

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Abg. Edison Iván Salgado Lomas, con cédula de ciudadanía No. 1713424172, de estado civil divorciado, mayor de edad, domiciliado en el Distrito Metropolitano de Quito, dirección electrónica ivan.salgado@iess.gob.ec; **Abg. Pablo Enrique Mera Rodríguez**, con cédula de ciudadanía No. 1802560720, de estado civil casado, mayor de edad, domiciliado en el Distrito Metropolitano de Quito, dirección electrónica: pablo.mera@iess.gob.ec; y, **Abg. Daniel Vinicio Ruiz Sandoval**, con cédula de ciudadanía No. 1715901912, de estado civil divorciado, mayor de edad, domiciliado en el Distrito Metropolitano de Quito, dirección electrónica: daniel.ruiz@iess.gob.ec; de conformidad con el oficio No. IESS-PG-2023-0005-O, de 17 de enero de 2023; y, la Resolución Administrativa No. IESS-DG-2022-0036-RA, de 05 de septiembre de 2022, que adjuntamos, comparecemos en calidades de Procuradores Judiciales, del Director General del IESS, Lic. Diego Salgado Ribadeneira; representante legal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, con RUC: 171604650001, domiciliado en la calle 9 de Octubre N20-68 y Jorge Washington, edificio Zarzuela, piso No. 4; acorde al artículo 30 de la Ley de Seguridad Social, que dispone: *“El Director General ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial, y la titularidad para el ejercicio de la jurisdicción coactiva del IESS, en todo el territorio nacional, directamente o por delegación al Director Provincial competente”*; con la finalidad de interponer la siguiente **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD** en contra del Art. 11 de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 211, de 16 de diciembre de 2022.

Acorde a los Arts.: 78, 79; y, 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la demanda se propone en los siguientes términos:

1. DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD ANTE QUIEN SE PROPONE LA DEMANDA.

La presente demanda de inconstitucionalidad se propone de conformidad con lo establecido por el Art. 436.2 de la Constitución de la República del Ecuador; y, del Art. 75.1.c) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; ante la Corte Constitucional, órgano competente para conocer las demandas de inconstitucionalidad que por el fondo y la forma se interpongan en contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado; y, en el presente caso, en contra de la citada Ley.

2. NOMBRES COMPLETOS, NÚMERO DE CÉDULAS DE IDENTIDAD Y DOMICILIO DE LA PERSONA DEMANDANTE.

Los datos de los legitimados activos se encuentran consignados en el primer párrafo de la presente demanda; quienes comparecen acorde al Art. 439 de la Constitución de la República del Ecuador; más aún, acorde al Art. 370 *ibídem*, nuestra representada es una entidad autónoma creada por la Constitución responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados y jubilados; por tanto, constitucionalmente habilitada para acudir ante la Corte Constitucional.

3. DENOMINACIÓN DEL ÓRGANO EMISOR DE LA DISPOSICIÓN JURÍDICA Y DE SU COLEGISLADOR A TRAVÉS DE SANCIÓN.

Conforme lo establece la Constitución de la República, las entidades que intervinieron en el proceso de formación de la ley impugnada fueron: **i)** Asamblea Nacional como órgano emisor de la disposición legal: **ii)** Presidencia de la República en calidad de colegislador, que en el presente caso objetó totalmente el proyecto de ley.

Consecuentemente, deberá citarse con el respectivo auto de admisión a la Asamblea Nacional, Presidente de la República; y, al Procurador General del Estado en calidad de representante judicial del Estado, en las siguientes direcciones:

1. Al Presidente de la Asamblea Nacional se le citará con esta acción en el Palacio Legislativo, Av. 6 de Diciembre y Piedrahita, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

2. Al Presidente de la República, se le citará en su despacho ubicado en el Palacio de Carondelet, calle García Moreno N10-43 entre Chile y Espejo, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

3.- Al Procurador General del Estado, Abg. Juan Carlos Larrea Valenia se le citará con esta acción en su despacho ubicado en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

4. INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES.

En cumplimiento del Art. 79.4 de la LOGJCC, indico las disposiciones cuya inconstitucionalidad se acusa en la presente demanda:

4.1. Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista. (R. O. Suplemento No. 211, de 16 de diciembre de 2022).

“Art. 11.- Seguridad Social. Las y los trabajadores autónomos y las y los comerciantes minoristas tendrán derecho a afiliarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y gozarán a través de un régimen especial y gozarán de todos los beneficios que éste otorgue.”

5. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN.

5.1. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS POR EL FONDO CON ESPECIFICACIÓN DE SU CONTENIDO Y ALCANCE:

Las disposiciones materia de esta acción pública de inconstitucionalidad violan las siguientes normas de la Constitución de la República, sin perjuicio de la aplicación de la regla *iura novit curia*, conforme el inciso segundo del Art. 426 de la Constitución y el Art. 4.13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5.1.1.- “Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.”

Alcance: La seguridad social como un derecho se encuentra garantizado por el Estado ecuatoriano; dicha garantía se materializa a través de la entrega, acceso y disponibilidad de las diferentes prestaciones que componen el Sistema de Seguridad Social; las cuales, para su creación e implementación fueron debidamente sustentadas técnica, actuarial y jurídicamente.

Este Sistema en el Ecuador es de carácter contributivo, al ser financiado por medio del aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadores, del aporte de personas independientes y voluntarias que deciden acceder al Sistema; y, con el aporte y contribución estatal.¹

Estas prestaciones no pueden ser entregadas acorde al principio de suficiencia establecido en el Art. 367 de la Constitución de la República, en concordancia con el último inciso del Art. 1 de la Ley de Seguridad Social, si la Función Legislativa crea normas jurídicas que alteran el Sistema de Seguridad Social de manera antitécnica e injustificada jurídicamente; lo que, finalmente produce afectaciones en la entrega de las prestaciones a todo el actual universo de afiliados y jubilados, causando confusión en la población sobre el tipo de afiliación y paquetes prestacionales que se entregan.

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

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los

¹ Art. 371. Constitución de la República del Ecuador

hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”

Alcance:

El alcance de estos principios constitucionales de la seguridad social, se encuentra en el Art. 1 de la Ley de Seguridad Social; y, para el caso en particular, se ven afectados los siguientes:

*“**Obligatoriedad** es la prohibición de acordar cualquier afectación, disminución, alteración o supresión del deber de solicitar y el derecho de recibir la protección del Seguro General Obligatorio.”*

*“**Eficiencia** es 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.”*

*“**Subsidiariedad** es 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.*

5.1.3.- “Art. 368.- El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social.”

Alcance: Las leyes que regulan la seguridad social son parte del sistema, la Asamblea Nacional y la Presidencia de la República como entidades públicas que legislan sobre seguridad social también son parte de este sistema; por lo tanto, su funcionamiento debe obedecer a los criterios establecidos constitucionalmente; para el caso, en concreto se vieron afectos los siguiente:

Sostenibilidad: *“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional el principio de sostenibilidad financiera tiene como finalidad que exista correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez.”²*

La Corte Constitucional del Ecuador efectuó un análisis más específico sobre este principio, como condición para el efectivo goce a futuro del derecho a la seguridad social manifestando lo siguiente: *“(…) De ahí que la sostenibilidad no sea un principio opuesto al derecho a la seguridad social, sino una condición de realización: aquel principio*

² Corte Constitucional Colombiana No. SU143/20 de 13 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU143-20.htm>.

obliga a mirar no solo a los supuestos beneficiarios, sino también a los potenciales perjudicados.”³

5.1.4.- “Art. 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley.

Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. (...)

La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.”

Alcance: La norma contiene la naturaleza constitucional del seguro general obligatorio, coberturas que prevé el mismo y la disposición mandatoria de necesidad del **debido financiamiento** para la creación de nuevas prestaciones; lo cual, guarda igualmente relación con los principios de sostenibilidad de los fondos y eficiencia para la entrega de prestaciones.

La Corte Constitucional en casos referentes a la seguridad social y su regulación ya se ha pronunciado respecto del alcance de esta disposición, manifestando lo siguiente:

“A partir de la regla del citado último inciso del artículo 369, en su sentencia N.º 83- 16-IN/21, esta Corte sostuvo que “contar con estudios actuariales actualizados y específicos, constituye un elemento fundamental para la toma de decisiones adecuadas respecto a la seguridad social” 17; y en su sentencia N.º 23-18-IN/19, determinó que en el sistema de seguridad social se pueden hacer ajustes a los aportes y beneficios siempre que “estén soportados por estudios técnicos actualizados y su finalidad sea la sostenibilidad del sistema y sus prestaciones en el largo plazo” 18. Vale decir, a partir de la citada jurisprudencia se puede derivar la regla de trámite legislativo según la cual, en el procedimiento de formación de una ley que cree nuevas prestaciones en el Sistema de Seguridad Social, es obligatorio que el legislador cuente con estudios actuariales actualizados acerca del impacto de la nueva prestación en la sostenibilidad de dicho sistema; y, de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la transgresión de la mencionada regla aplicable al procedimiento legislativo implica la inconstitucionalidad de la ley correspondiente por cuanto afecta al principio de sostenibilidad de la seguridad social.”⁴

5.2.- ARGUMENTOS CLAROS, CIERTOS ESPECÍFICOS Y PERTINENTES, POR LOS CUALES SE CONSIDERA QUE EXISTA UNA INCOMPATIBILIDAD NORMATIVA.

³ Sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado

⁴ Sentencia No. 32-21-IN/21 y acumulado

Con la finalidad de iniciar la argumentación respecto de la incompatibilidad normativa, es necesario señalar el texto de la norma jurídica que es contraria a la constitución:

“Art. 11.- Seguridad Social. Las y los trabajadores autónomos y las y los comerciantes minoristas tendrán derecho a afiliarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y gozarán a través de un régimen especial y gozarán de todos los beneficios que éste otorgue.”

La primera parte de la norma determina que los beneficiarios de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista, tienen derecho a afiliarse al IESS, lo que implica el reconocimiento al derecho a la seguridad social que, dicho sea de paso, está garantizado a todos los ecuatorianos y residentes en el Ecuador; y, la segunda parte, impone la creación de un régimen especial para otorgar beneficios de este derecho, es decir prestaciones.

El Art. 3 de la citada Ley, contiene las definiciones de quiénes son los beneficiarios de la norma:

“a) Trabajadora o trabajador autónomo o por cuenta propia.- Es la persona natural que desarrolla actividades de fabricación, producción, distribución y/o comercialización de bienes y/o prestación de servicios, de manera personal, ambulante o fija, habitual o temporal, sin relación de dependencia y cuyo capital de operación no supere los treinta y seis salarios básicos unificados del trabajador privado.

b) Comerciante minorista.- Es la persona natural que desarrolla actividades de comercio y distribución de bienes y/o servicios, de forma personal, ambulante o fija, habitual o temporal, para la autogeneración de ingresos y cuyo capital de operación no supere los treinta y seis salarios básicos unificados del trabajador privado.

Tal y cómo se encuentra redactada la norma jurídica se dispone la creación de un régimen especial de seguridad social para el grupo poblacional comprendido en los literales a) y b) del Art. 3 de la citada Ley.

En este punto, es necesario determinar qué implica la creación de un régimen especial de la seguridad social.

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de

un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.⁵”

En el caso del Ecuador, al ser la seguridad social financiada por medio del “*aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.*”⁶, es de carácter contributivo, lo cual, abarca el principio de equidad, que es la entrega de prestaciones en proporción directa al esfuerzo de los contribuyentes.

Esto no obstante, que el Ecuador por medio de otras instituciones públicas realiza la entrega de prestaciones de índole no contributivo a fin de alcanzar el buen vivir y la vida digna con los derechos que esto implica.

Un régimen especial de seguridad social es un conjunto de normas y prestaciones que se aplican de forma diferenciada a ciertos colectivos de trabajadores que tienen unas características o condiciones específicas que los distinguen del resto.

Los diferentes regímenes de la seguridad social se encuentran plenamente identificados en la Constitución; y, son: **i)** Régimen del Seguro General Obligatorio, **ii)** Régimen de las Fuerzas Armadas; **iii)** Régimen de la Policía Nacional; y, **iv)**, Régimen del Seguro Social Campesino; los mismos que son regulados por las correspondientes leyes.

Cada uno de estos regímenes otorga diferentes prestaciones, que son el núcleo esencial del derecho a la seguridad social; y, en el caso de incumplimiento se produciría una vulneración al derecho constitucional.

En lo correspondiente al Seguro General Obligatorio y al Seguro Social Campesino que son administrados directamente por el IESS, son las siguientes:

- 1.- Pensión de jubilación de vejez invalidez y muerte.
- 2.- Auxilios funerales.
- 3.- Atención médica.
- 4.- Pensión o subsidio de riesgos del trabajo.
- 5.- Cesantía
- 6.- Seguro de desempleo

El que la norma acusada como inconstitucional disponga la creación de un régimen especial implicaría efectuar ciertas modificaciones a las condiciones de acceso a las prestaciones, como por ejemplo:

⁵ Observación general N° 19 : El derecho a la seguridad social (artículo 9)

⁶ Art. 371. Constitución de la República del Ecuador.

1.- En la prestación de jubilación la reducción de años para jubilarse, lo cual, desincentiva la prolongación la permanencia en la vida activa de los trabajadores; o, porcentajes de aportación menores a los mínimos ya establecidos que afectarían al fondo del seguro de invalidez, vejez y muerte.

La especialidad de un régimen implicaría la reducción de las bases de aportación de la mínima legal establecida, lo cual, afectaría a la sostenibilidad del fondo considerado el carácter solidario de reparto con el que funciona el Sistema de Seguridad Social.

2.- En la atención médica, no se puede establecer un régimen especial de privilegios para acceso a la misma, puesto que atentaría contra el derecho a la salud de otras personas que en igualdad o peores condiciones requieren su otorgamiento; peor aún, el reducir las bases de aportación del mínimo legal ya que se agravaría aún más la situación financiera del fondo de salud.

3.- En lo referente a riesgos del trabajo, su acceso va de la mano con estudios que determinen el nivel de riesgo de la actividad laboral; por lo que, no cabe una aplicación de régimen especial para su acceso; en todo caso, la discusión se centraría nuevamente en reducir las bases de aportación del mínimo legal ya establecido, lo que indiscutiblemente terminaría afectando el fondo de este seguro.

4.- Sobre la cesantía y seguro de desempleo, no cabe tampoco la creación de un régimen especial que permita el acceso a estas, ya que por su naturaleza estas prestaciones cubren necesidades ligadas con la falta de empleo de trabajadores en relación de dependencia; al contrario si considera necesario otorgar estas, se deberían ser cobros adicionales al grupo poblacional comprendido en la ley.

De esta forma, la Corte Constitucional puede evidenciar que el enunciado normativo *“gozarán a través de un régimen especial y gozarán de todos los beneficios que éste otorgue”*, constituye una falacia que no implica un reconocimiento de un derecho especial que ya se encuentra regulado en la Constitución y en la misma Ley de Seguridad Social para el mismo grupo poblacional como se verá más adelante.

Sin embargo, al constituirse como una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, el IESS se ha visto en la necesidad de activar todas las áreas competentes para intentar descifrar la intención del legislador al momento de disponer por vía legal un régimen especial para el grupo poblacional.

Ahora bien, una vez determinada la forma de funcionamiento del Sistema de Seguridad Social, el derecho a la seguridad social y las prestaciones que lo componen, se señalará de manera fundamentada el por qué dicha norma se encuentra en contra de lo dispuesto en la Constitución.

Sobre los principios que rigen la seguridad social.

El Art. 34 de la Constitución dispone que el derecho a la seguridad social se rige por determinados principios, en los cuales, se encuentran:

La **obligatoriedad**, que se encuentra afectado en dos esferas:

1.- La norma cuestionada no establece la obligatoriedad de la afiliación de este grupo poblacional, desde esta perspectiva la Ley de Seguridad Social ya cuenta con la afiliación voluntaria por lo que, el grupo poblacional podría acceder a este tipo acorde a las regulaciones ya existentes.

2- Por medio de una disposición jurídica se está alterando el deber de solicitar la afiliación de este grupo poblacional, puesto que al no existir esta condición de obligatoriedad, será la voluntad y las circunstancias que rodean a cada una de las personas las que motiven su afiliación para beneficiarse de un sistema solidario de reparto que requiere obligatoriamente de fuentes de financiamiento de trabajadores, empleadores y aportes voluntarios para cubrir todas las contingencias del Seguro General Obligatorio.

Inclusive se podría llegar a determinar que la afiliación se daría en casos de urgencia por enfermedades preexistentes contraviniendo los principios básicos de un seguro respecto a la distribución del riesgo.

Estos factores implicarían adicionalmente una afectación al derecho a recibir la protección del Seguro General Obligatorio, que se verá mermada por la falta de recursos económicos al no contar con el financiamiento debido de todas y cada una de las prestaciones que se entregan a los asegurados en relación de dependencia autónomos y voluntarios que sí han aportado al Sistema con anterioridad

Adicionalmente, esto acarrea la vulneración de otro principio que es el de **eficiencia**, pues la utilización económica de las contribuciones y recursos de quienes si aportaron al Sistema versus quienes no tienen obligatoriedad de afiliación, produciría la falta de entrega de prestaciones oportunas y suficientes, no solo al grupo poblacional afectado, sino a todo el universo de afiliados y jubilados.

Por otro lado, la **subsidiaridad** como principio también se encuentra afectado, ya que, independientemente de que la norma acusada no estableció una base de aportación de los trabajadores, tampoco determinó un financiamiento adicional, es decir el auxilio por parte del Estado para complementar el financiamiento de un determinado paquete prestacional.

En conclusión la falta de regulación y determinación de la especialidad de este régimen provocó que la obligatoriedad, la eficiencia y la subsidiaridad como principios del sistema de seguridad social, determinados en el Art. 34 de la Constitución de la República se vean vulnerados, causando incertidumbre por su falta de claridad y aplicabilidad.

Sobre los criterios que rigen a la seguridad social.

La **sostenibilidad** como un criterio de funcionamiento de la seguridad social, garantiza como tal el derecho a la entrega de prestaciones de manera oportuna; y, el principal objetivo de este criterio es que sea a largo plazo pues a las futuras generaciones también se debe garantizar este derecho.

Como ya lo ha manifestado la Corte Constitucional en casos referentes a creación de nuevas prestaciones a la seguridad social, el criterio de sostenibilidad como condición de realización obliga a garantizar a supuestos beneficiarios el derecho pero también a los potenciales perjudicados.

La seguridad social conforme reza del propio texto constitucional así como de los diferentes tratados internacionales que regulan el derecho, se constituye y ha sido elevado a un rango de derecho humano, mismo que debe ser protegido por el Estado, convirtiéndose en un elemento que le permite brindar una solución a la inequidad social, producto de la cual, no todos los individuos pueden gozar o tener acceso a las mismas condiciones de vida o contar con los recursos necesarios para financiar su porvenir.

Es bajo esta concepción que al estructurarse un sistema de seguridad social se debe tomar en consideración, para la concesión de las prestaciones que brindará el sistema, aquellas disposiciones del ordenamiento jurídico que prevén requisitos mínimos de acceso, ya que hay que recordar que el derecho a la seguridad social no es absoluto y se encuentra supeditado de manera directa hasta el máximo de los recursos de que disponga el sistema de seguridad social en base a los correspondientes estudios técnicos y actuariales conforme lo dispone el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1966)⁷.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)⁸ dispone que toda medida legislativa referente a los derechos por ellas recogidas, entre ellos el de la seguridad social, deben propender a la plena efectividad del mismo, es decir, que en lo referente a las prestaciones que este sistema brinda estas deben ser claras, aplicables y principalmente ser sustentables y sostenibles en el tiempo, evitando a cualquier costo y a sobre manera cualquier afectación directa o indirecta a su estabilidad, especialmente en un sistema de reparto como lo es el del Ecuador.

La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 83-16-IN y acumulados señaló: *“Es claro para la Corte que una reforma sobre los mecanismos de financiamiento de las prestaciones del sistema de seguridad social, es un aspecto que necesariamente debe estar basado en datos técnicos amparados en estudios actuariales específicos, rigurosos y actualizados, a fin de asegurar la sostenibilidad del sistema”*⁹, por lo que, a la luz de las normas constitucionales constantes en los Arts. 368 y 369, el sistema de seguridad social debe funcionar con base en criterios de sostenibilidad, considerando tanto lo

⁷ “Art. 2.- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)”.

⁸ “Art. 26.- Desarrollo Progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

⁹ Ibidem.

relativo a aportes de trabajador y empleador, como a las prestaciones para cumplir dicho principio; todo esto basado en los correspondientes estudios.

Inclusive para la emisión de la sentencia No. 83-16-IN/21, la Corte Constitucional del Ecuador señaló lo manifestado por su par Colombiana, aclarando que:

“La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone [...] la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales [...]. Por regla general, el control de la validez constitucional de una medida legislativa acusada de desconocer la sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en el proceso de valoración, explicación y discusión en el Congreso de la medida se cumplieron condiciones mínimas de deliberación. Ello impone determinar si en el trámite en el que se plantearon reservas relacionadas con los impactos negativos de determinada medida sobre la sostenibilidad fiscal fueron considerados de manera pública, informada y explícita los efectos fiscales, valorando los costos de las medidas y los instrumentos o mecanismos para asumirlos. [...] No le corresponde a esta Corte, prima facie, realizar valoraciones de la utilidad y oportunidad del gasto, ni comparar su cuantía con el marco fiscal de mediano plazo. Su tarea, al estudiar el eventual desconocimiento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en su dimensión hetero-referente o del criterio de sostenibilidad fiscal (arts. 48 y 334 de la Constitución), consiste en asegurar que el debate en el Congreso haya permitido identificar (a) el impacto de la medida en las finanzas públicas y (b) las razones del Congreso para no atender el concepto negativo emitido por el Gobierno en el curso del trámite legislativo. En ese contexto, advierte este Tribunal, es obligación del Congreso propiciar y desarrollar una deliberación específica y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, que aborde los siguientes asuntos: (i) los costos fiscales de la iniciativa, (ii) su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y (iii) las posibles fuentes de financiación. Esto, en todo caso, no supone reconocer un poder de veto por parte del Gobierno Nacional en tanto, como se ha dejado dicho, lo que se activa es una obligación particular de deliberación”¹⁰.

Anteriormente, en la explicación técnica de cómo opera el Sistema de Seguridad Social se logró identificar que la creación de un régimen especial sin especificación de dicha cualidad, no procede en razón de las condiciones de acceso que no contemple el ámbito financiero; por lo tanto, esa especialidad se traduciría en la reducción de la base mínima de aportación establecida en la ley.

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia No. C-110/19 de 13 de marzo de 2019.

Como regla general, el aporte al Sistema de Seguridad Social se encuentra ligado al salario que percibe el trabajador en dependencia; y, para el caso de afiliaciones voluntarias acorde al Art. 153 se paga sobre los ingresos que realmente perciba y, en ningún caso, sobre valores inferiores al salario mínimo de aportación.

En lo correspondiente al trabajador autónomo según los Arts. 13 y 15 de la Ley de Seguridad Social: *“Para los afiliados sin relación de dependencia cuyo ingreso realmente percibido sea de difícil determinación, el IESS definirá anualmente, para cada una de las categorías especiales más relevantes en el mercado de trabajo, una base presuntiva de aportación (BPA) que expresará, en múltiplos o submúltiplos del sueldo o salario mínimo de aportación al Seguro General Obligatorio, la cuantía de la materia gravada.”*

Visto el problema jurídico desde esta manera, para generar esa cualidad de especialidad que exige el legislador en la disposición normativa acusada como inconstitucional; se tendría que modificar la base de aportación.

El realizar esta actuación implica efectuar estudios actuariales que determinen la realidad socioeconómica del grupo poblacional, el riesgo al que están expuestos, tablas de mortalidad, índices de siniestralidad entre otros aspectos demográficos.

Bajo estas premisas, la norma que crea un régimen especial, realmente está creando un paquete de prestaciones, aún no definido, que no cuentan con un financiamiento; pero plenamente exigible por parte del grupo poblacional al encontrarse ya dispuesto en una norma jurídica de obligatorio cumplimiento.

Es decir que, posterior al plazo de las disposiciones transitorias, si un trabajador autónomo o comerciante minorista solicita la afiliación al IESS, este se vería en la obligación de ofrecer condiciones y paquetes prestacionales especiales que no cuenten con un debido financiamiento que garantice a su vez la sostenibilidad de los diferentes fondos del Sistema de Seguridad Social.

La Corte Constitucional del Ecuador, ya ha realizado llamados de atención a la Asamblea Nacional por el tratamiento antitécnico en la creación o modificación de prestaciones del sistema de seguridad social, solicitando que se lo realice de una manera responsable y sobre todo que no se cree incertidumbre o expectativas que, aunque legítimas, resultan inaplicables en el funcionamiento del Sistema.

Tenemos así las siguientes sentencias:

- 23-18-IN/19; Acción pública de inconstitucionalidad de Art. 3 de la Resolución No. C.D. 501. (Financiamiento de décimos para jubilados)
- 32-21-IN/21; Acción pública de inconstitucionalidad LORLOEI. (Jubilación de magisterio)

En conclusión sobre la sostenibilidad se debe decir que la Asamblea Nacional en su calidad de legisladora creo un régimen especial de seguridad social que necesariamente

implica la creación de nuevas prestaciones; esto obviamente lo realizó sin estudios técnicos y actuariales que determinen la necesidad y posibilidad de crearlas.

Sobre la creación de nuevas prestaciones con el debido financiamiento.

En este punto, es necesario recalcar que la Asamblea Nacional ya se ha visto cuestionada por la generación antitécnica de normas que regulan el derecho a la seguridad social.

Conforme se desprende de los informes para los debates legislativos, el proyecto inicial de la norma se presentó en junio del año 1997, con una norma referente a la seguridad social totalmente diferente a la que entró en vigencia, no obstante de que tampoco se contó con un pronunciamiento técnico.

En el informe de segundo debate se manifiesta lo siguiente:

“En relación al artículo 16 referente a la afiliación de estos sectores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se consultó a ésta institución y con base a la información proporcionada la Comisión resolvió confirmar que la base presuntiva de aportación de este régimen estará en relación a los ingresos regulares que perciban los trabajadores y sobre los que registran en el Servicio de Rentas Internas, sin que la misma sea inferior a un salario básico unificado del colaborador de la microempresa, fijado por el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Las/os microempresarias/os, los/las trabajadores autónomos o por cuenta propia y los/las comerciantes minoristas, gozarán de la totalidad de los beneficios, prestaciones y tipos de créditos, incluido el Seguro de Cesantía que constituye una extensión del derecho a éste sector que no tiene relación de dependencia y que será reglamentado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.”

Vale la pena recalcar que este informe fue generado el 07 de julio de 2009.

Posteriormente, ante la objeción total realizada por el Presidente de la República del Ecuador, la Asamblea Nacional en sesión de 17 de noviembre de 2022 se pronunció sobre la misma y acorde al Art. 138 de la Constitución de la República y 64 de la Ley Orgánica de la Función Judicial remitió el texto al Registro Oficial para su publicación, considerando que se realizó una reforma sustancial del texto objetado al publicado.

En este punto vale la pena recalcar los aspectos que se consideraron para objetar totalmente el proyecto de ley:

“(…) lejos de determinar reglas claras que le benefician, con un afán asistencialista enuncia conceptos básicos de carácter dogmático innecesarios en un texto legal y que han sido recogidos previamente en textos de mayor jerarquía como la Constitución de la República y convenios internacionales, y leyes orgánicas.

Así por ejemplo, la definición de trabajador autónomo se encuentra contenida en la letra b. del artículo 9 de la Ley de Seguridad Social, (...)

Así, el acceso a la seguridad social se garantiza en la Carta Magna y en la Ley de Seguridad Social.”

Hago eco de lo manifestado en la objeción presidencial, porque a partir de esto la Asamblea Nacional decidió crear un “régimen especial” y omitir el pronunciamiento que en el año 2009 dice haber recibido del IESS en el que se contaba con una regulación totalmente diferente, sin la creación de un régimen especial que implica prestaciones especiales, pero con la determinación de la base presuntiva de aportación, sin que la misma sea menor a un salario básico unificado.

La aprobación del texto final se da 12 años posteriores al segundo debate y por ende al pronunciamiento que según el informe recibió del IESS; más aún, sin considerar el mismo según el texto final.

La Corte Constitucional mediante sentencia 32-21-IN/21 y acumulado determinó que:

“Vale decir, a partir de la citada jurisprudencia se puede derivar la regla de trámite legislativo según la cual, en el procedimiento de formación de una ley que cree nuevas prestaciones en el Sistema de Seguridad Social, es obligatorio que el legislador cuente con estudios actuariales actualizados acerca del impacto de la nueva prestación en la sostenibilidad de dicho sistema; y, de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la transgresión de la mencionada regla aplicable al procedimiento legislativo implica la inconstitucionalidad de la ley correspondiente por cuanto afecta al principio de sostenibilidad de la seguridad social.”

En el presente caso, conforme a la génesis de la creación de la norma se puede evidenciar con claridad meridiana que la Asamblea Nacional no contó con estudios actuariales; y, ante los varios llamados de atención recibidos en sentencias constitucionales, ahora optó no por crear una prestación específica, sino en instaurar un régimen especial que implica la creación de todo un paquete prestacional que obviamente no cuenta con sustentos, técnicos, jurídicos y peor aún actuariales.

Inclusive, sutilmente obligó al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a crear el paquete prestacional para alcanzar ese régimen especial que creo mediante la norma acusada como inconstitucional; y lo realiza de manera tácita porque tampoco generó disposiciones transitorias dirigidas al IESS para su aplicabilidad.

Desde este punto de vista la norma es inconstitucional por la forma, ya que no se respetó el procedimiento legislativo tendiente a contar con estudios actuariales actualizados y específicos en la creación de nuevas prestaciones de manera tácita por medio de la instauración de un régimen especial.

Adicionalmente, se debe recalcar que el tratamiento técnico del Sistema de Seguridad Social no solo requiere de estudios actuariales que garanticen la sostenibilidad de los fondos; sino también los informes técnicos de las correspondientes áreas y jurídicos que determinen la viabilidad de la creación de regímenes especiales a fin de no generar duplicidad o contraposiciones con los regímenes ya creados.

Mediante **informe de 22 de mayo de 2023**, la **Dirección Nacional de Afiliación Cobertura del IESS** realizó una explicación técnica de los tipos de regímenes de afiliación, los sujetos de protección y las prestaciones que se entregan a cada uno y claramente se podrá evidenciar **que los beneficiarios de la norma impugnada ya cuentan con acceso al derecho a la seguridad social y una cobertura especial con prestaciones específicas, lo cual está previsto en la Ley de Seguridad Social, norma que abarca a un grupo poblacional aún más grande.**

El Art. 9 de la Ley de Seguridad Social dice:

Definiciones:

*“b. Es trabajador **autónomo** toda persona que ejerce un oficio o ejecuta una obra o realiza regularmente una actividad económica, sin relación de dependencia, y percibe un ingreso en forma de honorarios, comisiones, participaciones, beneficios u otra retribución distinta al sueldo o salario.*

*d. Es **administrador** o patrono de un negocio toda persona que emplea a otros para que ejecuten una obra o presten un servicio, por cuenta suya o de un tercero;*

*e. Es dueño de una **empresa unipersonal**, toda persona que establece una empresa o **negocio de hecho**, para prestar servicios o arriesgar capitales;”*

Por su parte el Art. 3 de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista dice:

*“a) **Trabajadora o trabajador autónomo o por cuenta propia.**- Es la persona natural que desarrolla actividades de fabricación, producción, distribución y/o comercialización de bienes y/o prestación de servicios, de manera personal, ambulante o fija, habitual o temporal, sin relación de dependencia y cuyo capital de operación no supere los treinta y seis salarios básicos unificados del trabajador privado.*

*b) **Comerciante minorista.**- Es la persona natural que desarrolla actividades de comercio y distribución de bienes y/o servicios, de forma personal, ambulante o fija, habitual o temporal, para la autogeneración de ingresos y cuyo capital de operación no supere los treinta y seis salarios básicos unificados del trabajador privado.*

Dicho informe concluye manifestando las cifras de afiliados en este grupo y dice:

“Al mes de abril de 2023 se registran 273.630 afiliados en la categoría de Independientes, Autónomos o Dueños de una empresa unipersonal. Teniendo un crecimiento sostenido en este tipo de afiliación.

Con la Ley de Seguridad Social ya se da el acceso y una cobertura especial a los trabajadores del segmento que abarca la LEY DE DEFENSA Y DESARROLLO DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO Y DEL COMERCIANTE MINORISTA.”

La Resolución No. C. D. **625** del IESS, determina en su Art. 65 la base de aportación de los trabajadores sin relación de dependencia, especificando de manera clara que corresponde al valor mensual de sus ingresos percibidos y que no puede ser inferior al salario básico unificado vigente, recalando que sobre este SBU se calcula la base de aportación.

Ahora bien, la Resolución No. C. D. **501** del IESS, contiene las tablas de aportación al Sistema lo cual fue reformado por la Resolución No. C. D. **515**, anexo 5, determina la distribución del porcentaje de aportación del **17,60%**, de los trabajadores autónomos sin relación de dependencia, afiliados voluntarios, pasantes, becarios, internos rotativo, miembros del clero secular y personas jubiladas que se afilien:

Seguro General de Pensiones:	5,86%
Seguro de Salud	9,94%
Seguro de Riesgos del Trabajo	0,20%
Aporte al Seguro Campesino	0,70%

Total de aportes: 17,60% de un SBU.

Como podrán evidenciar en las norma adjuntas, **el 17,60% es el porcentaje de aportación más bajo que existe en los diferentes regímenes de afiliación**, precisamente considerando, con informes técnicos y actuariales, las condiciones socioeconómicas, el riesgo al que están expuestos, tablas de mortalidad, índices de siniestralidad entre otros aspectos demográficos que este grupo poblacional.

Ahora bien, en lo que corresponde a otras prestaciones que no están consideradas, como el seguro de cesantía, precisamente es por la naturaleza del tipo de afiliación y la actividad económica que realizan los trabajadores autónomos.

Y la misma Ley de Seguridad Social, literal b) dispone que:

*“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 afiliaran al IESS, estarán protegidos contra todas las contingencias enunciadas en el artículo 3 de esta Ley, **excepto la de cesantía Seguro de Desempleo**.”*

Los artículos innumerados agregados posterior al Art. 275.1 de la Ley de Seguridad Social contienen la definición y requisitos de acceso del seguro de desempleo; y, el Art. 274 lo propio respecto de la prestación de cesantía. Prestaciones reguladas por la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo.

A partir del cumplimiento de las condiciones legales establecidas, el afiliado cesante puede acceder a dos prestaciones: “la cesantía acumulada¹¹ y el seguro de desempleo¹²”.

Acorde a los Arts. 4 y 13 de la Resolución No. C. D. 518, que contiene el Reglamento General del Seguro de Cesantía y Seguro de Desempleo, el financiamiento de las prestaciones que otorga es:

El 2% del aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia para la prestación de cesantía.

El 1% de la remuneración de los trabajadores en relación de dependencia para la prestación de seguro de desempleo.

El mismo razonamiento merece los fondos de reserva que como tal no es una prestación que otorga el IESS, quien únicamente la administra a partir de la entrega directa que realiza el empleador; para el caso de la afiliación autónoma y voluntaria es el mismo afiliado su propio empleador, por tanto, desnaturaliza la figura jurídica.¹³

A partir del **Informe Técnico sobre el impacto que genera la implementación de la nueva prestación en cada uno de los regímenes de fondos de terceros y seguro de desempleo**, efectuado por la Dirección Nacional de Fondos de Terceros y Seguro de Desempleo del IESS, se concluyó lo siguiente:

“Al ser un fondo solidario, el aporte de muchos solventa el pago de las prestaciones de pocos, lo que financieramente hace posible y sostenible que la mayoría de los afiliados cubiertos bajo el riesgo del desempleo, con una prima “x” puedan cobrar una prestación equivalente a 30 veces la prima aportada. Esta

¹¹ Resolución C.D. 518: “Artículo 3.- De la Definición.- De conformidad con el artículo 274 de la Ley de Seguridad Social, se entenderá como cesantía la falta de ingresos provenientes del trabajo de un empleado, obrero o servidor público, afiliado al IESS.”

¹² Resolución C. D. 518: “Artículo 12.- De la Definición.- El Seguro de Desempleo es la prestación económica que protege a los afiliados al IESS que pierden su empleo bajo relación de dependencia por causas ajenas a su voluntad y se rige por los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad. En cualquiera de los casos anteriores la persona afiliada puede acceder siempre que cumpla los requisitos establecidos en este reglamento.”

¹³ Ley de Seguridad Social “Art. 275.- FONDO DE RESERVA.- El IESS será recaudador del Fondo de Reserva de los empleados, obreros, y servidores públicos, afiliados al Seguro General Obligatorio, que prestaren servicios por más de un (1) año para un mismo empleador, de conformidad con lo previsto en el Código del Trabajo y otras leyes sobre la misma materia, y transferirá los aportes recibidos en forma nominativa a una cuenta individual de ahorro obligatorio del afiliado, que será administrada por la empresa adjudicataria administradora de fondos previsionales respectiva, a elección del afiliado. La misma norma se aplicará a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a las instituciones financieras sometidas a su control.”

situación, supone un alto riesgo moral, ya que se puede generar un vicio en la demanda de este seguro.

Los fondos de terceros son prestaciones / servicios otorgados a los afiliados en relación de dependencia.

No se cuenta con estudios actuariales que respalden la aplicación de las disposiciones de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista (...)

El Fondo de Reserva es reconocido por el empleador en un porcentaje del 8.33% y al ser autónomo no contempla esa figura.”

En lo correspondiente a la jubilación, la Dirección del Sistema de Pensiones del IESS, mediante **informe No. IESS-DSP-2023-0033-I**, de 24 de mayo de 2023, manifestó en lo principal, que no cabe la generación de un régimen especial de jubilación, por las siguientes razones técnicas:

“Los trabajadores autónomos se encuentran contemplados en la Ley de Seguridad Social como sujetos obligados al Seguro General Obligatorio; por lo que no se considera necesario la creación de un régimen especial.

Las jubilaciones especiales que otorga el Seguro General Obligatorio a través del Sistema de Pensiones, están enfocadas a la protección de personas cuya actividad laboral sea considerada de riesgo e insalubres (art. 231 Ley de Seguridad Social).

Las jubilaciones especiales contemplan diferentes requisitos a los establecidos en la Ley de Seguridad Social, los mismos que están relacionados con la reducción del número de imposiciones mínimas y la eliminación de la condición de edad para acceder a la jubilación ordinaria por vejez.

La creación de regímenes o jubilaciones especiales, de una población cuya actividad laboral no sea considerada de riesgo e insalubres, al aplicar de forma diferenciada condiciones y prestaciones diferentes al régimen general, puede generar desigualdad y discriminación entre los trabajadores según su actividad o colectivo; contraviniendo los principios de igualdad, obligatoriedad, universalidad, y equidad establecidos tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en la Ley de Seguridad Social.

*La creación de un régimen especial para los trabajadores autónomos y los comerciantes minoristas, dentro de sus sustentos técnicos, **no cuenta con los estudios actuariales** que sustenten o determinen su financiamiento y el impacto al Fondo de Pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte en el transcurso del tiempo, el cual debió realizarse previo a la creación de la referida norma.”*

Coincide lo manifestado por el área técnica, con el fundamento jurídico de la demanda planteado hasta el momento, que la creación de un régimen especial no contó con estudios

actuariales que determinen el impacto correspondiente en los fondos de los diferentes seguros; peor aún, en lo que corresponde a jubilaciones especiales que ya han sido excluidas por la Corte Constitucional y por la misma Asamblea Nacional al percatarse que este tipo de actuaciones promueven un retiro anticipado de la actividad laboral cuando la esperanza de vida en el país va en aumento, según las estimaciones de proyecciones de población realizadas por el INEC.

Otro de los seguros especializados del IESS, también ha emitido el soporte técnico respecto de la creación de este nuevo régimen especial; la Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo mediante informe No. **IESS-DSGRT-2023-0826-M, de 08 de junio de 2023**, manifestó lo siguiente:

“Ley de Seguridad Social (...)

Art. 159.- FINANCIAMIENTO.- El Seguro General de Riesgos del Trabajo se financiará con un aporte patronal obligatorio del cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre la materia gravada del afiliado en relación de dependencia, que cubrirá el costo de las actividades de promoción y prevención y el de las prestaciones en subsidios, indemnización y pensiones.

En caso de los afiliados sin relación de dependencia el aporte obligatorio será fijado por el Consejo Directivo según la naturaleza de la actividad y la probabilidad del riesgo protegido. (...)

El Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo, C.D. 513 complementariamente detalla el siguiente marco legal:

“Artículo 3.- Sujetos de Protección- Son sujetos de protección, el trabajador en relación de dependencia, así como el trabajador afiliado sin relación de dependencia o autónomo, independiente o por cuenta propia, el menor trabajador, (...)

Para los asegurados sin relación de dependencia, las actividades protegidas por el Seguro General de Riesgos del Trabajo serán las registradas en el IESS al momento de la afiliación del trabajador. Este registro deberá incluir la descripción de todas las actividades que realiza, el horario de sus labores y el lugar habitual del desempeño de las mismas; si el afiliado cambiare de actividad deberá actualizar dicho registro. Se deja constancia de que en este caso el asegurado es su propio empleador y como tal debe cumplir las obligaciones patronales correspondientes.”

Dicho informe concluye lo siguiente:

“ (...) que en la actualidad el Seguro General de Riesgos del Trabajo en sus sujetos de cobertura incluye a los trabajadores autónomos y comerciantes minoristas, bajo las condiciones establecidas tanto en la Ley de Seguridad Social como en la normativa interna, en tal virtud en el caso de que se establezca un

Régimen Especial para este grupo de asegurados, no se tendría ningún impacto a la sostenibilidad de este Seguro Especializado, siempre y cuando se mantenga una prima adecuada de aportación para su financiamiento, sin importar el universo o el número de afiliados que se identifique para este grupo.”

Este seguro especializado mantiene la misma problemática referente a la falta de estudios, pues si bien, manifiestan que no existiría impacto a la sostenibilidad, se recalca que es siempre y cuando se mantenga una prima adecuada para su financiamiento; lo cual, no se ve reflejada en la norma acusada.

Más aún, se puede evidenciar que acorde al Art. 159 de la Ley de Seguridad Social para los casos de afiliados sin relación de dependencia el aporte es fijado por el Consejo Directivo del IESS según la naturaleza de la actividad y la probabilidad del riesgos; lo cual, se realiza con estudios actuariales y dichos estudios se efectúan con insumos técnicos que analizan la realidad socioeconómica, riesgos expuestos, edad y otros factores del grupo poblacional protegido, como se explicará más adelante con el informe emitido por la Dirección Actuarial, de Investigación y Estadística del IESS.

Se recalca que en el informe citado, se manifiesta que actualmente el IESS ya cubre a los trabajadores autónomos y comerciantes minoristas, acordes al tipo de afiliación determinados en el Art. 9, literales b), c), d); y, f) de la Ley de Seguridad Social.

Por otra parte, la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS, mediante documento No. **IESS-DSGSIF-UJ-2023-0010, de 25 de mayo de 2023**, también procedió a emitir su informe correspondiente, en el que señaló que acorde a los Arts. 102 y 11 de la Ley de Seguridad Social, como desarrollo del derecho a la seguridad social que otorga el seguro general obligatorio determinado en los Arts. 367, 268 y 369 de la Constitución de la República del Ecuador, el IESS se encuentra obligado a otorgar las prestaciones por enfermedad y maternidad a sus afiliados, bajo normas claras, previas y públicas, que regulan las mismas con base en un debido financiamiento que asegure la sostenibilidad; lo cual, es inexistente en la norma acusada como inconstitucional.

La prestación de salud en el IESS se financia a través del aporte de afiliado, empleador y del Estado, lo cual, no se encuentra previsto en la norma objeto de la acción.

Dicho informe manifiesta además:

“Un sistema sui generis o especial es un conjunto de reglas y beneficios que se aplican de manera diferenciada a determinados grupos de trabajadores con características o circunstancias específicas que los distinguen de los demás. Actualmente, no existen estudios sobre las características de este grupo y diferencias en otros. Los comerciantes minoristas y los autónomos pueden acogerse al régimen del seguro general obligatorio de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Seguro Social, por lo que no procede la creación de un régimen especial. (...)”

La segmentación de la seguridad social mediante la creación de sistemas sui generis es un inconveniente porque genera problemas de desigualdad, ineficiencia y sostenibilidad que van en contra de los principios de la seguridad social. (...)

Ley de Defensa del Comerciante Minorista y Trabajador Autónomo inicialmente fue presentado en junio de 1997 y el informe para el primer y segundo debate se lo presentó en el año 2009; dicho proyecto de ley fue vetado en el año 2011 por el Ejecutivo; es decir, la Ley de Defensa del Comerciante Minorista y Trabajador Autónomo aprobada por la Asamblea Nacional con fecha 17 de noviembre de 2022, tuvo un proceso para su aprobación de aproximadamente 10 años, tiempo en el cual se encontraba vigente otro marco jurídico distinto al actual, situación que conlleva a que las disposiciones expedidas en la referida ley no se encuentren acordes al ordenamiento jurídico vigente y a las actuales necesidades de la Seguridad Social; adicionalmente, el contenido de la ley de Defensa del Comerciante Minorista y Trabajador Autónomo no considera aspectos básicos que serían las fuentes y mecanismos de financiamiento, estudios actuariales que determinen la factibilidad y sostenibilidad en el tiempo de la ley o la creación de un régimen especial, tal como se encuentra en el texto de Ley aprobado.”

Como es de conocimiento público el fondo de salud del IESS mantiene una grave afectación financiera que se traduce en la imposibilidad de cumplir con el criterio de sostenibilidad, causado precisamente por normas jurídicas que disponen la creación de prestaciones que no cuentan con fuentes de financiamiento; el crear un paquete prestacional para el grupo de personas determinados en el Art. 3 de la Ley analizada, obliga al IESS a otorgar atención en salud con base al régimen ordinario de todos los afiliados y jubilados y al no existir fuente de financiamiento determinada agravará aún más la situación de este fondo; siendo responsabilidad tanto del IESS como de la Corte Constitucional precautelar la sostenibilidad los fondos del Seguro General Obligatorio a partir de la creación de normas antitécnicas e infundadas por parte de la Asamblea Nacional.

Por su parte, mediante memorando No. **IESS-DAIE-2023-0427-M**, de 30 de mayo de 2023, la Dirección Actuarial de Investigación y Estadística del IESS también efectuó sus observaciones respecto del procedimiento legislativo que omitió el contar con estudios técnicos y actualizados para la creación de un régimen especial y por tanto de un paquete prestacional nuevo y manifestó lo siguiente:

“Los artículos 368 y 369 de la Constitución de la República del Ecuador determinan que el sistema de seguridad social funcionará bajo algunos criterios, entre ellos la sostenibilidad. El no contar con información real entregada por los órganos competentes determinados conforme lo establece la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador y del Comerciante Minorista, imposibilita poder efectuar un estudio actuarial que cumpla lo que determina el Art. 11 de la antes

mencionada Ley, así como las buenas prácticas actuariales dispuestas por la Superintendencia de Bancos y la Asociación Internacional de Seguridad Social.

Es necesario promover y ejecutar estudios que permitan conocer la realidad socioeconómica de este sector; así como el riesgo al que están expuestos, ya que la construcción de un régimen especial va atado a aspectos demográficos, tablas de mortalidad, índices de siniestralidad, etc. para de ser el caso proceder a la creación de coberturas diferenciadas. Así también se deberá contar con el registro nacional de información y registro de los trabajadores autónomos y de comerciantes minoristas, pues permitirá conocer la evolución demográfica, las etapas de transición, la composición del núcleo familiar; y, los riesgos a los que están expuestos.

Tampoco se observa un artículo en el contenido de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador y del Comerciante Minorista, que establezca la obligatoriedad a la afiliación de este grupo poblacional. Esta situación puede causar efectos negativos sobre los sistemas de seguridad social; debido a que podría incentivar la afiliación de personas con riesgo cierto afectando los fondos de los seguros; por lo que se requiere una definición de política pública institucional al respecto, previo a la elaboración de un estudio.

No existe ningún artículo que reforme a la Ley de Seguridad Social, por ende, existe una contradicción en cuanto a que se les brinde todas las prestaciones; conforme lo establece el Art. 10.- REGLAS DE PROTECCION Y EXCLUSION.

Por lo indicado, no es factible efectuar el Estudio Actuarial, para la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador y del Comerciante Minorista con la información recibida. Es por ello, que esta dependencia insiste una vez más que considerando las atribuciones y responsabilidades determinadas en el numeral 3.1.1, literales d), h), j) y Productos No. 2, 3, 6, 8, 9 del subnumeral 3.1.1.1 del artículo 10 de la Resolución No. C.D. 535, se coordinen las acciones con las entidades externas responsables para obtener la información de la población protegida, y se determine si es aplicable la mencionada Ley.

Ya en lo correspondiente a los estudios actuariales necesarios, conforme lo manifiesta el área competente del IESS, no solo que no se contó con los mismos para la creación de la norma, sino que, actualmente no es posible realizar los mismos por la falta de regulación de este grupo poblacional a lo largo de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista.

Inconstitucionalidad por el fondo:

1. La norma jurídica acusada como inconstitucional vulnera el derecho a la seguridad social determinado en el Art. 3 de la Constitución de la República impidiendo al IESS garantizar el efectivo goce, traducido en la entrega de prestaciones suficientes y oportunas a sus afiliados y jubilados.

2. La norma se encuentra en contraposición de los criterios establecidos en el Art. 34 de la Constitución de la República de obligatoriedad, eficiencia y subsidiaridad, ya que por medio de una norma jurídica se crea un régimen especial que ya cubría al grupo poblacional supuestamente beneficiario, sin el financiamiento debido lo que impide tanto el acceso al Sistema como la entrega suficiente y oportuna de las prestaciones, subutilizando los recursos provenientes de las contribuciones de todos los afiliados.
3. Acorde al criterio de funcionamiento de la seguridad social previsto en el Art. 368 de la Constitución de la República la sostenibilidad de los fondos de los diferentes seguros especializados de Salud, Pensiones, Riesgos del Trabajo, Seguro de Desempleo y Cesantía se ve gravemente afectada por la aplicación de la norma cuestionada, la cual se encuentra vigente y por tanto de obligatorio cumplimiento.

Inconstitucionalidad por la forma.

Por la forma es inconstitucional acorde al requisito legislativo determinado en el Art. 369 de la Constitución de la República respecto del financiamiento de las nuevas prestaciones; esta exigencia en la construcción de una norma fue desarrollada ampliamente las sentencias No. 83-16-IN/21 y 32-21-IN/21, en las cuales determinó que para la Corte Constitucional es claro que contar con estudios actuariales actualizados y específicos, constituye un elemento fundamental **para la toma de decisiones adecuadas respecto a la seguridad social**; es decir, que el requisito constitucional fue ampliado no solo para la creación de nuevas prestaciones, sino para la generalidad de toma de decisiones que atañen al derecho a la seguridad social.

6. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LAS NORMAS MATERIA DE ESTA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Conforme a lo manifestado en la presente demanda, la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista, se encuentra vigente y por tanto para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social su cumplimiento es irrestricto.

El Art. 79, numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece a la suspensión provisional de una ley demandada por inconstitucional como una posible medida cautelar.

En el caso 32-21-IN, la Corte Constitucional consideró ciertos parámetros para disponer la medida cautelar, como son que los **hechos sean verosímiles** y que exista una **amenaza de violación de derechos constitucionales de modo grave e inminente**.

Bajo estas condiciones, resulta verosímil que el cumplimiento de la norma jurídica que creo un régimen especial sin ningún tipo de regulación de bases presuntivas de aportación y con paquetes prestacionales especiales; es decir, con condiciones que imponen mayores cargas a los seguros de salud, pensiones, riesgos del trabajo; y, seguro de cesantía y

desempleo provoca una afectación grave al Sistema de Seguridad Social por el tratamiento antitécnico

Mi representada oportunamente está señalando la grave afectación que sufriría el Sistema de Seguridad Social, no en uno de sus seguros especializados sino en varios de ellos; ya que sin una persona contemplada en el grupo poblacional beneficiario solicita por vía administrativa, judicial ordinaria o jurisdiccional la afiliación al régimen y un paquete prestacional especial ya creados; tanto autoridades judiciales como administrativas tendrían la obligación de cumplir.

A partir de aquello, aún con la falta de financiamiento, de estudios actuariales; e, inclusive del reglamento que debe emitir el Presidente de la República, el IESS en su calidad de responsable en la entrega de prestaciones, se vería obligado a entregar: atención en salud, jubilación especial del seguro de pensiones, subsidios y jubilaciones en riegos del trabajo, cesantía y subsidio de desempleo, obviamente con una base de aportación especial.

La afectación al derecho a la seguridad social de modo grave e inminente se produce al momento de solicitar al IESS las prestaciones y el acceso a la afiliación con condiciones especiales y este no pueda entregarlo de manera suficiente y oportuna a los beneficiarios; adicionalmente, en razón de los criterios de sostenibilidad que han sido ampliamente tratados por la Corte, también se debe precautelar el derecho a la entrega de prestaciones de los actuales afiliados y jubilados que verán afectado su otorgamiento especialmente en el seguro de salud.

El déficit existente en los fondos del IESS, continuará viéndose afectado por las actuaciones legislativas que aprobaron una norma jurídica con pronunciamientos del año 2009, sin considerar que todo sistema de seguridad social es dinámico y por tanto las condiciones varían según aspectos socioeconómicos y demográficos.

De esta manera, conforme lo dispuesto por el Art. 79 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y Art. 3 numeral 7 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, con la finalidad de evitar que se produzca la violación de los derechos constitucionales de las personas y principalmente de los afiliados, beneficiarios y jubilados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con la vigencia de la disposición acusada como inconstitucionalidad, que ponen en inminente peligro la estabilidad, sostenibilidad, financiamiento y otorgamiento futuro de las prestaciones solicitamos que al momento de admitir a trámite esta demanda, se suspendan provisionalmente la disposición legal materia de esta acción de inconstitucionalidad.

7. PETICIÓN

En virtud de los fundamentos expuestos en esta demanda, solicitamos que de conformidad con el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con los Arts. 74, 90 y 91 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

Constitucional, se declare mediante sentencia la inconstitucionalidad por el fondo y por la forma del Art. 11 de la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista.

Se solicita a la Corte Constitucional que acorde al Art. 76, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se realice un control integral de la norma.

Conforme lo dispuesto en los artículos 5, 95, inciso primero y 96 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitamos expresamente que se dé efecto retroactivo a la sentencia de inconstitucionalidad que sea emitida, por la grave afectación que produciría a la estabilidad, financiamiento y sostenibilidad de los del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; no debiendo permanecer dichas normas en el ordenamiento jurídico bajo ningún tipo de interpretación.

8.- DECLARACIÓN

Declaramos que no hemos planteado ni de forma individual o conjunta otra garantía por los mismos actos y omisiones, contra la misma persona o grupo de personas o con la misma pretensión.

9.- NOTIFICACIONES.

Notificaciones que correspondan las recibiremos en el casillero constitucional No. 005 y en los correos electrónicos: daniel.ruiz@iess.gob.ec, y patrocinio@iess.gob.ec y casillero electrónico No. 03517010001.

10.- PRUEBAS.

De conformidad con el Art. 73 del Reglamento de Sustanciación de Procesos Competencia de la Corte Constitucional, al disponer la práctica de pruebas, se servirán requerir de las instancias públicas pertinentes los siguientes documentos debidamente certificados:

10.1. De la Secretaría General de la Asamblea Nacional:

- ✓ Copia certificada del expediente integro de la “Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista.”

10.2.- A la Presidencia de la República,

- ✓ Certificación respecto de si se emitió o no el Reglamento a la Ley de Defensa y Desarrollo del Trabajador Autónomo y del Comerciante Minorista.

10.3.- El IESS por su parte, adjunta la siguiente documentación:



- ✓ Informe de 22 de mayo de 2023 emitido por la Dirección Nacional de Afiliación Cobertura del IESS.
- ✓ Informe No. IESS-DSP-2023-0033-I, de 24 de mayo de 2023 emitido por la Dirección del Sistema de Pensiones del IESS.
- ✓ Informe No. IESS-DSGRT-2023-0826-M, de 08 de junio de 2023, emitido por la Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo.
- ✓ Informe No. IESS-DSGSIF-UJ-2023-0010, de 25 de mayo de 2023, emitido por la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS.
- ✓ Informe No. IESS-DAIE-2023-0427-M, de 30 de mayo de 2023, emitido por la Dirección Actuarial de Investigación y Estadística del IESS.
- ✓ Resoluciones de Consejo Directivo No. 501, 515, 518; y, 625.
- ✓ Documentos habilitantes de representación institucional.

Abg. Edison Iván Salgado Lomas

**PROCURADOR GENERAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE
SEGURIDAD SOCIAL**

Abg. Pablo Enrique Mera Rodríguez
Subdirector Nacional de Patrocinio
Mat. 17-2013-694 F. A.

Mgs. Daniel Vinicio Ruiz Sandoval.
Abogado Especialista
Mat. 17-2012-73 F. A.