el IESS cuenta con un órgano de control interno *a posteriori*, este es designado por el Consejo Directivo y depende jerárquicamente del mismo Consejo, lo que hace cuestionable su imparcialidad.

Lo propio sucede respecto del principio de participación. La LOPC, como ley especial en la materia, no ha sido suficiente para llenar los vacíos de la Ley de Seguridad Social en cuanto a la participación ciudadana. Así, si bien la Ley de Seguridad Social considera la participación de las personas afiliadas y empleadoras, a través de sus representantes, en la administración y gobernanza del IESS, esta no representa la heterogeneidad de los afiliados, lo cual ya ha sido observado por la Corte Constitucional. Además, fuera del Consejo Directivo la Ley no considera otras instancias que permitan una participación más amplia de las personas afiliadas, empleadoras y beneficiarias del sistema, de manera que puedan ser consultadas respecto de temas de interés del IESS y, en general, de las políticas públicas de seguridad social. Por lo tanto, las disposiciones de la Ley de Seguridad Social son insuficientes para promover la participación y el diálogo social.

Sin embargo, pese a estas falencias, se pueden observar varias fortalezas de la Ley de Seguridad Social, que se ha adaptado para favorecer la garantía del derecho a la seguridad social de la población.

En cuanto al principio de universalidad respecto de los sujetos protegidos, la Ley toma en cuenta la especificidad de ciertas actividades y colectivos para incorporarlos y extender la protección del seguro universal obligatorio y sus regímenes especiales; por ejemplo, a las personas trabajadoras no remuneradas del hogar, las personas trabajadoras autónomas de la cultura y quienes realizan actividades de autosustento en el campo (seguro social campesino). Asimismo, la Ley considera entre los sujetos protegidos a los cónyuges e hijos menores de edad de los afiliados y pensionistas, y a las personas en situación de desempleo. Además, y pese a la ineficacia de las prestaciones asistenciales no contributivas de vejez e invalidez, la Ley considera como sujetos protegidos a las personas de 70 años o más o que sin importar la edad se encuentren incapacitadas de forma absoluta y permanente para todo trabajo remunerado, y que carezcan de recursos suficientes para satisfacer sus necesidades vitales, así como a las personas con discapacidad no afiliadas al IESS. Todo lo cual es concordante con el principio

499 Corte Constitucional, sentencia N.º 1024-19-JP/21 de 1 de septiembre de 2021, §112, 114.

constitucional de universalidad y con lo dispuesto en la Observación General N.º 19 y en los Convenios núm. 102, 128, 121 y 130.

Respecto del principio de universalidad de las situaciones protegidas, con excepción de las prestaciones familiares, la Ley de Seguridad Social contempla como riesgos sociales protegidos a todos los previstos en el Convenio núm. 102 y en la Observación General N.º 19, esto es la enfermedad, la maternidad, los riesgos del trabajo, la vejez, la invalidez que incluye discapacidad, la muerte, la cesantía y el desempleo. Además, deja abierta la posibilidad de que el legislador introduzca otros riesgos sociales siempre que se cuente con el financiamiento necesario. Asimismo, la Ley prevé, con base al principio de solidaridad, prestaciones asistenciales por vejez e invalidez, lamentablemente ineficaces. Por otra parte, la Ley organiza la protección frente a estos riesgos sociales en función de las características particulares de los sujetos protegidos, de la pertinencia de los riesgos sociales y de la función de las prestaciones, observando así, aunque parcialmente, el principio de igualdad y no discriminación, por una parte, y, por otra, de la capacidad financiera del sistema, respetando igualmente el principio de sostenibilidad. Así también considera la contingencia de vejez para todos los sujetos protegidos, lo cual es concordante con la Constitución, que reconoce el derecho de toda persona adulta mayor a la jubilación universal. Además, todas las personas afiliadas y sus hijos menores de edad tienen derecho a prestaciones de atención de salud, ya sea en los establecimientos de salud del IESS o, en cualquier caso, de manera gratuita y sin condición alguna, en los establecimientos del Ministerio de Salud Pública.

En lo relativo al principio de solidaridad, este es ampliamente considerado por la Ley de Seguridad Social tanto en el financiamiento de las prestaciones como en los aportes y contribuciones. La Ley dispone un financiamiento colectivo de las prestaciones fundado en dos pilares: los aportes de los sujetos obligados y protegidos, y los aportes y contribuciones del Estado. Además, y particularmente en el caso de las pensiones, se trata de un financiamiento colectivo basado en la solidaridad intergeneracional, lo cual es concordante con las disposiciones constitucionales, así como con el Convenio núm. 102 y la Recomendación núm. 202, que promueven la solidaridad social en el financiamiento de los regímenes de seguridad social. Asimismo, la Ley guarda coherencia con el principio de solidaridad, ya que prevé la garantía de pensiones mínimas que se complementa con el establecimiento de pensiones máximas, lo que evidencia que la Ley toma en cuenta criterios de justicia social y equidad, que deben mantenerse y fortalecerse.

En cuanto al principio de solidaridad respecto de los aportes, la Ley prevé como base de aportación los ingresos reales de las personas afiliadas. Además, prevé aportes diferenciados para las personas que realizan trabajo de autosustento en el campo y de pesca artesanal (seguro social campesino), a los cuales se suman los aportes y contribuciones de los afiliados al seguro general obligatorio y de los seguros públicos y privados, y del Estado, para financiar las prestaciones de una población con menor capacidad contributiva. Asimismo, se consideran aportes diferenciados y progresivos para las personas trabajadoras no remuneradas del hogar que se completan con contribuciones del Estado. Todo esto responde a los principios de solidaridad y de equidad, y al principio de igualdad y no discriminación. Además, las prestaciones asistenciales no contributivas por vejez e invalidez previstas en la Ley, pese a su ineficacia ya que no han sido implementadas, responden al principio de solidaridad y son concordantes con las disposiciones constitucionales y las de la Observación General N.º 19, así como de la Recomendación núm. 202.

En cuanto al principio de obligatoriedad, la Ley consagra la prohibición de decidir o ponerse de acuerdo con un tercero para renunciar a la protección del seguro universal obligatorio, ya sea renunciando a la afiliación o a las prestaciones. Asimismo, la Ley prevé disposiciones para sancionar la afiliación fraudulenta, la mora patronal, la responsabilidad patronal y, en general, para controlar las conductas irregulares, lo cual es concordante con el principio constitucional de obligatoriedad y se alinea con la Observación General N.º 19 y la Recomendación núm. 202.

Respecto del principio de sostenibilidad, la Ley contiene varias disposiciones que buscan precautelar la perennidad del sistema. Así, prohíbe crear nuevas prestaciones o mejorar las ya existentes si no se encuentran debidamente financiadas y respaldadas en estudios actuariales. Esto se refuerza con la normativa de la Superintendencia de Bancos, que exige la presentación de los mencionados estudios al menos cada tres años, o cuando se requiera ampliar la cobertura o mejorar las prestaciones. Además, la Ley exige contar con estudios actuariales para determinar los porcentajes de aportación, las prestaciones máximas, así como para modificar la cuantía de las pensiones en curso de pago. Asimismo, la sostenibilidad del sistema se basa en una combinación de métodos de financiamiento (aportes de los afiliados, recursos fiscales, ingresos por inversiones, donaciones, entre otros); así como en el control del fraude, la evasión, la subdeclaración y la recuperación de las obligaciones pendientes con el sistema. Igualmente, el hecho de que la Ley establezca como base de aportación los ingresos reales percibidos por las personas afiliadas sin límite, y considere a la vez pensiones mínimas y máximas, da cuenta de la inclusión de criterios de justicia social y equidad en la sostenibilidad del sistema, lo cual responde al principio de sostenibilidad consagrado en la Constitución, así como en la Observación General N.º 19, el Convenio núm. 102 y la Recomendación núm. 202.

Asimismo, la Ley de Seguridad Social toma en cuenta el principio de suficiencia de las prestaciones. En cuanto a las prestaciones económicas, observa los estándares que promueven los Convenios núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social; núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, y núm. 183 sobre la protección de la maternidad. En relación con las prestaciones de atención en salud, estas comprenden todos los tratamientos y medicamentos necesarios para restablecer la salud, así como los procedimientos de readaptación. También contempla todos los procedimientos antes, durante y después del parto, y de atención y seguimiento de la salud del neonato y hasta los 18 años. Así, sus disposiciones se alinean de manera general con los estándares fijados en los Convenios mencionados, tanto en monto como en duración. Además, en cualquier caso, la atención de salud está garantizada de manera gratuita y sin condición alguna en los establecimientos del Ministerio de Salud Pública.

Respecto del principio de eficiencia en el servicio público de la seguridad social, se puede apreciar que, en concordancia con el principio de transparencia, la Ley garantiza el acceso a la información personal, a la información sobre las prestaciones del sistema, y al acceso físico o digital a los servicios de la seguridad social. Además, en cuanto a la atención de salud por prestadores externos, se establece la obligación de controlar la calidad de las prestaciones y la satisfacción de los usuarios en términos de eficiencia, oportunidad y equidad. Asimismo, la Ley prevé instancias para resolver quejas y controversias y prevé plazos reglamentarios para su resolución. Esto se alinea con el derecho constitucional al debido proceso y con las exigencias internacionales contenidas en la Observación General N.º 19 y en la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social. Además, la Ley considera expresamente la eficiencia como un principio en la gestión y utilización de los recursos, lo cual responde a la Constitución.

En cuanto al principio de transparencia, la Ley garantiza el acceso permanente y actualizado de toda persona a la información sobre su situación individual e incluye la obligación del IESS de enviar esa información a las personas afiliadas con una periodicidad no menor a un año, siendo su incumplimiento objeto de sanción. Esto, sumado a las disposiciones de la Lotaip, se alinea con el principio constitucional de transparencia y respeta el derecho a recibir información sobre los servicios que ofrece la seguridad social y el deber de la administración de informar. Además, la Ley dispone la publicación semestral, en un periódico de circulación nacional, del informe sobre el monto actualizado de los fondos de reserva y cesantía, así como de los sectores de la economía y destino en los que están invertidos. De esta forma se observa el principio de transparencia respecto del control social y rendición de cuentas. Asimismo, la legislación de la Superintendencia de Bancos y la Lotaip han contribuido a transparentar los actos del

Consejo Directivo del IESS, como máximo órgano de gobierno de la institución, así como los del Biess y su Directorio. También han facilitado el acceso a la información sobre los servicios que presta el IESS, las prestaciones, requisitos, formas de afiliación y pago, acceso físico a instalaciones entre otra información relevante.

Respecto del principio de participación, la Ley incorpora a los afiliados y empleadores en la gobernanza y administración del IESS mediante el Consejo Directivo, con lo cual se garantiza su participación en la formulación, ejecución, seguimiento y control de las políticas públicas y de los actos normativos concernientes al seguro universal obligatorio y a sus regímenes especiales, como lo propugnan la Observación General N.º 19 y las normas internacionales del trabajo. Además, la Lotaip y la LOPC han contribuido a mejorar la participación ciudadana en todo el sector público.

► Recomendaciones generales

Considerando las falencias y virtudes que presenta la Ley de Seguridad Social, se pueden plantear las siguientes recomendaciones generales:

- Adecuar el sistema, considerando como fundamento de la protección y de acceso al sistema de seguridad social la calidad de persona, sujeto de derechos, sin perjuicio de que la calidad de trabajador pueda ser uno de los criterios de organización del sistema, mas no de acceso, para lo cual será necesario transversalizar el principio de igualdad y no discriminación. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT —CEACR— ha recordado a los Estados que el objetivo de la protección universal implica el acceso progresivo de toda la población a la protección necesaria, independientemente del mecanismo de protección social que se utilice.⁵⁰⁰ Por eso, conforme a la Constitución y en el marco de los principios analizados, el legislador puede prever una serie de mecanismos —contributivos, no contributivos o una combinación de estos, entre otros—, a fin de hacer efectivo el derecho a la seguridad social de toda la población, con independencia de su situación laboral.
- Considerar el principio de igualdad y no discriminación, así como el derecho a la igualdad material, de manera que se tome en cuenta la heterogeneidad de la población protegida y se diseñen medidas adaptadas a su situación. En otras palabras, es necesario que se otorgue un trato diferenciado a aquellas personas que, por su situación particular, necesitan esa diferenciación para afiliarse, tener acceso a prestaciones y, en general, ejercer su derecho a la seguridad social.⁵⁰¹ En este punto, es necesario considerar, de manera especial, las necesidades derivadas de la capacidad contributiva de las personas, así como aquellas derivadas de las desigualdades de género. Además, es necesario resolver las diferencias de tratamiento no justificadas en situaciones similares, por ejemplo, de las personas trabajadoras independientes. Al respecto, la CEACR ha manifestado que la universalidad solo puede lograrse mediante sistemas de protección social no discriminatorios, inclusivos y adaptados, que atiendan las necesidades de una población diversa y que se conciben y apliquen para mitigar y acabar con la marginación, las desventajas y las desigualdades, de manera que se garantice el respeto de los derechos y la dignidad de todas las personas protegidas. En tal virtud, los Estados deben, con carácter prioritario, extender los sistemas de seguridad social a fin de cubrir a las personas que aún no están protegidas y los riesgos sociales que todavía no se abordan, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, con miras a abarcar el ámbito y nivel más amplio posible de protección social. Además, visto el déficit de cobertura persistente en el mundo respecto de quienes trabajan en la economía informal, se deberá prestar especial atención a la inclusión de esta población.⁵⁰²
- Considerar una protección adecuada de los riesgos sociales en función del principio de igualdad y no discriminación —que no implica identidad de trato en toda circunstancia—, de criterios objetivos, como la función de las prestaciones y la sostenibilidad del sistema y sin que la capacidad contributiva sea un

500 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (OIT: Ginebra, 2019) §607.

501 La Corte Constitucional ha manifestado: «Por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, las personas tienen derecho a ser tratadas de forma igual cuando el trato diferenciado les inferioriza y tienen derecho a ser tratadas de forma diferente cuando el trato igualitario las excluye.» (Sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020, §73.)

502 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible. Estudio General relativo a la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202)* (OIT: Ginebra, 2019), p. vii, §120, 414.

criterio determinante en el nivel de protección. Además, se debe garantizar que esas diferenciaciones promuevan el derecho a la seguridad social y no lo restrinjan, y que no causen discriminaciones de hecho o de derecho. Asimismo, es importante tomar en cuenta que todas las personas adultas mayores deberían gozar de la jubilación universal, es decir, una pensión por vejez, contributiva o no contributiva, destinada a garantizar el derecho a una vida digna conforme al mandato constitucional. Al respecto, la CEACR ha instado a los Estados a tener presente el objetivo de la universalidad al elaborar y mantener sus sistemas de seguridad social a efecto de aplicar la combinación de planes y prestaciones que resulte más propicia para lograr la cobertura universal de la población y una amplia cobertura de los riesgos o contingencias sociales. Además, ha insistido en la responsabilidad de los Estados de garantizar a toda la población una protección adecuada, asequible y disponible en salud y en ingresos en relación con todos los riesgos sociales a lo largo del ciclo de vida. También ha reiterado que el logro de la universalidad de la protección requiere que los sistemas de seguridad social sean inclusivos y no discriminatorios, tanto en la legislación como en la práctica, y atiendan las necesidades especiales de los diversos grupos de la población, en particular los más vulnerables, por lo que los Estados deben determinar cuidadosamente estas necesidades y adoptar todas las medidas necesarias a fin de asegurar la cobertura de los diferentes grupos de la población y protección de sus derechos y su dignidad de la manera más adecuada y reactiva.⁵⁰³

- Considerar las desigualdades de género en el diseño de la protección de la seguridad social, de manera que se estudie minuciosamente el impacto de toda reforma, específicamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social de las mujeres, y se elimine todo tipo de discriminación de hecho y de derecho, pues aunque las normas pueden parecer neutras, su aplicación puede no serlo debido a causas estructurales que incluyen los roles de género. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la CEACR han recordado a los Estados su obligación de formular y adoptar medidas que consideren la perspectiva de género, así como las circunstancias y modalidades de trabajo específicas de las mujeres, por una parte; y, por otra, su obligación de evaluar de manera periódica sus disposiciones relativas a la seguridad social, a fin de cerciorarse de que estas no discriminan ni de hecho ni de derecho, directa o indirectamente, y que se están realizando progresos en la igualdad de género en cuanto a la seguridad y protección sociales. Asimismo, han recordado a los Estados que, en virtud del principio de igualdad, la edad de jubilación obligatoria entre hombres y mujeres debería ser la misma, o hacer que la jubilación anticipada de las mujeres sea facultativa. Al mismo tiempo, deben garantizar que las mujeres se beneficien de igualdad de oportunidades de empleo y de desarrollo de la carrera, y adoptar medidas para corregir los factores que les impiden cotizar o asegurar que esos factores sean considerados en las fórmulas de cálculo de las prestaciones.⁵⁰⁴ Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado expresamente al Ecuador que apruebe, en consulta con el sector privado, un plan nacional de acción para que los sistemas de seguridad social abarquen a un mayor número de mujeres que trabajen en el sector informal. Además, que adopte medidas encaminadas a conciliar las obligaciones en el trabajo y en la familia, y que ponga en vigor una legislación que establezca y aplique el concepto de paternidad compartida, así como programas que apunten a reforzar las obligaciones comunes de la madre y el padre.⁵⁰⁵ Asimismo, de

503 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible, Estudio general sobre la aplicación en la legislación y en la práctica nacionales de la Recomendación sobre los pisos de protección social*, 2012 (núm. 202) (Ginebra: OIT, 2019), §153, 233, 397.

504 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, § 32; Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, §401, 518, 519.

505 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Ecuador de 2015, §31 literales b), c), g); Observaciones finales sobre el informe periódico décimo del Ecuador de noviembre de 2021, §20 literal a), 32 literal d), 36 literal d).

manera general, ha invitado a los Estados a tomar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la seguridad social y prestaciones sociales a las mujeres que trabajan sin percibir tales prestaciones en empresas de propiedad de un familiar.⁵⁰⁶

- Fortalecer el principio de solidaridad, de acuerdo con lo manifestado por la CEACR. Es decir, que la solidaridad social sea un requisito previo para la protección social universal y una condición previa para lograr un desarrollo sostenible. La solidaridad social, incluidos sus aspectos financieros, constituye el núcleo de la seguridad social, refuerza la cohesión y la paz social, y es un arma poderosa contra la pobreza y la desigualdad. Además, es un instrumento eficaz para que las sociedades sean más justas e igualitarias, por lo que los Estados, cuando emprenden reformas, deben prestar especial atención a la importancia de este principio. En tal sentido, la Comisión llama la atención a los Estados sobre la dificultad de reconciliar una reducción del alcance del seguro social al introducir mecanismos individuales de ahorro obligatorios o voluntarios, que transfieren los riesgos económicos y financieros a los individuos, con los principios de universalidad, solidaridad, previsibilidad, eficiencia, sostenibilidad con criterios de justicia social y equidad, entre otros establecidos en la Recomendación núm. 202. Por consiguiente, debe garantizarse en todos los casos que estos regímenes formen parte de un sistema más amplio, que se base en los principios de solidaridad, mancomunación de riesgos y financiación colectiva, y la participación de las personas protegidas.⁵⁰⁷
- Tal fortalecimiento debería considerar al menos cuatro puntos. En primer lugar, la implementación progresiva del principio de obligatoriedad, para lo cual deberían resolverse las contradicciones presentes en la Ley, así como los problemas de aceptación que se reflejan en la eficacia de la norma, pues como lo ha precisado la CEACR, la financiación colectiva ofrece la mejor garantía de sostenibilidad financiera, especialmente en momentos de consolidación fiscal. La universalización progresiva de la seguridad social requiere reforzar y ampliar la solidaridad social y la solidaridad en la financiación como una manifestación de los valores colectivos de cohesión social, asistencia mutua y reparto de responsabilidades, y de los valores humanos de empatía, compasión y cuidado de los débiles. La financiación colectiva de la protección social sobre la base más amplia posible es el medio óptimo para afrontar las situaciones imprevistas de la vida y distribuir los ingresos a lo largo de los años, al tiempo que proporciona la capacidad necesaria para que el Estado garantice la sostenibilidad y equidad del sistema nacional de protección social.⁵⁰⁸
- En segundo lugar, la inclusión de aportes diferenciados que consideren la capacidad contributiva de las personas, de manera que se haga asequible el sistema y no se comprometa el ejercicio de otros derechos, como lo disponen la Observación General No 19 y la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social; así como la obligación del Estado de garantizar y hacer efectivo el derecho a la seguridad social de toda la población. En tal sentido, la CEACR ha señalado que pueden considerarse diversas medidas para lograr la seguridad básica del ingreso, entre ellas reducir el costo de afiliación a los regímenes contributivos, prestar apoyo estatal en forma de subsidios de contribución social, entre otras medidas combinadas con políticas públicas de formalización del empleo.⁵⁰⁹

506 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N°. 16 de 1991 «Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas», literal c).

507 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, p. vi, §109, 244; 2011, §440.

508 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, p. xiii, §622.

509 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §412; 2011, §328.

- En tercer lugar, considerar los métodos para movilizar recursos y garantizar la sostenibilidad fiscal y del sistema, promovidos por la Recomendación núm. 202, esto es, hacer efectivas las obligaciones tributarias y contributivas, redefinir las prioridades de gasto o crear una base de recaudación más amplia y suficientemente progresiva. La CEACR ha reiterado que los diversos mecanismos de financiación deberían respetar los principios de solidaridad de la financiación en un sistema bajo la responsabilidad y la supervisión general y principal del Estado. En vista del amplio abanico de opciones de financiación disponibles, ha instado a los Estados a adoptar enfoques innovadores con miras a crear un espacio fiscal sostenible y fiable, como base para ampliar mecanismos de protección social financiados colectivamente que proporcionen prestaciones adecuadas y previsibles definidas por la legislación nacional; y a priorizar el seguro social como mecanismo de seguridad de los ingresos que ofrece los mayores niveles de prestaciones, y al mismo tiempo consignar fondos de los impuestos generales u otras fuentes gubernamentales para destinarlos a las personas sin capacidad o capacidad limitada de contribución. En este sentido, en referencia al objetivo de cobertura universal, la Comisión ha conminado a los países a contraer en sus políticas para el desarrollo el compromiso de invertir más recursos públicos y aumentar progresivamente el espacio fiscal para la protección social.⁵¹⁰ En concordancia con esto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que los Estados Partes deben asegurar que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la seguridad social. En consecuencia, los Estados miembros de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben adoptar medidas para que, en sus políticas crediticias, acuerdos de crédito y otras medidas internacionales, se tenga en cuenta el derecho a la seguridad social. Los Estados Partes deben asegurar que las políticas y prácticas de las instituciones financieras internacionales y regionales, en particular las que se refieren a su papel en el ajuste estructural y en la concepción y aplicación de los sistemas de seguridad social, promuevan y no interfieran en el ejercicio del derecho a la seguridad social.⁵¹¹
- En cuarto lugar, corregir los problemas de equidad en la contribución del Estado con el 40 por ciento de las pensiones en curso de pago.
- Considerar efectivamente el principio de progresividad tanto en la universalidad de los sujetos como de las situaciones protegidas, estableciendo metas, medios, plazos y etapas claras y determinadas. En ese sentido, la CEACR ha alentado a los Estados a garantizar progresivamente la protección social universal para todos basada en la solidaridad social, y a establecer los marcos de política, de financiación y jurídicos necesarios para tal efecto. Asimismo, ha instado a realizar evaluaciones de los costos e, idealmente, evaluaciones previas del impacto previsto, junto con estudios que evalúen la viabilidad financiera (incluida la actuarial) e institucional, y asegurar que sus resultados se reflejen en los mencionados marcos. Además, la Comisión ha precisado que la realización progresiva también implica el principio de no regresión. Asimismo, ha invitado a los Estados a que adopten medidas apropiadas orientadas a la plena realización del derecho a la seguridad social utilizando el máximo de sus recursos disponibles, incluidos recursos fiscales, a fin de dar prioridad a la puesta en práctica de sus pisos mínimos de protección social definidos a nivel nacional, con miras a asegurar por lo menos un nivel mínimo de garantías de seguridad social, como parte de sus esfuerzos para establecer

510 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §634, 637.

511 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 19, §58.

progresivamente y mantener unos sistemas de seguridad social integrales y adecuados que prevean la protección efectiva de las personas más vulnerables.⁵¹²

- Determinar con claridad la calidad en la que interviene cada actor del sistema de seguridad social en cuanto al financiamiento del sistema, es decir, como responsables subsidiarios o como responsables principales. Además, se debería considerar que estas calidades no son necesariamente excluyentes, así, por ejemplo, el Estado, dentro del mismo sistema contributivo, puede ser responsable principal del financiamiento de las prestaciones o de los aportes de las personas cuya capacidad contributiva es limitada y, sin embargo, pueden aportar si se consideran aportes diferenciados para hacer asequible el acceso al sistema. La CEACR ha señalado que la única manera de garantizar efectivamente los derechos en materia de seguridad social es precisar claramente en la legislación la función, las responsabilidades y los derechos de todas las partes interesadas, es decir, de la población protegida, el Gobierno, la administración, los empleadores y de otros actores, según proceda.⁵¹³
- Mantener en la aplicación del principio de sostenibilidad los criterios de justicia social y equidad, de manera que se fortalezca también el principio de solidaridad y se mantenga un equilibrio con los principios de universalidad, suficiencia, transparencia, participación, igualdad y no discriminación, y desarrollo progresivo del contenido de los derechos, así como los de no regresividad y de no restricción de los derechos, entre otros, de manera que se garantice y proteja el derecho a la seguridad social de toda la población. En tal sentido, se debería, por una parte, velar por que el principio de sostenibilidad no comprometa el contenido esencial del derecho a la seguridad social ni los niveles de protección alcanzados. La CEACR ha reiterado que, de conformidad con el principio de realización progresiva, los Estados Miembros tienen la obligación de avanzar de forma continua en la ampliación de la cobertura y la mejora de los niveles de protección, y que en momentos de crisis, así como en el contexto de las medidas de austeridad y consolidación fiscal, la reducción de los niveles de protección solo debe ser el último recurso a utilizar cuando se han agotado todos los otros medios y las medidas regresivas no deben ir más allá de lo que resulta estrictamente necesario para preservar la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, ni deben redundar en una falta de solidaridad con los segmentos de la población que necesitan más protección. Esas medidas no deben aplicarse durante más tiempo del estrictamente necesario, y deben ir acompañadas de una evaluación del impacto social con miras a adoptar medidas para mitigar los efectos adversos sobre los más vulnerables.⁵¹⁴ Por otra parte, respecto de las autoridades de control y de gobierno del IESS, se debería exigir la aplicación de las normas relativas a la elaboración de estudios periódicos, así como de estudios técnicos, rigurosos, específicos y actualizados de manera previa a cualquier reforma ya sea para crear prestaciones, para mejorar las ya existentes o para realizar ajustes, previendo sanciones específicas si se incumple la obligación. Además, deben homologarse las situaciones en las que esos estudios deben ser independientes o elaborados por el IESS siendo la primera opción la que mayor transparencia y confianza garantiza. En tal sentido, la CEACR ha insistido en que garantizar la sostenibilidad de la financiación de la protección social constituye un reto permanente para el Estado, por lo que este debe velar por que la evolución de los costos y la financiación de los sistemas de seguridad social se controle constantemente mediante estudios actuariales y financieros y que, sobre la base de estos estudios,

512 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §582, 585, 597, 608.

513 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §175.

514 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, p. vii, xiii, §156.

se identifiquen las reformas paramétricas necesarias para garantizar su sostenibilidad a largo plazo mediante un proceso participativo.⁵¹⁵

- Mejorar los procesos de resolución de controversias, así como de cobro de obligaciones pendientes con el IESS-BIESS, de manera que se encuentre un equilibrio entre la protección del derecho a la seguridad social de las personas concernidas, la sostenibilidad del sistema y el derecho al debido proceso. La CEACR ha insistido en la importancia de procedimientos sencillos para garantizar el acceso a la justicia y ha señalado que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales y administrativos competentes deben explicarse al solicitante por escrito y de forma clara. En este sentido, todas las personas, independientemente de su origen, educación y otras circunstancias, deben entender fácilmente el lenguaje y la terminología empleados. Asimismo, las reclamaciones deben tramitarse con celeridad, eficiencia y eficacia y, si bien la eficiencia también implica que los procedimientos legales cuenten con recursos suficientes, la Comisión ha recordado que impartir justicia con celeridad es fundamental para las cuestiones relativas a la seguridad social, ya que los solicitantes a menudo dependen de las prestaciones para subsistir. Además, ha observado que si bien el acceso efectivo a la justicia se ve facilitado en gran medida por las disposiciones que garantizan la gratuidad de los procedimientos de presentación de quejas y recursos para los demandantes, puede ser problemático el acceso a asistencia jurídica, por lo que esta debería facilitarse a quienes carecen de medios para pagarla.⁵¹⁶
- Fortalecer los principios de transparencia y participación en todo el sistema consagrando en la Ley obligaciones claras y específicas que permitan subsanar los vacíos existentes sobre todo a nivel de la gestión, administración y gobernanza del sistema, de manera que se fortalezcan el deber de rendición de cuentas y el derecho al control social. Para ello sería importante establecer un modelo de gobernanza participativa e incluyente que fortalezca la participación activa, efectiva y real de todos los actores del sistema y garantice, además de la participación por medio de sus representantes en el máximo órgano de gobierno del IESS, la transparencia y la rendición de cuentas, el diálogo, la consulta y, en general, la participación de todos los actores, en igualdad de condiciones, en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en materia de seguridad social. Sería necesario establecer estándares para que el diálogo social sea efectivo y la representatividad de los miembros del Consejo Directivo del IESS sea legitimada por estos parámetros, de manera que se fortalezca la confianza y credibilidad de los actores sociales en las decisiones. Al respecto, la CEACR ha reiterado la importancia de una gestión financiera sana, responsable y transparente para la sostenibilidad y adecuación de las prestaciones y de los regímenes de seguridad social, y para evitar la evasión a través de la confianza generada en el sistema. Asimismo, ha recordado a los Estados la importancia de la participación tripartita y de la celebración de amplias consultas con otras organizaciones representativas de personas interesadas, incluidos los trabajadores de la economía informal y otras categorías normalmente subrepresentadas, al definir y revisar periódicamente los niveles adecuados de protección para las diversas categorías de personas. Asimismo, ha precisado que el principio de participación en la gestión de las instituciones de seguridad social se reconoce con respecto a los representantes de las personas protegidas y no se limita únicamente a aquellas con un empleo.⁵¹⁷

515 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §635, 637.

516 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §185, 186; 2011, §428.

517 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §628, 630, 497; 2011, §550.

- Por otra parte, se debería reformar la manera de designar el órgano de auditoría interna del IESS, a fin de garantizar su independencia y fortalecer el control y transparencia del sistema. Además, vista la especialidad y tecnicidad de gran parte de la información relativa a la seguridad social, parece necesario establecer que la información debe ser comprensible, por lo que no basta con que esté disponible, sino que debe ser clara e inteligible.
- Garantizar la convergencia, coherencia e interrelación de las políticas públicas, principalmente de seguridad social, de salud, de asistencia social, así como laborales, económicas, fiscales y tributarias, a fin de que estas coadyuven al objetivo constitucional de hacer efectivo el derecho a la seguridad social de toda la población y, en general, el derecho a una vida digna del cual la seguridad social es un componente. Al respecto, la CEARC ha insistido en la necesidad de los Estados de garantizar la coherencia sistémica entre los mandatos y las actividades de las (a menudo) numerosas autoridades encargadas de la puesta en práctica de los diversos programas y regímenes de protección social, pues dicha coordinación reduce la fragmentación y aumenta la transparencia, la eficiencia y la eficacia en función de los costos al reducir la duplicación, mejorar el acceso a los regímenes y prestaciones, y concienciar acerca del sistema. Además, ha enfatizado en que la adopción de un enfoque sinérgico que permita abordar las cuestiones económicas y sociales de una manera coordinada constituye una condición previa para la buena gobernanza y para alcanzar niveles más elevados de seguridad de ingresos.⁵¹⁸
- Finalmente, es necesario que las reformas a la Ley de Seguridad Social sean claras, coherentes y consideren el enfoque de derechos en la adaptación normativa del sistema de seguridad social a las disposiciones constitucionales, de manera que se garantice el derecho a la seguridad jurídica. La CEACR ha reiterado que un marco jurídico claro garantiza la continuidad de los derechos y las prestaciones a lo largo del tiempo. Además, contribuye a la previsibilidad y la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social, así como a la rendición de cuentas de las instituciones responsables de administrarlos, y sirve de salvaguardia contra la arbitrariedad de estas instituciones. Asimismo, facilita la formulación progresiva de metas y objetivos amplios para el sistema de seguridad social y el desarrollo de vínculos entre los diversos elementos que lo componen.⁵¹⁹

518 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §661, 628, 496.

519 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, §173.

► Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969.
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. «Protocolo De San Salvador». 1988.
 - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará». 1994.
 - Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. 1999.
 - Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 2015.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966.
 - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966.
 - Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979.
 - Convención sobre los Derechos del Niño. 1989.
 - Convención Internacional sobre la Protección de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 1990.
 - Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006.
- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N.º 449 de 20 de octubre de 2008.
- Acta N.º 055 de 30 de mayo de 2008.
 - Acta N.º 084 de 13 de julio de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Ley del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Suplemento del Registro Oficial N.º 587 de 11 de mayo de 2009.
- Ley Orgánica de Participación Ciudadana. Suplemento del Registro Oficial N.º 175 de 20 de abril de 2010.
 - Ley Orgánica de Servicio Público. Suplemento del Registro Oficial N.º 294 de 6 de octubre de 2010.
 - Ley de Reconocimiento de Héroe y Heroínas Nacionales. Registro Oficial N.º 399 de 9 de marzo de 2011.
 - Ley para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Tercer Suplemento del Registro Oficial N.º 483 de 20 de abril de 2015.
 - Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo. Suplemento del Registro Oficial N.º 720 de 28 de marzo de 2016.

- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos*. Primera edición. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición (Pensamiento jurídico contemporáneo 1), 2012.
- Bertranou, Fabio y Leonor Saravia. «Trabajadores independientes y la protección social en América Latina: desempeño laboral y cobertura de los programas de pensiones». En *Trabajadores independientes y protección social en América Latina*, coordinado por Fabio M. Bertranou, 7-34. Santiago de Chile: OIT, 2009.
- Cámara Nacional de Representantes. Decreto Legislativo N.º 81 de 22 de noviembre de 1981. Registro Oficial N.º 166 de 21 de enero de 1982.
- Casalí, Pablo, Fabián Vallejo, David Jaramillo, Ruth Lucio y Mario Velásquez. Ecuador. *Panorama de la protección social: gobernanza, cobertura y sostenibilidad*. Perú: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2021.
- Casalí, Pablo, David Jaramillo, Fabián Vallejo y Rosario Maldonado. *¿Cuáles son los principales nudos críticos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social? Resultados de un proceso técnico y participativo*. Quito: Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_749915.pdf.
- Comisión Especializada Permanente de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social de la Asamblea Nacional. *Informe para primer debate del Proyecto de Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Quito: 2014.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. *La seguridad social y la primacía del Derecho. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*. Ginebra: OIT, 2011.
- . *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible, Estudio general sobre la aplicación en la legislación y en la práctica nacionales de la Recomendación sobre los pisos de protección social*, 2012 (núm. 202). Ginebra: OIT, 2019.
- . *Observaciones de la CEACR y solicitudes directas de información a Ecuador*. 2005, 2007, 2012. http://www.ilo.int/dyn/normlex/es/f?p=1000:13101:0::NO:13101:P13101_COMMENT_ID:3149382
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N.º 16 sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3). 2005.
- . Observación General N.º 19 relativa al derecho a la seguridad social (artículo 9). 2008.
- . Observación General N.º 34 relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 2011.
- Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 18 relativa a la no discriminación. 1989.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N.º 16. Las mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas. 1991.
- . Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Ecuador. 2015.
- . Observaciones finales sobre el informe periódico décimo del Ecuador. 2021.
- Congreso Nacional del Ecuador. Ley de Defensa del Artesano. Registro Oficial N.º 71 de 23 de mayo de 1997.
- . Ley N.º 2001-55. «Ley de Seguridad Social». Suplemento del Registro Oficial N.º 465 de 30 de noviembre de 2001.

- Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Suplemento del Registro Oficial N.º 337 de 18 de mayo de 2004.
 - Codificación del Código de Trabajo. Suplemento del Registro Oficial N.º 167 de 16 de diciembre de 2005.
- Conferencia Internacional del Trabajo. Convenio núm. 100 sobre Igualdad de Remuneración. 1951.
- Convenio núm. 102 sobre la norma mínima de seguridad social. 1952.
 - Convenio núm. 103 sobre la protección de la maternidad. 1952.
 - Convenio núm. 111 sobre la discriminación en el empleo. 1958.
 - Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato (seguridad social). 1962.
 - Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. 1964.
 - Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. 1967.
 - Convenio núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad. 1969.
 - Convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. 1981.
 - Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo. 1988.
 - Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad. 2000.
 - Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia). 1944.
 - Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. 1998.
 - Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre la justicia social para una globalización equitativa. 2008.
 - Declaración del centenario de la Organización Internacional del Trabajo para el futuro del trabajo. 2019.
 - Pacto Mundial para el Empleo. 2009.
 - Recomendación núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida. 1944.
 - Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social. 2012.
 - Recomendación núm. 204 sobre la transición de la economía informal a la economía formal. 2015.
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Reglamento de Rendición de Cuentas. Resolución N.º 24 de 19 de diciembre de 2019. Registro Oficial N.º 129 de 27 de enero de 2020.
- Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Codificación de las normas que regulan la entrega de prestaciones del seguro social campesino. Resolución N.º C.D. 636 de 9 de abril de 2021. Suplemento del Registro Oficial N.º 446 de 6 de mayo de 2021.
- Reglamento general sobre prestación de subsidio en dinero por enfermedad común, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional. Resolución N.º C.S. 318 (y sus reformas) de 12 de diciembre de 1978. No publicada.

- Reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte de 21 de febrero de 2006. Resolución N.º C.D. 100 de 21 de febrero de 2006. Registro Oficial N.º 225 de 9 de marzo de 2006.
 - Reglamento del régimen de afiliación obligatoria aplicable a las personas sin relación de dependencia. Resolución N.º C.D. 463 de 28 de enero de 2014. No publicada.
 - Reglamento de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las personas sin relación de dependencia o independientes y ecuatorianos domiciliados en el exterior. Resolución N.º C.D. 467 de 20 de marzo de 2014. Registro Oficial No 244 de 13 de mayo de 2014.
 - Reglamento del seguro general de riesgos del trabajo. Resolución N.º C.D. 513. Edición especial del Registro Oficial No 632 de 12 de julio de 2016.
 - Reglamento general de responsabilidad patronal. Resolución N.º C.D. N.º 517. Registro Oficial N.º 801 de 20 de julio de 2016.
 - Reglamento general del seguro de cesantía y seguro de desempleo. Resolución N.º C.D. 518 de 19 de abril de 2016. Registro Oficial N.º 803 de 22 de julio de 2016.
 - Reglamento de aseguramiento, recaudación y gestión de cartera. Resolución N.º C.D. 625 de 31 de diciembre de 2020. Suplemento del Registro Oficial N.º 403 de 4 de marzo de 2021.
 - Reglamento de prestaciones del seguro de salud individual y familiar. Resolución N.º C.D. 622 de 22 de diciembre de 2020. Registro Oficial N.º 384 de 3 de febrero de 2021.
 - Resolución No C.D. 501 por la que se consolidan las tablas de distribución de las tasas de aportación de 13 de noviembre de 2015. Registro Oficial N.º 703 de 2 de marzo de 2016 y sus reformas.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 1024-19-JP/21 de 1 de septiembre de 2021
- Sentencia N.º 32-21-IN/21 y acumulado de 11 de agosto de 2021
 - Sentencia N.º 2936-18-EP/21 de 28 de julio de 2021
 - Sentencia N.º 16-18-IN/21 de 28 de abril de 2021
 - Sentencia N.º 83-16-IN-CC de 10 de marzo de 2021
 - Sentencia N.º 889-20-JP/21 de 10 de marzo de 2021
 - Sentencia N.º 105-10-JP/21 de 10 de marzo de 2021
 - Sentencia N.º 47-15-IN/21 de 10 de marzo de 2021
 - Sentencia N.º 1043-15-EP/21 de 27 de enero de 2021
 - Sentencia N.º 14-20-CN/20 de 2 de diciembre de 2020
 - Sentencia N.º 989-11-EP/19 de 10 de septiembre de 2020
 - Sentencia N.º 3-19-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020
 - Sentencia N.º 679-18-JP/20 y acumulados de 5 de agosto de 2020
 - Sentencia N.º 17-14-IN/20 de 24 de junio de 2020
 - Sentencia N.º 1007-14-EP/20 de 4 de marzo de 2020
 - Sentencia N.º 1455-13-EP/20 de 8 de enero de 2020
 - Sentencia N.º 23-18-IN/19 de 18 de diciembre de 2019

- Sentencia N.º 49-16-IN/19 de 7 de noviembre de 2019
- Sentencia N.º 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019
- Sentencia N.º 11-18-CN/19 de 12 de junio de 2019
- Sentencia N.º 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018
- Sentencia N.º 380-17-SEP-CC de 22 de noviembre de 2017
- Sentencia N.º 019-16-SIN-CC de 22 de marzo de 2016
- Sentencia N.º 287-16-SEP-CC de 31 de agosto de 2016
- Sentencia N.º 011-15-SIN-CC de 8 de abril de 2015
- Sentencia N.º 012-13-SIN-CC de 11 de diciembre de 2013
- Sentencia N.º 004-11-SIN-CC de 2015 de 18 de agosto de 2011

Directorio del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Estatuto Social del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Edición especial del Registro Oficial N.º 52 de 4 de septiembre de 2019.

González Ortega, Santiago, y Susana Barcelón Cobedo. Introducción al derecho de la Seguridad Social. 9.a ed. Manuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. 2014-2015. Valuación financiera y actuarial del Proyecto de Ley para la protección del seguro general obligatorio a las personas que realizan trabajo en el hogar no remunerado. Quito: diciembre de 2014 y marzo de 2015.

- Boletín estadístico N.º 25, 2020. https://www.iesgob.ec/documents/10162/8421754/10_BOLETIN_ESTADISTICO_25_2020

Join-Lambert, Marie Thérèse. Politiques sociales. París: Presses de Sciences Po & Dalloz, 1997.

Maldonado, Rosario y Fabián Vallejo. Afiliación a la Seguridad Social del Trabajo no Remunerado del Hogar. Estudio de sostenibilidad financiera y actuarial. Quito: Editorial El Conejo, 2015.

Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial N.º 00005169. Edición Especial del Registro Oficial N.º 348 de 6 de agosto de 2015.

Oficina Internacional del Trabajo, Unidad de Diálogo Social y Tripartismo, Departamento de Gobernanza y Tripartismo. 2017. Diálogo social tripartito de ámbito nacional: una guía de la OIT para una mejor gobernanza. Ginebra: OIT, 2017.

Organización Internacional del Trabajo. Valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-2018. Ecuador: OIT/Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2020.

Organización Internacional del Trabajo y Departamento de Seguridad Social. Seguridad social para todos: la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social. Ginebra: OIT, 2012.

Ortiz, Isabel, Fabio Durán, Stefan Urban, Veronika Wodsak y Zhiming Yu. La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018). Ginebra: OIT/Departamento de Protección Social, 2019.

Oyarte Martínez, Rafael. Derecho constitucional. 3.a ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019.

Presidencia de la República. Decreto Ejecutivo N.º 1838 de 20 de julio de 2009. Registro Oficial N.º 650 de 6 de agosto de 2009.

—. Decreto Ejecutivo N.º 837 de 26 de julio de 2011. Suplemento del Registro Oficial N.º 837 de 5 de agosto de 2011.

—. Decreto Ejecutivo N.º 1356 de 12 de noviembre de 2012. Registro Oficial N.º 838 de 26 de noviembre de 2012.

—. Decreto Ejecutivo N.º 804 de 20 de junio de 2019. Suplemento del Registro Oficial N.º 529 de 12 de julio de 2019.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española. 22.a ed. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001.

Rodríguez Lapuente, Manuel. Sociología del Derecho. 3.ª ed. México D.F.: Porrúa, 2000.

Salazar Marín, Daniela. «La acción por incumplimiento como mecanismos de exigibilidad de Sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos respecto de Ecuador». *Iuris Dictio* 15 (2013): 81-112.

Superintendencia de Bancos. Resolución N.º SB-2017-810. Codificación de las normas de la Superintendencia de Bancos, Libro I Normas de control para las entidades de los sectores financieros público y privado; Libro II Normas de control para las entidades del sistema de seguridad social. Edición Especial del Registro Oficial N.º 123 de 31 de octubre de 2017.

Tribunal Constitucional. Resolución N.º 052-2001-RA. Registro Oficial N.º 525 de 16 de febrero de 2005.



**Organización
Internacional
del Trabajo**

Oficina de la OIT para los Países Andinos

Centro Corporativo Ekopark
Torre 4, piso 3
Vía a Nayón y Av. Simón Bolívar
Quito - Ecuador

(593) 23824240
<https://www.ilo.org/ecuador>

