

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

<https://doi.org/10.35381/racj.v8i1.3300>

La sanción por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Penalty for failure to affiliate the employee to the Ecuadorian Social Security Institute

Silvana Dolores Flores-Padilla

pg.silvanadfp68@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0001-6575-3693>

María Lorena Merizalde-Avilés

ua.mariamerizalde@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0001-5289-8949>

Ariel José Romero-Fernández

ua.arielromero@uniandes.edu.ec

Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ambato, Tungurahua
Ecuador

<https://orcid.org/0000-0002-1464-2587>

Recibido: 15 de mayo 2023

Revisado: 20 junio 2023

Aprobado: 15 de agosto 2023

Publicado: 01 de septiembre 2023

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

RESUMEN

El objetivo general de la investigación fue analizar jurídicamente la sanción por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Se utilizó el método cuantitativo el cual produce datos descriptivos, que se originan por la recolección de datos. Apoyado en la revisión documental-bibliográfica. Además, se aplicó el método inductivo-deductivo. Se planteó además el método analítico-sintético. Se concluye que, la tipificación por la falta de afiliación del trabajador vulnera abiertamente el principio constitucional de mínima intervención, siendo esta de ultima ratio. Puesto que, el cumplimiento del derecho a la Seguridad Social al trabajador por parte del empleador podría garantizarse desde cualquier otra de las especialidades del Derecho solo con la imposición de una multa.

Descriptor: Trabajador; derecho laboral; seguridad social. (Tesauro UNESCO).

ABSTRACT

The general objective of the research was to legally analyze the sanction for the lack of affiliation of the worker to the Ecuadorian Institute of Social Security. The quantitative method was used, which produces descriptive data, originating from data collection. Supported by the documentary-bibliographic review. In addition, the inductive-deductive method was applied. The analytical-synthetic method was also used. It is concluded that the criminalization for the lack of worker's affiliation openly violates the constitutional principle of minimum intervention, being this of ultima ratio. Since the employer's compliance with the worker's right to Social Security could be guaranteed from any other specialization of the Law only with the imposition of a fine.

Descriptors: Worker; labor law; social security. (UNESCO Thesaurus).

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (2008) determina en su artículo 34, Párrafo 1ero, que: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad (...)”. Por lo tanto, la afiliación laboral es un derecho constitucionalizado, que debe garantizarse en favor del trabajador. No obstante, a pesar de los muchos esfuerzos para lograr la afiliación universal de los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la realidad social siempre existen casos de empleadores que incumplen con esta obligación, vulnerando en defecto múltiples derechos de los trabajadores, como son: la atención médica y hospitalaria, los aportes de jubilación, la atención familiar, entre tantos otros (Monesterolo, 2012).

Con la finalidad de coaccionar este incumplimiento, el derecho penal ecuatoriano incorporó la sanción por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, promulgado el 10 de agosto de 2014, que en su artículo 244, dispone: “(...)La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días(...)”.

Una parte de la doctrina, sostiene que esta tipificación ha sido necesaria, con la finalidad de proteger los derechos del trabajador mediante la seguridad social, debido a que puede tener circunstancias como las del riesgo laboral, que hacen peligrar su salud y vida; así como también, con la sanción se precautelan aquellos derechos de salud de su familia incluyendo a los niños, niñas y adolescentes (Sánchez, 2021). Además, debe considerarse que la acción penal debe ser de última ratio, debiendo utilizarse como “(...) el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas (...)”. (Carnevali, 2008, p.15).

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

En la presente investigación se plantea como objetivo general analizar jurídicamente la sanción por la falta de afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

MÉTODO

La presente investigación utiliza el método cuantitativo la cual produce datos descriptivos, que se originan por la recolección de datos. Apoyado en la revisión documental-bibliográfica. Además, se aplica el método inductivo-deductivo, el cual sugiere que para encontrar una verdad se deben buscar los hechos y no basarse en meras especulaciones, además de partir de afirmaciones generales para llegar a específicas (Dávila, 2006). Se plantea además el método analítico-sintético por medio del cual, se descompone un todo en partes extrayendo cualidades, componentes, relaciones y más para posteriormente unir las partes analizadas y con ello descubrir características y relaciones entre los elementos (Rodríguez y Pérez, 2017).

RESULTADOS

Dentro de las varias teorías que intentan establecer los derechos de los trabajadores, se destacan; en primer lugar, aquella que plantea su determinación específica en el contenido del contrato individual de trabajo, acotando que esta teoría se encuentra ya desactualizada, al menos en la mayoría de los Estados y particularmente, en los catalogados como “Estado Constitucional de Derechos”, tal es el caso ecuatoriano, a partir de la Constitución de la República del Ecuador (2008). En segundo lugar, se presenta la teoría que sostiene, que los derechos del trabajador son inherentes a la calidad de ser humano, simplemente aplicados al ámbito laboral, “(...) los derechos fundamentales inespecíficos no están en el contrato de trabajo, sino que actúan desde fuera de él en el ámbito de la empresa (...)”. (Ojeda, 2016, p.6). Es decir, tales derechos están incorporados a la relación laboral, estén o no especificados en el contrato individual de trabajo, debido a que son fundamentales y constitucionales del trabajador. Consecuentemente, en Ecuador “Estado Constitucional de Derechos”, toda estipulación contenida en un contrato individual de trabajo, que menoscabe los

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

derechos laborales se tiene como nula y, además, los derechos del trabajador quedan garantizados por la Carta Magna y la articulación de derecho interno. (Concha, 2015). Sobre dichas circunstancias, según Valdez (2003) plantea:

(...) el trabajador lleva así a la relación laboral unos derechos, inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierta y de rango superior y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la empresa en la que aquel se inserta (...) (p.89).

Sobre esta base, queda claro que los derechos del trabajador provienen de la normativa de los tratados internacionales y de la propia, estipulada en el derecho interno de cada Estado. Ahora bien, los derechos del trabajador en términos amplios, han sido catalogados por la doctrina en el siguiente orden: 1. Seguridad Social. 2. Percibir como mínimo el sueldo básico en función de la Tabla Sectorial. 3. Pago de Horas Extraordinarias y Suplementarias. 4. Percibir el Décimo Tercero y Décimo Cuarto sueldo. 5. Fondos de reserva a partir del segundo año de trabajo. 6. Vacaciones remuneradas. 7. Licencia de paternidad o maternidad, según el caso. 8. Subsidio por maternidad. 9. Utilidades. (Buen, 2001; Palermo, 2004).

No obstante, de que todos los derechos enunciados poseen la misma importancia en la normativa, ya que, se rigen en igual forma por los principios de irrenunciabilidad e intangibilidad, según el artículo 326, numeral 2 de la (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En la realidad práctica, sí existen derechos laborales, que resultan ser de una mayor trascendencia, porque poseen un mayor espectro de protección, en cuestión de salvaguardar la situación del trabajador, por cuanto mejoran notablemente su calidad de vida "(...) porque incide en la salud ocupacional, en la salud mental e incluso en la salud física (...)". (Paltán, 2016, p.125)

En el caso de Ecuador, Estado Constitucional de Derechos, la Seguridad Social se encuentra constitucionalizada, puesto que, se reconoce en la Carta Magna, determinándose como un derecho irrenunciable y universal, que opera bajo los principios de solidaridad y obligatoriedad. Por lo cual, la Seguridad Social es un derecho fundamental; y, además, constitucionalizado.

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

Por otra parte, al no cumplir el número de aportaciones requeridas, el trabajador no podría jubilarse conforme la ley, por causa de vejez o discapacidad. Finalmente, cabe destacar que, el trabajador tampoco podría acceder al beneficio del bono por desempleo, fondos de reserva ni tampoco al beneficio de realizar un préstamo quirografario o hipotecario, a las bajas tasas de interés que otorga el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

DISCUSIÓN

Dentro de la discusión, básicamente debe establecerse si ius puniendi o la facultad sancionadora del Estado, quedaría limitada al preverse una regulación diferente que la sanción penal, ante lo que la investigación plantea que no. Debido a que ius puniendi o la facultad sancionadora del Estado, debe aplicarse únicamente en los casos en que la conducta dañe el orden social, lo que no aplica al caso de la no afiliación, en donde lo que existe es la conculcación de derechos subjetivos. Bajo esta lógica, la aplicación de una sanción penal resulta impertinente.

Por otro lado, vale acotar, que la sanción penal por la falta de afiliación al trabajador también vulnera el principio de proporcionalidad establecido en el artículo

Art. 76: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales (...). (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por cuanto, la sanción penal resulta excesiva para esta falta, que perfectamente puede ser regulada únicamente de forma pecuniaria.

CONCLUSIONES

La tipificación por la falta de afiliación del trabajador vulnera abiertamente el principio constitucional de mínima intervención, siendo esta de ultima ratio. Puesto que, el cumplimiento del derecho a la Seguridad Social al trabajador por parte del empleador podría garantizarse desde cualquier otra de las especialidades del Derecho solo con la imposición de una multa. Es así que el mismo Código Orgánico Integral Penal

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

establece también la falta de afiliación como contravención, cuando el empleador es una persona natural, lo cual incluso evidencia la distinción que hace la normativa al momento de establecer la falta de afiliación por parte de persona jurídica como delito y cuando se trata de una persona natural una contravención, por lo antes mencionado evidenciando la exageración del establecer a la falta de afiliación por parte del empleador como un delito.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Regional Autónoma de los Andes, por motivar el desarrollo de la Investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Asamblea Nacional (2014). Código Orgánico Integral Penal. [Comprehensive Criminal Code]. Suplemento - Registro Oficial Nº 180. <https://n9.cl/3iyct>
- Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador, (2008). Constitución de la República del Ecuador. [Constitution of the Republic of Ecuador]. Montecristi. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. <https://n9.cl/sia>
- Buen, B. (2001). Derechos del trabajador de confianza. [Rights of employees in positions of trust]. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://n9.cl/nv7fyq>
- Carnevali Rodríguez, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. [Criminal law as ultima ratio. Towards a rational criminal policy]. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>
- Concha, J. (2015). Derechos fundamentales en el trabajo y derecho internacional. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. [Inductive and deductive reasoning within the research process in experimental and social sciences]. *Laurus*, 12(Ext), 180-205. <https://n9.cl/nx847>

Silvana Dolores Flores-Padilla; María Lorena Merizalde-Avilés; Ariel José Romero-Fernández

- Monesterolo Lencioni, G. (2012). Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano. Instituciones de derecho laboral individual. [Course on Ecuadorian Labor Law. Institutions of individual labor law]. (6ta. Ed.). Loja: Editorial DYKINSON, S.L. <https://n9.cl/1m7hu>
- Ojeda, A. (2016). Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa. [Balance of interests and personal block of constitutionality in the Enterprise]. *Revista de Derecho Social*, 35(1), 1-21.
- Palermo, S. A. (2004). Ciencia, reformismo y los derechos del trabajador-ciudadano: la regulación estatal del trabajo ferroviario según Biale Massé. [Science, reformism and the rights of the worker-citizen: state regulation of railroad labor according to Biale Massé]. *Entrepasados*, 13(26), 31-52. <https://n9.cl/2qs2e>
- Paltán, J. (2016). Derechos laborales: una mirada al derecho a la calidad de vida en el trabajo. [Labor rights: a look at the right to quality of life at work]. *CIENCIA ergo-sum: revista científica multidisciplinaria de la Universidad Autónoma del Estado de México*, 23(2), 121-133. <https://n9.cl/ekrq7>
- Rodríguez, A., y Pérez, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. [Scientific methods of inquiry and knowledge construction]. *Revista EAN*, 82, 179-200. <https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>
- Sánchez, M. (2021). La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social. [Ecuadorian social security affiliation as an obligation of employers: towards full social security rights]. *Revista Internacional de la Protección Social*, 6(1), 289-309. DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.13>
- Valdés, F. (2003). Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. [Employment contract, fundamental rights of the worker and corporate powers: a difficult coexistence]. *Revista de Relaciones Laborales*, 2(1), 72-94. <https://n9.cl/brtms>