

Universidad San Francisco de Quito USFQ

Colegio de Posgrados

¿Son las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (“IESS”), en ejercicio de su potestad coactiva, desproporcionales de conformidad con las potestades atribuidas en la Constitución ecuatoriana?

Alegría Francisca Pérez de Anda Valdez

Director: Marco Antonio Morales Andrade

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito para la obtención del título de Máster en Derecho Administrativo

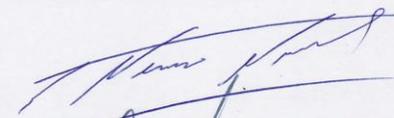
Quito, 22 de diciembre de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**Colegio de Postgrados****HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

¿Son las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ("IESS"), en ejercicio de su potestad coactiva, desproporcionales de conformidad las potestades atribuidas en la Constitución ecuatoriana?

Alegría Francisca Pérez de Anda Valdez

Marco Morales, M.A.
Director de Trabajo y Miembro del Comité
de Grado



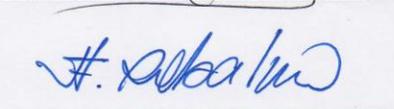
Javier Bustos, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Grado



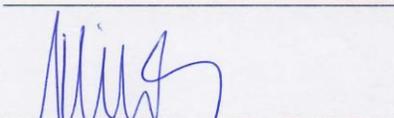
Luis Fernando Torres, M.A.
Miembro del Comité de Grado



Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho
Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 22 de diciembre de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION TRABAJO ESCRITO TESINA

3

TESINA/TITULO ¿Son las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ("IESS"), en ejercicio de su potestad coactiva, desproporcionales de conformidad las potestades atribuidas en la Constitución ecuatoriana?

ALUMNA Alegría Francisca Pérez de Anda Valdez

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es el órgano de seguridad social obligatorio en nuestro país, por ende, todas los empleadores deben tener a sus trabajadores debidamente registrados en el sistema. En este sentido, al IESS se le ha permitido sancionar a los empleadores que hayan incumplido con sus pagos, lo cual en ocasiones puede generar sanciones desproporcionadas que incluso atentan con el principio de proporcionalidad, vulneración que nace desde la misma ley. Por ello resulta de alta importancia el análisis y estudio del tema presentado por la alumna.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada resulta clara y completa, pues se pretende determinar la falta de proporcionalidad de las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en ejercicio de su potestad coactiva. La trascendencia de la misma está dada justamente por la importancia del tema tratado.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos y materiales utilizados para el análisis y desarrollo de la Tesina son pertinentes para el efecto y se observa que han sido adecuadamente utilizados por el estudiante, aunque hubiese sido conveniente contar con un mayor análisis de doctrina que logre dar una mayor fundamentación a los argumentos presentados en el desarrollo de trabajo de titulación.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La argumentación que contiene la Tesina es buena, pues logra cubrir las ideas fundamentales necesarias para dar solución a la hipótesis planteada. Inicia con un análisis general de los principales conceptos alrededor a las infracciones y sus sanciones. Luego en un segundo capítulo realiza un análisis pertinente de la existencia de las sanciones administrativas y penales y la posibilidad de su duplicidad. Posteriormente se realiza ya un análisis del alcance de las sanciones al patrono con respecto a aquellas sanciones que puede imponer el IESS, buscando argumentar la desproporcionalidad que se produce en las mismas.

Finalmente se emiten varias conclusiones que resultan adecuadas, tomando en cuenta todo lo mencionado a lo largo de la tesis.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

La alumna cumplió a cabalidad con las tareas encomendadas para llevar a cabo de manera adecuada la investigación.



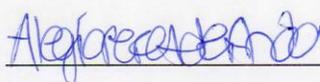
Marco Antonio Morales Andrade

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:



Nombre:

Alejandra Francisca Pérez de Anda Valdez

Código de estudiante:

000127527

C. I.:

171249122-2

Lugar, Fecha

Quito, 22 de diciembre de 2016

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es analizar cómo las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en ejercicio de su potestad coactiva, atentan al principio de proporcionalidad en casos en que los patronos, por razones ajenas a su voluntad, incurrieren en morosidad para con el IESS. Por consiguiente, el análisis partirá sobre el principio de proporcionalidad para entenderlo como una limitación al poder del Estado, así también como para generar seguridad en el sistema jurídico. Tomando en cuenta este principio y su aplicabilidad dentro del plano sancionador del Estado frente al administrado, se analizará la proporcionalidad de dichas sanciones en ejercicio de su potestad coactiva de conformidad con las potestades atribuidas en la Constitución ecuatoriana.

A pesar de que la legislación ecuatoriana recoge los procedimientos sancionadores en materia con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y las facultades de sus autoridades, no existe un profundo análisis sobre su aplicabilidad o funcionamiento en base a lo que ordena y precautela la Constitución ecuatoriana. Adicionalmente, para alcanzar la intervención necesaria por parte del Estado, el principio de proporcionalidad, servirá para ejercer efectivamente los derechos de libertad y para limitar al poder y restringir sus abusos, de esta manera se obtendría sanciones proporcionales en relación con la acción u omisión final.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze if certain sanctions imposed by the Ecuadorian Social Security (IESS), in light of the power granted to them by the laws, respect the proportionality principle stated in the Constitution especially when the person who committed the fault is not directly responsible. Therefore, the analysis will begin by defining and understanding the proportionality principle under the Constitution and how it is a limit to the power of the government and a guarantee for the citizens which brings legal certainty to the system. The Social Security punitive power and its application in certain sanctions will be analyzed with the proportionality principle to determine its constitutionality.

Although certain administrative rules and laws grants authorities to the Social Security to sanction illegal conducts, a deeper analysis is necessary in regard to Constitutional rules to understand if the citizen rights have been respected. Furthermore, an analysis on the proportionality principle demonstrate the measure of involvement of the government with the citizens' rights and if this intrusion interfere with their liberty rights and represent and abuse on the government's powers. If the sanctions impose would be proportional to the infraction, this means that the liberty rights are being protected, the government is not abusing of its powers and the Constitution is limiting the sanctioning powers of the Social Security.

ÍNDICE

Introducción	8
Capítulo I. CONCEPTOS GENERALES	10
a) Configuración del tipo sancionatorio administrativo	10
b) Diferencias entre poder punitivo administrativo y poder penal	12
c) Garantías constitucionales	20
d) Derechos de libertad	27
Capítulo II. APLICACIÓN CONCURRENTE DE SANCIONES EN MATERIA ADMINISTRATIVO- PENAL	29
a) Principio de Proporcionalidad	29
b) Debido Proceso	32
c) Motivación	34
d) Potestad discrecional del funcionario público al momento de imponer sanciones	35
e) Análisis del artículo 66 numeral 29, sobre derechos de libertad y el Reglamento General de Responsabilidad Patronal	38
Capítulo III. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL PATRONO	42
a) Elementos constitutivos de acción y omisión	42
b) Consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío de las obligaciones patronales	51
c) Mecanismos de cumplimiento para sanear la mora patronal	56
d) Método Coactivo	60
VI. CONCLUSIONES	63
V. BIBLIOGRAFÍA	68

INTRODUCCIÓN

La creación de la Seguridad Social es una respuesta de los Estados a una necesidad de quienes históricamente han estado en condiciones de poder desiguales. El Ecuador ha generado normativa relativa a la Seguridad Social que tiende a la protección de los afiliados justamente por entenderse que son un grupo vulnerable y que el Estado necesita velar por sus derechos. Los problemas de carácter jurídico se suscitan cuando esa protección es desmedida y afecta los derechos de otros grupos como los empleadores. ¿Hasta qué punto la protección de los derechos de los afiliados por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), faculta al Estado a violar derechos de otras personas? Es ese desequilibrio que el derecho a través de sus principios y garantías constitucionales puede restablecer. Este trabajo analizará desde lo académico, cómo los principios jurídicos universales y las garantías Constitucionales deben limitar la actuación del Estado cuando, a pesar de ser normas motivadas con fines sociales, terminan lesionando derechos de otros administrados.

En concreto, este trabajo analizará cómo las sanciones impuestas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en ejercicio de su potestad coactiva, atentan al principio de proporcionalidad en casos en los que los patronos, por razones ajenas a su voluntad, incurrieren en morosidad para con el IESS. Es necesario un análisis del principio de proporcionalidad para entenderlo como limitación al poder del Estado así también como para generar seguridad en el sistema jurídico. Este principio es conocido como *“límite de límites”*¹ de los derechos fundamentales y debe ser analizado desde el momento de legislar como al momento de sancionar. La aplicación del principio de proporcionalidad, tiene como finalidad el regular, para establecer y aplicar cualquier medida restrictiva de los derechos y las libertades de los ciudadanos, para alcanzar la intervención necesaria por parte del Estado. El principio de proporcionalidad es fundamental para poder ejercer efectivamente los derechos de libertad. Este principio está conectado con la actividad que realizan los poderes públicos y que sirve para limitar al poder y restringir sus abusos.

El análisis de la proporcionalidad en las sanciones administrativas del IESS revisará la desmesurada y desmedida aplicación de sanciones provenientes de un procedimiento causal

¹ Ivonne Yenissey Rojas. *La Proporcionalidad En Las Penas*. http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/lter%20Criminis%20Documentos/lter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf (acceso: 28/5/2016).

como de las acciones y/u omisiones del obligado legalmente al pago de aportes patronales. También será necesario analizar las garantías básicas que menciona la Constitución, como la vulneración al debido proceso en los procedimientos administrativos, en los cuales se determinan derechos y obligaciones de carácter constitucional y otros conceptos jurídicos (como los conceptos de sanción, acción y omisión). El objetivo del presente trabajo es analizar bajo una óptica jurídica académica, la aplicación de sanciones administrativas y del por qué son desproporcionadas por desmesuradas. Si bien existe incumplimiento de una obligación, la rigurosidad e imposición de sanciones económicas elevadas proviene de un sobre proteccionismo del legislador a evitar una vulneración al derecho al trabajo y la seguridad social, como son el poder acceder a prestaciones sociales y económicas que brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Sin embargo, la ley deja un vacío cuando estas prestaciones no pueden efectivizarse y no precisamente por falta de voluntad o acción del empleador. Es justamente por este motivo que considero importante que cada caso sea revisado y analizado particularmente, motivado detalladamente a fin de evitar dilaciones constitucionales, desproporcionadas, injustas e ilegales para los administrados.

Es importante examinar detalladamente la realidad de los hechos –caso por caso– verificando los elementos de la voluntad del sujeto activo. La proporcionalidad al momento de determinar una sanción de carácter administrativa y que puede llegar a ser penal, es un principio constitucional de suma importancia que los funcionarios públicos encargados y responsables de aplicarlos deben hacerlo en estricto apego a los derechos de los ciudadanos. El artículo 76 numeral 6 de la Constitución², tipifica que las sanciones deberán ser imputadas bajo la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones administrativas, penales o de otra naturaleza. Muchas veces el IESS, investido por la Ley con jurisdicción coactiva, ha abusado de la misma y ha aplicado sanciones inmotivadas –sin sustento alguno– y totalmente desproporcionadas a la realidad de los hechos. En el Ecuador la Constitución del 2008 precautela ciertos derechos de todos los ciudadanos, por ejemplo el artículo 66 de la Constitución, numeral 29, reconoce como derechos de libertad, el que “**ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.**” (El resaltado me pertenece). Las sanciones impuestas por el IESS en ejercicio de su potestad coactiva, en la práctica son desproporcionadas de conformidad con lo que precautela la Constitución del 2008, ya que al vivir dentro de un Estado de derechos, todos

² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

los ecuatorianos nos encontramos amparados por garantías que limitan el poder del Estado. El artículo 76, numeral 7, literal I), contempla que todas las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, y que en caso de no encontrarse en apego a normas, principios jurídicos fundados sobre los antecedentes de hecho, serán considerados nulos y los funcionarios responsables serán sancionados.

El primer capítulo de este trabajo analizará los conceptos generales que inician con la configuración del tipo sancionatorio y a su vez las diferencias del poder punitivo administrativo con el poder penal. De esta manera se revisarán las garantías constitucionales que van de la mano del procedimiento sancionatorio y los derechos de libertad de los administrados. El segundo capítulo se enfocará en la aplicación concurrente de sanciones dentro del campo administrativo- penal, lo que conllevará al analizar los principios de proporcionalidad de las sanciones, derecho al debido proceso y obligación de la administración de motivar sus actos; esto como límites al poder y derechos de los administrados. Por último, el tercer capítulo realizará un análisis jurídico del poder sancionador y cómo éste puede afectar a los derechos de los administrados y generar sanciones desproporcionadas.

Finalmente la pena debe ser impuesta en concordancia con la conducta final del sujeto que incumplió con la norma, garantizando así los derechos de libertad ciudadanos. La pena debe tener un significado rehabilitador, no punitivo. El juez debe verificar y determinar el valor al bien jurídico protegido que ha sido afectado, en relación con la acción u omisión final. La sumatoria de estos factores que en detalle se analizarán, conlleva a la necesidad de comprender con claridad cuáles son las limitaciones del poder y los derechos que tienen los ciudadanos contra el poder.

Capítulo I. CONCEPTOS GENERALES

a) CONFIGURACIÓN DEL TIPO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO

Desde el inicio y creación de los Estados, estos fueron concebidos con una potestad punitiva que estaría en manos de la administración pública para sancionar a los ciudadanos que cometan actos contrarios al marco legal. “Por sanción entendemos un mal infringido por la Administración

a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal.”³ Este poder está manifestado en un poder sancionador judicial pero también en un poder de carácter administrativo, como se analizará más adelante. El poder sancionatorio administrativo, con base en el principio de legalidad, es una potestad que emana de la Constitución y que las leyes han delegado ciertas potestades al poder judicial y otras a otros órganos administrativos. En los sistemas jurídicos contemporáneos, es cada vez más común, que las legislaciones deleguen mayores potestades sancionatorias a instituciones administrativas, quitando así ciertas competencias que tradicionalmente las habría manejado el poder judicial a través de la justicia penal. Es así que la creación de órganos de “Administración Independientes” o la despenalización de ciertos delitos de bagatela, pueden ser ventilados por la propia administración.⁴ Es aquel poder sancionatorio sumamente importante que cada vez va ganando terreno en nuestro sistema jurídico, por lo que genera la responsabilidad académica de ser estudiada y analizada.

En el caso del poder sancionador administrativo, este ha sido sujeto de manipulaciones de carácter político al ser un poder coercitivo que la administración tiene frente a los ciudadanos y que si es mal utilizado, puede ser un arma disuasiva y represiva de los gobernantes de turno. El tratadista García de Enterría trata sobre el mal uso o falta de comprensión de esta potestad en ciertos momentos históricos: “...la Dictadura, la II República y el franquismo después, desarrollaron ampliamente esta potestad sancionatoria en los órganos centrales, haciendo incluso de la misma un medio normal de lucha contra la oposición política, o al menos contra cierta oposición política, aunque hoy pueda parecer sorprendente.”⁵ La arbitrariedad del Estado en el uso de su potestad sancionadora y punitiva es innegable; la misma se puede asimilar a un arma que tienen los gobiernos autoritarios a fin de doblegar a todo quien amenace con desestabilizar su régimen.

A pesar de esta realidad y de los riesgos que acarrea otorgar al Estado una potestad punitiva, ésta es sumamente necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad, pero es un poder que el Estado en su conjunto debe manejarlo con responsabilidad y apego a la legalidad que impondrá límites a ese uso del poder. El poder punitivo del Estado es una herramienta que éste tiene para coaccionar a los ciudadanos a cumplir con la normativa. Sin este poder, el Estado

³ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, p.169.

⁴ *Id.*, p 172.

⁵ *Id.*, p 171.

no tendría la capacidad de ejecutar el marco normativo y se convertiría en un ente blando sin poder ejecutivo. Dicha potestad cuenta con una limitación: el principio de legalidad, a fin de que las actuaciones que la administración realice en uso de su facultad sancionadora, sean apegadas a la normativa. Este principio es definido en latín como “*nullum crimen, nulla poena sin lege*” y “*nulla poena sine legale iudicium*”, la misma que se traduce en que no existe delito sin que previamente se haya tipificado la conducta y la Ley la califique como una sanción al delito cometido. El autor Roberto Dromi distingue tres tipos de limitaciones a este poder: “puesto que la regulación a la libertad individual, aquella está sujeta a los “límites–garantías” (razonabilidad, intimidad y legalidad) de relevancia normativa, en cuanto al alcance y extensión del poder estatal para reglamentar los derechos individuales.”⁶ La razonabilidad como medida de prudencia en cuanto a las consecuencias sociales y a fin de evitar actos arbitrarios; la intimidad entendida como una limitación impuesta por un derecho de libertad fundamental, y la legalidad como la habíamos analizado anteriormente, como un límite a los administrados que les genera seguridad de las reglas y consecuencias, y al Estado brinda una demarcación de sus posibles actuaciones.⁷ La finalidad del legislador es asegurar y precautelar la intervención oportuna y eficaz de la Administración Pública a través de sus órganos, para resolver cualquier riesgo o problema que enfrenten los administrados, así como controlar y fiscalizar los excesos de poder. El Poder Judicial tiene la responsabilidad de dirimir aquellos conflictos entre la administración y los administrados, para finalmente determinar si en un acto administrativo ha existido exceso o arbitrariedad de la facultad sancionadora del Estado. El Ejecutivo tiene la responsabilidad de expedir sanciones necesarias, legítimas y apegadas a la legalidad con el fin de ejecutar el mandato que se le ha encomendado.

b) DIFERENCIAS ENTRE PODER PUNITIVO ADMINISTRATIVO Y PODER PENAL

Debido a sus características y a su origen, la Constitución y la voluntad de las personas, el poder punitivo del Estado y el ejercicio de la potestad penal están relacionados. Es la voluntad del legislador el delegar mayor o menor potestad sancionadora al poder judicial y en otras ocasiones al poder administrativo.

Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal

⁶ José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, pp. 683-684.

⁷ *Ibíd.*

explican las opciones varias, y a menudo contradictorias del legislador en favor de una u otra de esas vías represivas.⁸

Es así que es posible verificar que muchas veces los actos emanados de la administración se enfrentan con los delitos de carácter penal ya que el legislador así lo ha decidido. Sin embargo es posible distinguir ciertos elementos entre las sanciones administrativas y las sanciones de orden penal. El análisis consiste en tres elementos que pueden diferenciar las sanciones de carácter administrativo y penal; “a) el órgano que la aplica, en este caso la administración del Estado; b) la minusvaloración ético-social que se atribuye a estas conductas; c) la gravedad de la sanción, etc.”⁹ A pesar de que esta definición tiene elementos sumamente precisos, es posible que en algunas ocasiones sea tal la sobreposición de funciones que se puedan confundir, sobre todo con leyes que intentan de forma deliberada utilizar ambas potestades con el fin de elevar los niveles de coerción estatal.

El poder distinguir e identificar los elementos de las sanciones administrativas de las de índole penal, resultaba complejo; es así que el iusnaturalismo denominó el actuar de la Administración Pública como el “Derecho Penal de Policía”. El Derecho Penal de Policía, se desarrolló a partir del concepto de policía, ya que su evolución se fundamentó en la intervención de los funcionarios y órganos públicos con el objetivo de precautelar y prevenir la seguridad de la sociedad. “Las limitaciones a los derechos individuales, en razón del interés público, se denomina policía y poder de policía. Dentro de la función administrativa, se inserta una modalidad de obrar, de contenido prohibitivo y limitativo, llamado policía.”¹⁰ Dentro de un Estado absoluto, la historia demuestra que todos los temas relacionados con la labor policial se trataban de forma independiente del orden jurídico; esto creó un gran espacio de libertad y discrecionalidad en el actuar de la administración, ya que las resoluciones impuestas a los administrados eran inapelables. Este elemento es incompatible con la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, luego el derecho de policía fue incorporado a un procedimiento similar del derecho penal, para establecer las acciones punibles a los ciudadanos. El procedimiento más conocido hoy en día como contravenciones, se creó de manera similar al derecho penal, específicamente en lo

⁸ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p.173.

⁹ Eduardo Cordero Quinzacara. *El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 2012, vol.25, no.2 [citado 11 Junio 2015], p.133. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200006&Ing=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. (acceso: 27/10/2015).

¹⁰ José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, pp. 683-684.

referente a los delitos. El derecho penal de policía, sancionaba ciertas acciones que atacaban bienes jurídicos protegidos específicamente señalados por el legislativo como tales. La superación del derecho penal de policía se produjo sobre la semejanza que existía con el derecho penal propiamente, ya que se estableció para las contravenciones un proceso judicial común al de los delitos para la determinación de acciones punibles.

El derecho penal administrativo surgió como consecuencia de una mayor intervención por parte del Estado, el mismo que ocurrió a raíz de la revolución industrial y principalmente con el crecimiento de personas dentro de las ciudades. Este cambio y crecimiento social da paso a que el Estado se denomine como un Estado social que tiene como finalidad buscar el bienestar de la comunidad.

El poder de policía es parte de la función legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales.¹¹

Realizar la distinción de los deberes de la libertad de un individuo y los deberes que nacen de la Administración, conllevan el sentimiento de pertenencia a una sociedad y el deber de proteger el buen orden dentro del Estado. Es importante aclarar que dentro de la protección a los derechos de libertad de cada individuo, la finalidad es la protección individual de cada administrado, mientras que los deberes que nacen de la Administración conllevan a la protección de la colectividad y al Estado propiamente de las actuaciones de los ciudadanos. Dicha diferenciación ayudará a determinar las infracciones penales de las administrativas, esto es en las consecuencias jurídicas que derivan de cada una como la diferenciación principal entre justicia y administración.

Dentro del análisis de los delitos, el elemento esencial es la antijuricidad. La antijuricidad es la afectación de bienes jurídicos protegidos por Ley. Antijuricidad se define claramente de la siguiente forma; "Toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del Derecho. En orden menor, lo contrario al Derecho Positivo. Específicamente, elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal contra el garantizado por el Derecho."¹² Por otro lado las infracciones administrativas suponen el no

¹¹ *Id.*, p 654.

¹² Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. I*, Ed. Heliasta, Buenos Aires: 1.986, p. 310.

cumplimiento con lo determinado por la administración, y que a su vez afecta directa o indirectamente el bienestar público. Muchas veces puede ocurrir que una infracción administrativa se convierta posteriormente en un delito, a consecuencia de lo que se encuentre tipificado en la normativa que podría determinar la protección de un bien jurídico público con la finalidad de precautelar el orden público.

Los elementos formales de la pena administrativa que forman parte de la actividad administrativa, son otro elemento de diferenciación. El Estado a través de un acto administrativo, se manifiesta y aplica directamente hacia los administrados las sanciones administrativas. Esto se diferencia del ámbito judicial en que dentro del mismo solo podrá aplicar la sanción el juez, a través de sentencia. Se debe verificar los siguientes elementos externos de las infracciones administrativas: el legislador a través de su potestad, tipifica y configura los actos y conductas ilícitas y a su vez establece una sanción y competencia a la administración. Todos los actos y conductas que fueron entregados por el legislador a la Administración, se encuentran sujetos a un procedimiento administrativo propio del derecho administrativo y posteriormente a un posible procedimiento judicial; la Administración debe cumplir con un procedimiento administrativo previo y que en su desarrollo deberá cumplir con cada etapa del mismo; finalmente, la Administración determinará la infracción y responsabilidad del administrado, la misma que deberá ser correlativa con la sanción que establezca a través de un acto administrativo.

La sanción administrativa en definitiva se comprende como una expresión de una valoración ética social de actos y conductas, mediante la cual se realiza una distinción con los delitos del ámbito penal judicial. La configuración del tipo sancionatorio administrativo, podrá ser diferenciado cuando el legislador haya determinado claramente las diferencias de las conductas, que se clasificarían en meras contravenciones y en delitos, lo que podría traer como consecuencia la determinación de conductas de forma amplia y discrecional. Esta facultad podría también ser peligrosa dentro de un Estado de derechos, ya que dependería de la política de turno y sus preceptos, el llevar al legislativo y aprobar proyectos de ley que determinen conductas sancionatorias administrativas como penales judiciales. Esto podría tener como consecuencia que las garantías que tiene toda persona frente a la administración, sean limitadas y hasta en ciertos casos inexistentes. Sin embargo, muchas veces dentro de la norma, es posible distinguir ciertos elementos que caracterizan a los delitos de las infracciones administrativas, una de éstas es la gravedad de la sanción, y la posibilidad de imponer mayores restricciones a las personas jurídicas y de los "actos" que de ella emanan, a través de las personas naturales que laboran en ella. El profesor García de Enterría reconoce que en muchas ocasiones, incluso en muchas

constituciones, la delegación de potestades sancionatorias administrativas se las hace "...en virtud de razones puramente cuantitativas (por ejemplo, el delito fiscal respecto de la infracción administrativa del mismo carácter)..."¹³ Otra caracterización es la valoración ética social de los injustos administrativos, que resulta ser menor que la determinada para los delitos. Surge otro problema cuando el legislador conceptualiza de forma equivocada a los delitos como penas y a las infracciones como sanciones administrativas, sin analizar detenidamente la diferencia entre cada una para determinar un correcto procedimiento, ya sea en el ámbito administrativo o dentro del judicial. Es importante que el legislador conozca y tenga claro los principios y las garantías que amparan a toda persona dentro de un procedimiento frente a la administración pública o frente al órgano judicial competente. El legislador determinará, por la gravedad de la conducta, si la sanción es correlativa y la competencia que deberá resolver sobre la misma.

Desde el punto de vista constitucional, la explicación de dos manifestaciones del poder punitivo del Estado, se encuentra en la función y los límites que tiene el legislador para determinar la configuración de actos ilícitos, y además establecer las garantías que amparan a todos los administrados frente al ejercicio del *ius puniendi estatal*. Las sanciones administrativas nacieron como una necesidad impuesta por una sociedad compleja y constantemente cambiante a las nuevas necesidades y mecanismos en el tiempo. No es posible que el legislador permita que se sancione a una persona por un mismo hecho por parte de la Administración y a su vez de manera judicial. El legislador debe analizar y aplicar el principio de culpabilidad respetando las garantías establecidas en la Constitución, como es la presunción de inocencia, y a su vez cualquier sanción impuesta por la Administración deberá permitir su revisión en el ámbito judicial. De esta manera el legislador podrá apreciar y diferenciar la pena de la sanción administrativa, valorando la gravedad ética y social de la conducta realizada, para finalmente determinar la sanción que se aplicará al administrado.

Para que las penas como las sanciones administrativas puedan ser resueltas de manera justa, -es decir que la sanción sea recíproca con el comportamiento- el Estado debe implementar mecanismos de protección a las garantías que prevé la Constitución, frente al ejercicio del poder punitivo que tiene el Estado a través de la Administración. En definitiva, no es clara la diferencia al momento de identificar una identidad ontológica entre las sanciones administrativas y las penas, lo que limita al legislador para determinar los límites cualitativos en su configuración. Es

¹³ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p.173.

importante considerar que mientras el Estado respete las garantías mínimas que tiene toda persona, el procedimiento administrativo estaría siendo cumplido adecuadamente. El legislador debe establecer límites que diferencien a la potestad punitiva de la administración, de la potestad punitiva penal, ya que no cabría que el administrado se vea obligado a soportar una doble sanción frente a dos instancias independientes. Los ilícitos de manera general, son creados y establecidos a través del legislador. Dado que el Administrador estará haciendo uso del *ius puniendi* delegado por el legislador, resulta necesario seguir con los mismos principios y limitaciones que tiene la imposición de sanciones penales.

El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse tanto por la vía judicial como por la vía penal...la conducta sancionable no puede ser cualquiera, obviamente, sino que ha de ser una perfectamente tipificada al menos para que los ciudadanos puedan conocer con alguna seguridad el ámbito de lo ilícito y de lo sancionable.¹⁴

En la realidad no existe el ilícito, este concepto es creado a través de una norma; es así que de acuerdo con el principio de legalidad, no existe ilícito que no se encuentre tipificado dentro de una ley. Es responsabilidad y atribución única del legislador el normar el régimen jurídico que corresponde a cada conducta.

El derecho administrativo sancionador se caracteriza por ser autónomo e independiente del derecho penal. Sin embargo, dentro del derecho positivo, resulta complejo determinar una separación absoluta entre el derecho administrativo y el derecho penal, como por ejemplo, existen ciertos temas tributarios que inician y se desarrollan en el ámbito administrativo, pero dentro de un estado de derechos -como lo es el Ecuador-, puede tornarse automáticamente en un tema de materia penal. Existen diferencias que pueden ayudar a distinguir las sanciones administrativas y las sanciones penales, aunque en la práctica resulte complicado determinar con claridad donde termina la sanción penal de la administrativa. La primera, es la que determina propiamente la norma; así también se encuentran las que inician con una sanción dentro de un procedimiento en sede administrativa. De esta manera queda claro que el legislador crea y determina las conductas de índole penal y administrativo. Sin embargo, le corresponde -de acuerdo con el principio de legalidad- únicamente a los jueces determinar el proceso judicial y calificar a la conducta delictiva como tal y finalmente imponer la pena al caso concreto. Siendo esta una evolución del procedimiento administrativo sancionador, que fue promovido en 1956 en España donde antes los actos sancionatorios eran calificados como políticos, “los actos

¹⁴ *Ibíd.*

administrativos sancionatorios se calificaban de actos políticos o discrecionales y se excluían, por lo tanto, del control contencioso.”¹⁵ La finalidad de toda pena es represiva, a consecuencia de una actuación contraria a derecho, que desencadena en sanciones por comisión de delitos y en infracciones administrativas. La línea entre una pena de carácter penal o administrativa resulta tenue, ya que siempre una sanción podrá ser recurrida ante un juez. Desmenuzando los elementos sustanciales entre una sanción en el ámbito penal y una sanción administrativa, se resume en toda reacción represiva emanada por el Estado frente a un acto ilícito.

No obstante, el legislador ha establecido límites y especificaciones a los cuales debe regirse en irrestricto respeto al principio de proporcionalidad, cuando tipifica una conducta determinada dentro del ilícito administrativo o derecho penal. En principio el legislador, el juez o el administrador -al momento de determinar una sanción- deberá siempre aplicar el principio de proporcionalidad, en consideración a la limitación que se pretende imponer frente a un derecho fundamental: “Debe existir proporcionalidad entre los males a evitar y los medios a emplear para prevenirlos.”¹⁶ Igualmente deberá verificar si la finalidad constitucional que busca el legislador precautelar, es válido. El objetivo es analizar si la justificación por parte del legislador, al momento de limitar un derecho fundamental a los administrados, se justifica al ser la más conveniente y necesaria para cumplir su objetivo constitucional. “La limitación básica al poder de policía consiste en que éste no debe contrariar en su ejercicio, norma o principio constitucional alguno.”¹⁷ De esta manera, únicamente el legislador puede determinar las limitaciones que conllevan a imponer una menor carga sobre los derechos fundamentales, a través de actos que en última instancia no sean irrazonables ni arbitrarios, ya que están apegados a la ley, la Constitución y a los derechos allí consagrados.¹⁸

Una vez determinadas por el legislador las conductas ilícitas administrativas, es importante comprender que las penas privativas de libertad, únicamente las puede ordenar y aplicar las autoridades judiciales. Las autoridades administrativas, pueden sugerir y contribuir motivadamente a las instancias jurisdiccionales, para que estas sean las que determinen -a través de los hechos revisados de la actuación administrativa- si se justifica o no, la privación de

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Miguel S. Marienhoff. *Tratado De Derecho Administrativo*. Tomo. 4. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p.699.

¹⁷ *Id.*, p 688.

¹⁸ *Ibíd.*

libertad de un administrado.

Asimismo, el legislador ha delimitado que no es jurídicamente posible que una sanción administrativa pueda ser convertida a través de la vía sustitutiva, en una pena con privación de libertad. Es así que toda sanción impuesta por autoridad administrativa se impone sin intervención judicial, cuando no implique una pena privativa de libertad. Esto demuestra una clara diferencia con las sanciones penales. Desde la perspectiva constitucional, no está limitado a los jueces el poder aplicar penas, ya que dentro de las autoridades administrativas también compete a los funcionarios públicos aplicar sanciones a los administrados que incumplan con la normativa de su competencia. Queda claro que las penas privativas de la libertad corresponden a los tribunales de justicia conocerlas y aplicarlas. Únicamente el legislador determina si las conductas ilícitas deben ser sancionadas dentro de la propia vía administrativa, o si fueren consideradas de mayor envergadura, le correspondería conocer y aplicar las sanciones del caso, dentro de la vía penal. Los principios y mandatos constitucionales, atribuyen de manera exclusiva el conocimiento y resolución de este tipo de controversias a los tribunales de justicia. No obstante, es necesario que el Estado adopte las medidas represivas al caso frente a los particulares que obligatoriamente requieren una restricción a los derechos fundamentales. Finalmente este análisis se dificulta en la actualidad por parte de las autoridades administrativas como de los jueces, ya que las potestades punitivas de la administración han incrementado su alcance a consecuencia de los cambios sociales y legislativos que se han generado de forma acelerada. Estos cambios no han dejado de enfrentarse a los principios constitucionales, sobre si estas medidas responden a elementos racionales y no arbitrarios de los legisladores, que siempre deberían estar en concordancia con la Constitución.

Dentro del análisis realizado, las teorías iusnaturalistas en el periodo del Estado de Policía hasta la actualidad, sostiene que no existe diferencia de las sanciones administrativas y las sanciones de índole penal. Cualesquiera de las sanciones descritas, son mecanismos a través de los cuales el Estado protege y resguarda ciertos valores y bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Las sanciones como las penas son instrumentos represivos, contemplados por el legislador, puestos a disposición del Estado para cumplir estrictamente con su función constitucional y al servicio de los administrados, precautelando el bien común. En la práctica, las autoridades administrativas como los jueces para ejercer estas acciones, únicamente lo podrían hacer por medio de la ley. “La limitación básica al poder de policía consiste en que este no debe

contrariar, en su ejercicio, normas o principios constitucionales algunos.”¹⁹ Es aquí donde debe verificarse un principio fundamental para su correcto desenvolvimiento, el principio de legalidad. Este principio es el más importante que da validez a las actuaciones del poder público como al de las personas que lo ejercen. El principio de legalidad es un importante elemento común e ineludible para determinar los ilícitos y las penas. Consecuentemente, cabe determinar quién será competente para reprochar la conducta ilícita y señalar si las sanciones o penas deben aplicar las autoridades judiciales o las administrativas.

Finalmente, es imposible afirmar que existen delitos e infracciones administrativas inherentes y distintas de cada una, ya que su contenido u objeto podría ser el mismo pero que se desarrollará en campos diferentes, como es el judicial y administrativo. Tanto las sanciones como las infracciones administrativas son manifestaciones del poder público (*ius puniendi*), que utiliza el Estado para reprimir ciertas conductas, las mismas que deben sujetarse a ciertos parámetros constitucionales, dentro de los cuales el elemento esencial es el principio de proporcionalidad.

c) GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Las garantías constitucionales son instrumentos jurídicos que tienen la finalidad de proteger, reparar, y cuando sea posible, evitar la vulneración de derechos que se encuentran protegidos en la Constitución. El artículo 84²⁰ de la Constitución determina la obligación de adecuar las normas inferiores a los derechos constitucionales y las garantías del Estado de respetar este principio. Estas garantías tienen la finalidad no solo de limitar el uso de poder sino también de otorgar libertades a los administrados y que la restricción de estas libertades sea únicamente de manera excepcional. Es de estos principios que nace uno de los más importantes axiomas del derecho administrativo: el Estado únicamente puede hacer lo que está expresamente permitido en las leyes, mientras que el privado tiene libertad para actuar siempre que no esté prohibido. Estos principios administrativos son inherentes a cualquier procedimiento, y están consagrados como fuente de derecho. Igualmente constituye una garantía normativa el deber de respetar a los derechos contemplados dentro de las leyes y Constitución. Otro elemento que conforma las garantías constitucionales es la rigidez e inalterabilidad constitucional, la misma

¹⁹ *Id.*, p 968.

²⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 84. Registro Oficial No. .449 de 20 de octubre de 2008.

que debe considerarse dentro de cualquier procedimiento al momento que el funcionario público se pronuncie formalmente. En cuanto a la reparación de derechos que presuntamente hayan sido vulnerados por parte del Estado, es la obligación reparatoria que tiene la Administración frente al administrado cuando el caso lo amerite. Por lo tanto, con el objetivo de proteger las actuaciones de la Administración y limitar su poder, es necesario que todos los órganos con potestad normativa se enmarquen a los derechos contenidos en la Carta Magna y a los tratados internacionales que sean más favorables en temas de derechos humanos.

Cuando hablamos de sanción es importante comprenderlo desde un sentido amplio; es decir, hay que comprenderlo como la facultad y uso del derecho a sancionar “*ius puniendi*” que tiene al Estado frente a los administrados cuando se ha infringido una ley. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es jurídicamente viable que la sanción como tal, sea impuesta por el poder judicial como por el poder ejecutivo, esto a diferencia de otros sistemas que facultan únicamente al poder judicial la imposición de sanciones penales como de las infracciones administrativas de acuerdo a las diferencias y límites expuestas en la sección anterior. La doctrina ha demostrado viabilidad y coexistencia del poder punitivo judicial con la potestad sancionadora de la Administración, puesto que las características importantes (como la finalidad de las sanciones administrativas que no podían ser recurridas), se han extinguido con el tiempo en las legislaciones y en la jurisprudencia. “...la peculiaridad originaria de las sanciones originarias ha concluido para conducir a una virtual identificación de su régimen con el resto de sanciones administrativas.”²¹ La Constitución asigna claramente al poder judicial la posibilidad de ordenar penas privativas de libertad y únicamente procede a través de orden escrita por juez competente en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.²²

Adicionalmente la Constitución atribuye a las penas privativas de libertad la finalidad de “rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad” y a las sanciones administrativas una función más represiva y pragmática.”²³ Este tipo

²¹ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo*. Óp. cit., p 177.

²² **Art. 77.**- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y **para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.**²² (el subrayado y énfasis me pertenecen)

²³ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo*. Óp. cit., p 173.

de penas aplicadas por juez competente, lo que busca es la reinserción social de la persona en la sociedad una vez cumplida la pena impuesta, así lo establece el artículo 201 de la Constitución.²⁴ Mientras que en la infracción de carácter judicial un Juez efectivamente podría revisar y ratificar o desechar la sanción, sin embargo esa sanción es ejecutable sin necesidad de pronunciamiento judicial. Esto refleja una clara diferencia entre las infracciones administrativas de las sanciones penales, ya que las sanciones administrativas tienen como objetivo final restablecer el orden jurídico vulnerado. Adicionalmente, la doctrina ha demostrado que las consecuencias jurídicas de las sanciones administrativas, de las de índole judicial, son diferentes para el administrado. No obstante no es posible diferenciar con claridad absoluta entre los ilícitos penales de los ilícitos administrativos. Es aquí cuando es imprescindible el pronunciamiento del legislador al momento de tipificar los bienes jurídicos a proteger y así distinguir cuáles son las reglas, las jurisdicciones y las personas que tendrán competencia para sancionar a los administrados.

Todas las fuentes de derecho, han reconocido y adoptado ciertos principios de derecho universal que son requisitos indispensables para que el Estado pueda ejercer su facultad sancionadora. Tanto las garantías constitucionales, como límite de poder y como estructura del Estado, han sido concebidas para que los administrados estén protegidos del poder sancionador. Son estas garantías constitucionales que en última instancia generan las protecciones propias que por su especialidad se requieren a los actos sancionadores administrativos que, como hemos observado, en muchas ocasiones requieren de una atención especial y diferenciada de las sanciones penales.

Principio de legalidad

Debido a la división de poderes del Estado, cada poder tiene sus competencias y poderes sancionatorios que están enmarcados en la ley. Por esta razón, el análisis más importante al momento de imponer o recurrir de una sanción, es determinar si dicho uso de *ius punendi* fue dado en el marco de la ley. “La Administración se pronuncia en su relación jurídica con el administrado en ejercicio de una atribución reglada o discrecional a través de una de las formas jurídicamente autorizadas[...]²⁵ Es decir, si se cumplió con el principio de legalidad y existía una

²⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 201. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵ José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Óp. cit., p. 505.

ley que otorgaba el derecho sancionador a un poder estatal y si este fue ejecutado conforme a los límites establecidos en la ley y en la Constitución.

El principio de legalidad es el más importante principio que debe considerar las autoridades administrativas como el poder judicial al momento de aplicar sanciones a los administrados. La administración no podrá aplicar sanciones a los administrados si las mismas no se encuentran contempladas y facultadas por Ley. De esta manera la potestad sancionadora de la Administración Pública solo puede atribuirse por Ley, en consecuencia, a falta de norma no podrá la Administración ejercer dicha potestad sancionatoria. El legislador deberá tipificar la potestad sancionadora en ciertas actividades que ejerce dicha administración, y a su vez deberá encontrar en la misma norma los elementos esenciales que faculden el ejercicio de la potestad sancionadora. La Constitución es clara y contempla dentro de las garantías básicas a los administrados, el no juzgamiento ni sanción de conductas que no se encuentren al momento contempladas dentro de una Ley, esto es el principio de legalidad tipificado en el artículo 76 de la Constitución.²⁶

De esta manera, no es legalmente viable aplicar una sanción a un comportamiento cometido previo a la tipificación de la conducta, con el objetivo de anular disposiciones reguladoras en materia y ante hechos que no eran ilícitos de conformidad con la Ley anterior, como se analizará a detalle más adelante (principio de irretroactividad).

El principio de legalidad no solo tiene que ser cumplido sustantivamente al momento de imponerse la sanción, sino también durante el procedimiento sancionatorio.

Una de las características fundamentales de los recursos administrativos y por lo tanto del procedimiento mismo, es que ellos son objetivos, en el sentido de que tienden no sólo a la protección del recurrente o a la determinación de sus derechos, sino también a “la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo;” por ello es que hay un cierto interés público en su sustanciación. ...se hace técnicamente necesario conferir la máxima oportunidad de defensa para asegurar la efectiva y correcta aplicación de aquello que en el régimen sea la “legalidad objetiva.”²⁷

²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁷ Agustín Gordillo, *Los Principios Generales Del Derecho En La Jurisprudencia Administrativa. Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción Al Derecho Administrativo Constitucional*, 2008, pp. 55-78. http://www.gordillo.com/cv/1_5.html. (Acceso: 27/10/2015).

De esta cita se entiende que el principio de legalidad también está atado al procedimiento sancionador y que si éste no cumple con un estándar de “máxima oportunidad de defensa” el Estado estaría incumpléndolo.

Principio de Tipicidad

El principio de tipicidad va de la mano con el principio de legalidad, ya que todas las conductas deberán ser tipificadas en la Ley para que puedan ser tomadas en consideración por la Administración al momento de atribuir consecuencias por el incumplimiento de la misma. La tipicidad es una función que el legislador ejercerá, y deberá considerar la conducta ilícita y la sanción aplicable al caso. El Estado se encuentra sometido al modelo constitucional de distribución de potestades públicas, el mismo que faculta que el *ius puniendi* sea ejercido también por autoridades administrativas, siempre y cuando estas no priven de libertad al administrado, caso contrario la competencia la abarcará el poder judicial. Las disposiciones reglamentarias que desarrolle la Administración, podrán especificar o regular las infracciones o sanciones previamente tipificadas, sin que esto implique tipificación de nuevas sanciones pero sí lo más claro para la propia administración como para el Administrado. Lo que queda terminantemente prohibido es la interpretación analógica por parte de la administración, o del poder judicial en materia sancionadora. Por lo tanto, es sumamente importante que el tipo sancionador se encuentre claro en la ley para así evitar cualquier otro tipo de interpretación que no sea su tenor literal.

Principio de irretroactividad

Este principio se encuentra atado al principio de legalidad como al principio de tipicidad. La Constitución de la República proscribe que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no se encontraba descrita en la Ley como una infracción penal, administrativa o de otra naturaleza ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la Ley. Sin embargo, en los casos donde exista conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes por un mismo hecho, el legislador instruye a través de la Ley que deberá aplicar la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción, ésto en respuesta a un principio de aplicación restrictiva de las normas que favorece a los administrados a fin de evitar mayores limitaciones a su libertad de las

necesarias.²⁸ La constitución igualmente indica que, en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se debe aplicar en el sentido más favorable al contraventor. La administración cuando ejerza su potestad sancionadora y restrinja derechos, está en la obligación de aplicar el principio *tempus regit actum*; ésto conlleva que los hechos juzgados deberán considerarse por la Administración, de acuerdo a la ley vigente en el momento de su vulneración. Este Principio es de orden constitucional, dada su importancia para mantener la seguridad jurídica en una sociedad. Tal es la importancia dentro de un Estado, que va de la mano con el principio de legalidad; el mismo se encuentra recogido por el Derecho Internacional en la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Agosto de 1789, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10 de diciembre de 1948, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966.

Principio de Culpabilidad

El principio de culpabilidad se encuentra enmarcado en la responsabilidad subjetiva que va de la mano con el derecho penal y con el derecho administrativo sancionador. Esto trae como consecuencia que sea válido el atribuirle responsabilidad directa a las personas jurídicas. La culpabilidad es analizada dentro del derecho administrativo como dolo y/o culpa; sin embargo ésto no deja de lado que también esté vinculado a la culpabilidad la omisión de una conducta y que sea contraria a lo que exige la Ley. El legislador ecuatoriano ha considerado en cuanto a las personas jurídicas, que todos los actos y/u omisiones ejecutadas por personas ajenas al representante legal, pero que por su función y cargo ejecuten actos contrarios a la Ley, serán responsables y culpables de forma solidaria. Finalmente, desde el punto de vista penal, la definición de culpabilidad que comparto es la del autor Hans Welzel, "Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual; lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual."²⁹ Dentro de la culpabilidad se encuentra la autonomía de la voluntad de todo individuo al momento de obrar con consciencia y voluntad de sus actos. La culpabilidad significa que el sujeto incumple con el deber de actuar conforme lo determina la Ley o contrario a la misma. Es un factor determinante al momento de establecer

²⁸ Miguel S. Marienhoff. *Tratado De Derecho Administrativo*. Tomo. 4. Óp. cit., p. 966.

²⁹ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal: Parte General. Vol. IV*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2008, p. 98.

una pena el principio de culpabilidad; esto, con la finalidad de identificar las circunstancias individuales en cada caso.

Principio *non bis in ídem*

En el Ecuador, este principio se encuentra sustentado dentro de la Constitución como una garantía básica al debido proceso al establecer la prohibición reiterativa punitiva a las personas naturales y jurídicas; así lo dispone el artículo 76, numeral 7, literal i) de la Constitución: “i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”³⁰ Esta prohibición contemplada a nivel constitucional, constituye un derecho y una garantía para todos los administrados frente al poder punitivo del Estado. La finalidad de esta garantía es prevenir y proteger los derechos humanos, ya que es legítimo que el Estado sancione todos los actos contrarios a la Ley. Es importante realizar dos distinciones desde el punto de vista formal y material al respecto del *non bis in ídem*. Desde el punto de vista material, está totalmente prohibido que la misma persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho y bajo la misma causa. Mientras desde el punto de vista formal, no es posible implementar dos procedimientos sancionatorios por el mismo hecho y causa. Para que esta garantía surta efectos, deberá cumplir con tres aspectos: debe existir exactitud de sujeto, objeto y causa. Adicionalmente es importante señalar que existe una “premacía a la jurisdicción penal sobre la administrativa en la aplicación del principio *non bis in ídem*.”³¹ Este principio obliga a que los órganos administrativos con potestad sancionadora como los tribunales penales, se vean obligados a no imponer una misma sanción al mismo sujeto por la comisión o ejecución de un hecho ilícito, y que dicha conducta ya haya sido sancionada previamente.

Dentro del procedimiento sancionador, se puede evidenciar una triple identidad objetiva. Primero debe identificar la identidad fáctica, que hace alusión a verificar los hechos ilícitos; segundo, la identidad subjetiva examina el sujeto infractor (que no podría ser el mismo), y finalmente, la identidad causal constatará el bien jurídico protegido con el fundamento punitivo. En cualquier procedimiento es importante que se cumpla la triple identidad ya que con el cumplimiento de solo una de ellas, no cabría la aplicación de esta garantía. Igualmente este principio precautela e incluye dos fases importantes al momento de iniciar el procedimiento en

³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

³¹ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p.172.

contra del sujeto, esto es, primero la no duplicidad de sanciones penales y administrativas siempre y cuando la autoridad competente verifique el cumplimiento de la triple identidad objetiva. La segunda fase verifica que se encuentre tipificado dentro de la Ley el procedimiento que se aplicará por la vía judicial penal y/o administrativa -cuando verse sobre los mismos hechos- la autoridad deberá dar paso al procedimiento punitivo indicado. Finalmente lo que busca este principio es regular las relaciones de la Administración con los sujetos; este principio no tiene como finalidad aplicarlo internamente por la Administración Pública frente al personal que labora dentro de cada órgano, y que por el contrario mantienen una relación contractual o laboral.

d) DERECHOS DE LIBERTAD

Es necesario entender el concepto básico del cual nacen las sanciones administrativas. “La actividad estatal es jurídica. En su quehacer se producen relaciones jurídicas y se manifiestan o exteriorizan a través de ciertas formas jurídicas.”³² Lo que se encuentra descrito en esta cita es un replanteo del concepto básico de la existencia de un contrato social entre el Estado y sus administrados. Este contrato fue otorgado en plena libertad de los administrados, sin embargo dicha libertad puede ser coartada. Como todo contrato, se generan derechos y obligaciones. El Estado tiene derecho a limitar ciertas libertades, y el administrado tiene la obligación de velar por el cumplimiento de ciertas garantías para prevenir la excesiva limitación de sus derechos de libertad. “Puede, al ejercerla, lesionar o afectar un derecho subjetivo, interés legítimo o interés simple, por lo cual en todos los casos se puede controlar la legitimidad y oportunidad del proceder administrativo estatal.”³³

En secciones anteriores ya se ha analizado diferentes garantías como la tipicidad, irretroactividad y legalidad. Con mayor detenimiento se analizará el principio de proporcionalidad más adelante en el trabajo y otras garantías serán expuestas en esta sección. Garantías que están contempladas a fin de evitar abusos de poder por parte del Estado con el único fin de resguardar libertades. Siempre que el Estado se exceda en el uso de su potestad sancionadora, si bien será un bien jurídico protegido el afectado, también será limitada una libertad. Ya sea que la sanción fuera económica o restrictiva de derechos políticos, el exceso de la potestad sancionadora del Estado conlleva al administrado a limitarse en un derecho que no le ha sido permitido. Es decir, que se torna en un abuso de poder ya que no fue permitido en el contrato

³² José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 505.

³³ *Ibíd.*

social que esa libertad fuese coartada por las razones expuestas. Es por este motivo, que existen tantas protecciones y garantías. Al final de cuentas una ilegal sanción administrativa obtiene como resultado una limitación de la libertad que a su vez es una violación a la relación jurídica o al contrato social que es la base de la sociedad. Existe una relación estrecha entre la garantía de aplicación restrictiva de sanciones y los derechos de libertad de los administrados que requieren ser cuidados. "Se ha dicho que las limitaciones a la libertad - y lo propio debe decirse de los demás derechos- son de aplicación restrictivo, debiendo interpretarse en sentido favorable al respectivo derecho."³⁴ Esto genera un efecto práctico que restringe las actuaciones del Estado sobre todo en cuanto a la aplicación de leyes diferentes o contradictorias. Lo que propone esta limitación es que el Estado genere certezas en su actuación y como consecuencia de sus sanciones; ésto porque presupone que está en juego un elemento esencial de los administrados que son sus derechos de libertad.

Los administrados requieren que sus derechos de libertad tengan cierto grado de seguridad frente a las decisiones del Estado; sin embargo ésto no es siempre sencillo ya que todos los actos tienen un elemento discrecional que es donde se debe restringir de mayor forma su aplicación o su interpretación.

La división entre actos reglados y actos discrecionales es absurda...No hay actividad absolutamente reglada ni absolutamente discrecional; siempre algo está normado o reglado por el orden jurídico, o ha quedado en el arbitrio del funcionario actuante.³⁵

Además de la interpretación restrictiva, la discrecionalidad que encontramos en todos los actos sancionatorios en cierta medida está limitada y regulada por el principio de legalidad. En nuestro sistema jurídico existe un Reglamento de discrecionalidad que interpretado con las demás normas para sustentar la sanción, debería ser suficiente protección de libertades. Las autoridades administrativas como los funcionarios judiciales solo podrán actuar en base a la Ley, -bajo el principio de legalidad-, ésto con la finalidad de que se cumpla con el debido proceso tanto de parte del administrado como del Estado. Finalmente, el poder de policía tiene por finalidad el garantizar la libertad de todos, el orden público y el bienestar general, a través de normas que van de la mano con la Constitución; éstas igualmente imponen límites razonables a

³⁴ Miguel S. Marienhoff. *Tratado De Derecho Administrativo*. Tomo. 4. *Óp. cit.*, p. 699.

³⁵ José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. *Óp. cit.*, p. 515.

las libertades individuales que poseemos todos los sujetos para mantener en armonía la convivencia social.

Capítulo II. APLICACIÓN CONCURRENTE DE SANCIONES EN MATERIA ADMINISTRATIVO- PENAL

a) PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, se puede identificar dentro de la óptica constitucional como aquel principio que informa sobre la actividad que realizan los poderes públicos, la misma que es susceptible de limitar, restringir y hasta lesionar derechos individuales de las personas. Dicho principio determina el límite de actuación represiva a las autoridades, y será puesta en práctica cada vez que se resuelvan derechos de los ciudadanos.

El principio de legalidad se encuentra fuertemente atado al de proporcionalidad, ya que las exigencias inherentes al derecho subjetivo se encuentran reguladas legalmente bajo ciertos parámetros específicos. Primero, las sanciones administrativas pecuniarias no podrán darse de manera concurrente, o de forma directa o indirecta, o subsidiariamente bajo privación de libertad. Así también todas las sanciones pecuniarias deberán verificar que el cometimiento de las infracciones descritas en la Ley no resulte más beneficioso al infractor que el estricto cumplimiento de la norma vulnerada. Finalmente, cuando se determina el régimen sancionador, como la aplicación de sanciones por las autoridades públicas competentes, se deberá precautelar un equilibrio entre la gravedad del hecho constitutivo de infracción y la sanción impuesta. Toda autoridad pública que conozca y determine las sanciones aplicables al caso, deberá graduar la pena en consideración a tres criterios: "(...) la existencia de intencionalidad del sujeto o reiteración de su conducta, la naturaleza de los perjuicios ocasionados y reincidencia en su comportamiento en menos de un año, previamente declarado mediante resolución firme."³⁶

³⁶ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora*. Primera ed. Hospitalet De Llobregat (Barcelona): Bosch, 2012, p. 338.

Es importante mencionar que el principio de proporcionalidad se encuentra constitucionalizado como un derecho fundamental. Dicho principio representa la interdicción de la arbitrariedad de actuación de los poderes públicos frente a los ciudadanos. El tratadista José Garberí Llobregat, expone la posición sobre este principio de la siguiente manera: "(...) se ha consagrado al principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales, en especial, de la proclamación constitucional del Estado de Derecho."³⁷ Es así que desde la óptica del principio constitucional de seguridad jurídica obliga a los poderes públicos aplicar correctamente medidas restrictivas de derechos, las mismas que deberán ser minuciosamente revisadas de manera proporcional y en reciprocidad con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que el Ecuador haya ratificado. Sin embargo, el principio de constitucionalidad no se encuentra legislado detalladamente ni técnicamente, lo que genera una aplicación defectuosa por ciertas autoridades, y hasta irrespetando lo establecido en la Ley como parámetros generales en las medidas públicas restrictivas de derechos. Esto ha obligado a los jueces como a las autoridades administrativas a que apliquen este principio bajo preceptos generales constitucionales; entre ellos se establecería: la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes y la determinación de plazos estrictamente necesarios para la detención preventiva. Existen varias posiciones para establecer parámetros generales de aplicación de este principio, como por ejemplo, la libertad e igualdad van de la mano con el principio de legalidad, como valores superiores del ordenamiento jurídico. La postura del presente trabajo acoge al principio de proporcionalidad como un principio fundamental que tienen todos los ciudadanos para limitar el poder sancionador del Estado y que se complementa con los principios y derechos de orden constitucional.

Para determinar si una decisión del poder público es desproporcional, se deberá verificar el contenido y la finalidad de la medida o resolución, y la restricción a los derechos individuales del sujeto pasivo. Dicho análisis no abarca solamente a las medidas sancionadoras de carácter definitivo -como son las penas o sanciones administrativas- sino que abarca cualquier tipo de medida pública que limite o restrinja derechos de las personas, medidas cautelares y la ejecución definitiva de las medidas resueltas. Recogiendo la postura del tratadista Garberí para analizar si una medida o acto es desproporcional, menciona lo siguiente: "(...) Cabe concluir en que una determinada sanción administrativa resultará contraria a las exigencias constitucionales

³⁷*Id.*, p 340.

derivadas del principio de proporcionalidad, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo punitivo, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la sanción en relación con la entidad del ilícito o la infracción.”³⁸ Finalmente este principio obliga a que los juzgadores analicen las circunstancias particulares de cada caso, en función de los hechos probados y la normativa aplicable (calificación jurídica). Se debe buscar desde el poder público que toda sanción impuesta vaya de la mano con la gravedad de la infracción. Es importante recalcar que no está sujeto a cuestionamiento la potestad sancionadora del poder público, ya que la misma es discrecional por parte de la autoridad que resuelva el caso. Esto conlleva a que una infracción pueda llevarse posteriormente a una sanción y que la aplicación de una de ellas, sea considerada más grave que la tipificada como mínima. Sin embargo, para que esto ocurra, deberá la autoridad pública que conozca el caso motivar adecuadamente a través de razones concretas y circunstancias que fundamenten un menor o mayor castigo. En esencia, para identificar si una sanción es desproporcional, deberá revisarse el contenido de la sanción impuesta y la gravedad del hecho ilícito.

Los requisitos mínimos a ser observados dentro del principio de proporcionalidad como parte del Derecho Administrativo sancionador, son dos: la legalidad y la justificación teleológica. La legalidad en materia sancionadora, se refiere fundamentalmente a “la configuración legal de los presupuestos, requisitos y condiciones que posibilitan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.”³⁹ Estos requisitos involucran ciertos requisitos extrínsecos como son: la competencia administrativa sancionadora y la debida motivación del acto expedido. Además existen requisitos intrínsecos como son la idoneidad y la necesidad de la proporcionalidad de la medida restrictiva y los derechos individuales del ciudadano. La proporcionalidad presupone la necesidad de que todo comportamiento ilícito administrativo y sus consecuencias se encuentren tipificadas en la Ley. Es así que toda restricción de derechos individuales debe ejecutarse de conformidad con la normativa, y su aplicación práctica debe buscar fines legítimos y socialmente relevantes. Así también es importante señalar los requisitos externos como son la motivación del acto administrativo sancionador y la competencia de la autoridad administrativa. La motivación, como la base y el justificativo de las medidas restrictivas frente al hecho ilícito. La motivación es un deber público que debe cumplir todo funcionario en los actos sancionadores. Finalmente, el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa debe cumplir con ciertos requisitos

³⁸ *Id.*, p 342.

³⁹ *Id.*, p 209.

intrínsecos en cuanto a idoneidad, que es la justificación de la medida restrictiva a los derechos y que debe motivarse frente a la sanción. La necesidad es la adopción de las medidas para alcanzar los objetivos deseados, sin que sea posible aplicar medidas menos restrictivas. Estos elementos actúan como factores de medición, a fin de determinar si una actuación pública es proporcional en sujeción con el principio de legalidad.

b) DEBIDO PROCESO

El debido proceso es un aspecto importante del derecho a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva. El mismo está enmarcado dentro de las garantías procesales a los derechos individuales. Las garantías que involucran al debido proceso hacen que un acto de coacción estatal que atente un derecho individual, deba estar debidamente justificado para ejecutarlo en contra de una persona determinada. De esta manera, el debido proceso es un mecanismo para asegurar que las leyes sean aplicadas por las autoridades públicas de manera imparcial y ecuaníme⁴⁰.

El debido proceso dentro de la administración, comprende los derechos de defensa y de controversia probatoria. Estos derechos se imponen como límites ante posibles abusos de la administración. Estos límites son garantías máximas que se aplican y observan de principio a fin del procedimiento administrativo. Dichos derechos protegen a todos los sujetos que intervengan en un procedimiento y como consecuencia del mismo, resulten afectados frente a la decisión de la administración pública. El concepto de debido proceso al ser una garantía constitucional, no se la puede delimitar a un número fijo de reglas, por lo que toda autoridad pública deberá analizar caso por caso las circunstancias y peculiaridades de cada caso, velando siempre por el respeto al derecho sustantivo. De esta manera, el contenido y alcance del debido proceso se visualiza de forma particular en base a ciertos principios que se encontrarán en cada caso.

La idoneidad, es un mecanismo de protección eficaz que se desarrolla como un medio de protección de derechos básicos del debido proceso frente a una amenaza específica. El poder mantener los medios y fines alineados con las exigencias formales que manda el derecho, impide que se establezca una fórmula o parámetros universales y únicos de actuación a todas las situaciones de la naturaleza y sus peligros amenazantes. Otro principio que conforma al debido proceso es la neutralidad. Este principio lo que busca es evitar que se pierda la imparcialidad y

⁴⁰ Germán J, Bidart Campos. *Compendio De Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004, pp.189-190.

que un lado de la balanza se incline hacia el otro por un interés personal. Dentro de la neutralidad es importante tener presente que la generalidad es la visión por la cual las autoridades públicas deberán juzgar o determinar un caso particular⁴¹. La idea es evitar que el interés de una persona dentro de un procedimiento influya en el desarrollo del caso. Las autoridades públicas dentro de un procedimiento, deben manejarlo desde una óptica general, ya que al analizar un caso de manera general se tornaría en un requisito de igualdad dentro de un procedimiento.

El tercer principio que va de la mano con el de neutralidad es el de imparcialidad, el mismo que debe verificarse del órgano o entidad pública que administra el proceso. La imparcialidad implica que no exista vínculo ni interés alguno (personal o afectivo) con los sujetos procesales o el procedimiento. Otro principio que lleva el debido proceso es el de igualdad. El hablar de igualdad significa que en situaciones similares se debe aplicar el mismo tratamiento en base a una generalidad y de manera neutral. Cuando cualquier órgano público aplica medidas que restringen o eliminan derechos mediante el ejercicio de su potestad sancionadora, deberá revisar la aplicación de normas generales. No obstante, la aplicación de una norma específica que restrinja derechos es más fácil encuadrarla dentro del caso concreto, ya que la autoridad solo debe constatar que se haya configurado los hechos a la norma. Aplicar la irretroactividad en ejercicio del poder, en ciertos casos podría convertirse en una amenaza en contra del principio de igualdad e imparcialidad.

Otro principio igualmente que pertenece al debido proceso es el de transparencia. Este se entiende por la posibilidad de tener conocimiento sobre el procedimiento en el cual se encuentra involucrado y los fundamentos de hecho y las pruebas presentadas en su contra. La idea de la transparencia exige una comunicación previa al interesado para defenderse oportunamente. La transparencia deriva al ejercicio pleno del principio de contradicción. El principio de contradicción, conlleva presentar evidencias y ser escuchado ante el órgano encargado sobre aquella resolución que afecte el derecho de una persona. Este principio permite que el procedimiento sea conducido con idoneidad. La evidencia es parte medular de todo procedimiento y se encuentra denominado como un principio. Toda prueba que sea considerada dentro de un procedimiento, deberá ser analizada sobre el cómo y cuándo, ejerciendo efectivamente el derecho de contradicción de las partes involucradas.

⁴¹ Carlos Santiago, Nino. *Fundamentos De Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico Y Politológico De La Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma, 1992, pp. 448-449.

Finalmente, el principio más importante del debido proceso es el de motivación. La motivación es toda manifestación de la administración y sus representantes sobre su decisión y los criterios adoptados⁴². En conclusión, las garantías que envuelven al debido proceso han sido reconocidas internacionalmente por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”⁴³

c) MOTIVACIÓN

Cuando se ejercitan potestades de índole sancionadora por parte de la administración, es fundamental y trascendental el deber de motivar todas las resoluciones emitidas por las autoridades públicas. Todo órgano responsable del caso deberá sujetar su decisión y pronunciamiento a las exigencias propias del deber de motivación; ésta será la única forma de que el derecho del administrado se encuentre respetado. La falta de motivación dentro de cualquier procedimiento, conlleva a responsabilidades disciplinarias en contra de las autoridades públicas por sus decisiones infundadas y contrarias a los hechos probados. No obstante, la falta de motivación en cualquier resolución, podría generar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de dicha resolución sancionadora; ésto en razón de ocasionar la indefensión de las partes interesadas. El Tribunal Constitucional Español reconoce e impone como un deber de motivación a las autoridades administrativas lo siguiente: “(...) es un auténtico derecho fundamental de los administrados a que las resoluciones que ponen término a los expedientes sancionadores, sean puntualmente motivadas, entendiéndose que el derecho fundamental a la motivación es perfectamente aplicable al ámbito del procedimiento administrativo sancionador.”⁴⁴ Prácticamente se convierte en un mandato derivado del principio de legalidad, el que todas las autoridades públicas que emitan resoluciones lo hagan motivadamente.

El contenido genérico del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras, obliga a que las autoridades presenten un doble juicio sobre los fundamentos de hecho y de derecho en especial sobre los hechos declarados probados. El deber de motivar

⁴² Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Curso De Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 611.

⁴³ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 8.

⁴⁴ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora. Óp. cit.*, p. 336.

adecuadamente las resoluciones va de la mano con el derecho fundamental de presunción de inocencia. Este derecho de todo ser humano debe exigírsele al órgano decisor que se pronunciará en apego a derecho y a los hechos comprobados, de esta manera se demostraría la legitimidad de la sanción impuesta. La motivación va de la mano con el principio de legalidad, por lo que su incumplimiento o insuficiencia se considera una violación al mismo. Todo órgano para que esto no ocurra, tiene el deber de subsumir los hechos -objeto del procedimiento sancionador- a la norma aplicable, caso contrario no se podría conocer claramente las razones o causales de sanción. Es un deber el motivar las resoluciones administrativas sancionadoras por dos razones principalmente. Primero, desde una perspectiva social, la idea es eliminar la arbitrariedad, lo cual genera confianza de los sujetos pasivos con objetividad y sujeción de la Administración al derecho. Segundo, desde la perspectiva individual, se debe motivar para que el implicado en el procedimiento, conozca las razones y motivos por los cuales se le sanciona; esto abre la puerta a que el sujeto utilice los medios impugnatorios correspondientes y por otro lado crea un pleno control constitucional de la actividad sancionadora administrativa. Lo último expuesto, conlleva a la eliminación de arbitrariedad de los poderes públicos. Esto, con la finalidad de demostrar por parte de la Administración Pública que la toma de una decisión no se encuentra atada a un capricho subjetivo de la autoridad pública. La motivación elimina arbitrariedad y a su vez se utiliza como un instrumento idóneo de control preventivo que mantendrá alertas a las autoridades de que sus acciones infundadas tendrán consecuencias y mecanismos legales para su inaplicación.⁴⁵ Finalmente, la motivación se convierte en un mecanismo de control del administrado posteriormente cuando se pone en conocimiento de los interesados la decisión legalmente sustentada.

d) POTESTAD DISCRECIONAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO AL MOMENTO DE IMPONER SANCIONES

Los principios discrecionalidad y proporcionalidad administrativa a primera vista parecerían que son contrarios; sin embargo la doctrina y la ley han generado explicaciones jurídicas para que estos conceptos no solo sean compatibles sino además, complementarios. Como ha sido explicado en párrafos anteriores, el principio de proporcionalidad no es solamente un principio jurídico sino que también consta dentro de la Ley y la Constitución. Por ende, la

⁴⁵ *Id.*, p 612.

administración se ve limitada por este principio en todas sus facultades, incluyendo en el uso de sus facultades discrecionales.

El autor García de Enterría define a las potestades discrecionales de la Administración, aquellas que contienen: "...una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o de su contenido particular."⁴⁶ Lo que esta definición explica es que la potestad discrecional, es decir el poder de decisión de la administración (estimación subjetiva) nace del principio de legalidad y cuyas opciones se encuentran regladas y enmarcadas en la legalidad.

Por eso la discrecionalidad, frente a lo que pretendía la antigua doctrina, no es un supuesto de libertad de la administración frente a la norma, más bien, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal: la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio solo que no realizadas por vía normativa general, sino analíticamente, caso a caso, mediante una apreciación de circunstancias particular, realizables a la vez que precede al proceso aplicativo.⁴⁷

La discrecionalidad también tiene que cumplir con limitaciones. Limitaciones impuestas por los principios y la Constitución o por la propia norma que genera la potestad discrecional, siendo la proporcionalidad otro límite al ejercicio de la potestad discrecional. No por tener una potestad discrecional otorga mayores facultades a la administración para actuar desproporcionadamente; por el contrario, lo limita a los parámetros discrecionales de la ley que otorgó esa potestad además de las limitaciones propias de la proporcionalidad. "La discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, que el orden jurídico da a la administración para que ella elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad dentro de los límites indicados por la ley."⁴⁸ Estas limitaciones tienen que ser revisadas y velar por su cumplimiento muy cuidadosamente ya que las decisiones administrativas dependen más que cualquier otra, del caso y hechos específicos. La decisión discrecional que se tome, dependerá del caso donde debe cuidarse que exista proporcionalidad en decisiones específicas tomadas, lo cual puede ser mayormente complicado por cuanto no existiría un estándar fijo. Sin

⁴⁶ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso De Derecho Administrativo. *Óp. cit.*, p. 498.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo. Óp. cit.*, p. 508.

embargo existen otras limitaciones y otros mecanismos de limitación a la discrecionalidad que pueden controlar la proporcionalidad de las potestades administrativas discrecionales.

De acuerdo al profesor Roberto Dromi, las limitaciones de la potestad discrecional se dividen en límites jurídicos y técnicos.⁴⁹ Un límite jurídico es la razonabilidad la cual es también un principio constitucional que se define como: lo justo, proporcionado, equitativo, por oposición a lo irrazonable, arbitrario e injusto.⁵⁰ Es decir que la violación al principio de proporcionalidad en una decisión administrativa, genera que la decisión también sea irracional y por lo tanto ilegal e inconstitucional. Los otros límites legales son la finalidad y la buena fe que también se encuentran estrechamente relacionados con la proporcionalidad, ya que si la decisión discrecional fue tomada por consignas personales o ajenas a la ley, se convierte automáticamente en desproporcional puesto que no era merecida. De la misma manera la buena fe es un principio general de derecho que es necesario para no cometer injusticias que lleven a ilegalidades. Las limitaciones técnicas a las potestades proporcionales se relacionan con el análisis específico que caso a caso debe hacerse. Cuando la administración toma una decisión en base a parámetros técnicos, estos son enjuiciables ya que de su resultado pasa a ser legal o ilegal la decisión discrecional. Si bien las decisiones discrecionales por concepto son no enjuiciables, con esta limitación lo que se enjuicia no es la decisión discrecional puesto que siempre será válida cualquiera de las dos opciones, sino los hechos técnicos que llevaron a esa decisión. “Pueden enjuiciarse los resultados de la llamada discrecionalidad técnica en la medida en que esta se aparta o no de las normas técnicas que la limitan.”⁵¹

Finalmente, es necesario mencionar que en el sistema jurídico ecuatoriano existe un reglamento que regula la potestad discrecional de la administración pública.⁵² Este reglamento recoge los límites antes analizados siendo el de mayor importancia para este trabajo el límite de razonabilidad.⁵³ Si bien no menciona específicamente al principio de proporcionalidad como un

⁴⁹ *Id.*, p 510.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Id.*, p 514.

⁵² Reglamento Para El Control De La Discrecionalidad En Los Actos De La Administración Pública. Decreto 3179. Registro Oficial No. 686 de 20 de octubre de 2008.

⁵³ *Id.*, Art. 12.- **Razonabilidad.**- El control de la actividad discrecional debe confirmar, finalmente, si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en este reglamento y si la decisión discrecional, siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.

límite, es fácilmente interpretable. Como lo argumenta el Profesor Dromi, no puede existir una potestad discrecional racional sin ser proporcional. De la misma manera esta norma recoge todos los principios legales y constitucionales también aplicables a las decisiones discrecionales.

e) ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 66 NUMERAL 29, SOBRE DERECHOS DE LIBERTAD Y EL REGLAMENTO GENERAL DE RESPONSABILIDAD PATRONAL.

Dentro de la Constitución ecuatoriana se encuentra reconocido y garantizado a todas las personas como derechos de libertad, el que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas o cualquier clase de obligaciones, y con la única salvedad, las pensiones alimenticias así lo establece el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución: “[...] ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.”⁵⁴ Es importante tener claro que esta disposición de orden Constitucional, muchas veces se contradice con otras normas orgánicas como por ejemplo la disposición establecida dentro del Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 242. El mismo determina que el empleador que retenga los aportes patronales de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Así también se determina la responsabilidad patronal de la persona jurídica, a través de una sanción que conlleva a la clausura de los locales, hasta que realice el pago total de las obligaciones pendientes.⁵⁵

La normativa establece un procedimiento para el empleador que mantenga personal bajo su dependencia, a través de su potestad sancionadora, con penas privativas de libertad desde tres días hasta tres años, dependiendo de la conducta típica y antijurídica realizada u omitida. Así también es pertinente analizar lo establecido en el Reglamento General de Responsabilidad Patronal emitido por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y publicado en el Registro Oficial 801 de 20 de julio de 2016, el mismo que define lo que es la responsabilidad patronal como la mora patronal. La Resolución mencionada determina cuándo cabe responsabilidad patronal, que iniciaría desde el momento en que se produzca un siniestro

⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁵⁵ Código Orgánico Integral Penal. Artículo 242. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

y el patrono –llámese persona natural o jurídica- haya incumplido con las disposiciones a la Ley de Seguridad Social, Reglamento General y otras normas afines, y que a causa de esto, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social no pudiere entregar total o parcialmente las prestaciones o mejoras a que tendría derecho el afiliado. En estos casos de incumplimiento el empleador será responsable de cancelar al IESS las cuantías específicas determinadas en el presente Reglamento. Por otro lado, mora patronal se considera, el incumplimiento en el pago de aportes del seguro general obligatorio, descuentos, intereses y multas dentro de los quince días siguientes al mes que correspondan los aportes. Sin embargo la responsabilidad patronal tiene sus excepciones entre otras y la más importante concerniente a este trabajo es realizar los pagos de aportes con posterioridad a los 15 días del mes siguiente, cuando por fuerza mayor, el IESS amplía la fecha de pago de aportes dentro del primer día hábil posterior a los quince días, o cuando dicha fecha sea sábado, domingo o feriado.

La responsabilidad patronal es una conducta establecida por el órgano competente, en este caso el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social Ecuatoriano. Este tipo de responsabilidad implica varias obligaciones, dentro de los casos más comunes y frecuentes están los afiliados que presenten enfermedad o se encuentren en estado de maternidad. El empleador se encuentra en estado de mora –no pago de las obligaciones con el IESS- del pago de aportes y entraría en responsabilidad patronal cuando un empleado dentro de este lapso, reciba atención médica, prenatal o del parto. Así también se configura responsabilidad patronal cuando el empleador no hubiere inscrito –afiliado- al trabajador ni pagado aportes al IESS dentro del plazo legalmente autorizado, que es dentro de los quince días contados a partir del primer día de labores. Así también en el caso de los trabajadores que se encuentren cesantes, y requieran asistencia médica o de maternidad dentro del período de protección, se incurrirá en mora patronal cuando cualquiera de las aportaciones previas a la fecha del cese, se encuentren impagas o pagadas extemporáneamente.

El establecimiento de la responsabilidad patronal estará a cargo del IESS a través del sistema informático; igualmente determinará la responsabilidad patronal y procederá al cálculo de la cuantía de la misma y liquidación definitiva de la deuda con los recargos a que hubiere lugar y su correspondiente contabilización. Finalmente informará a las Unidades Provinciales de Salud Individual y Familiar, y paralelamente deberá notificar al empleador el valor adeudado por responsabilidad patronal. Las unidades provinciales de afiliación y control patronal están obligados a realizar el cálculo de los valores correspondientes a la responsabilidad patronal, y se debe proceder inmediatamente a notificar al empleador en el plazo máximo de quince días

contados a partir de la fecha de liquidación definitiva de la responsabilidad patronal. El plazo de pago concedido para que el empleador una vez notificado proceda a realizarlo, es de máximo quince días posteriores a la fecha de notificación. En caso de que el empleador realice el pago con posterioridad al plazo previsto de quince días en la notificación, se cobrarán los intereses y multas de ley. Una vez transcurrido el plazo y si el empleador no procedió a cancelar los valores por responsabilidad patronal, es responsabilidad de las Unidades Provinciales de Afiliación y Control Patronal, iniciar la emisión del Título de Crédito y la consiguiente acción coactiva. Todo el procedimiento administrativo para el establecimiento, cálculo y cobro de valores generados por responsabilidad patronal a favor del IESS se encuentran en el Reglamento General de Responsabilidad Patronal.⁵⁶

No obstante, este procedimiento deberá cumplirse por parte del IESS frente al administrado con la única finalidad de recaudar oportuna y efectivamente, los valores adeudados por concepto de responsabilidad patronal. Es importante recalcar que todo sujeto pasivo de este procedimiento deberá ser –siempre– notificado dentro del plazo legal para que cumpla las obligaciones pendientes, o si fuera el caso, fundamente en derecho las correcciones y aclaraciones pertinentes. No es posible jamás que se ejecute una sanción de este tipo sin que previamente se haya cumplido con la debida notificación al empleador. Peor aún podrá el IESS a través de las Unidades Provinciales de Afiliación y Control Patronal, emitir un título de crédito y efectivizar la acción coactiva sin haber sido debidamente notificado con el pago de la responsabilidad patronal, ya que ésto iría en contra del debido proceso.

Es fundamental y trascendental el cumplimiento del debido proceso y en el caso particular, la oportuna notificación al empleador para que dicho acto de coacción estatal no sea atentatorio a un derecho individual. Todos los servidores del Instituto que participen en los procesos de información, determinación, cálculo, liquidación definitiva, notificación y recuperación de las obligaciones por responsabilidad patronal, de las áreas médica y administrativa, serán directamente responsables del cumplimiento de las disposiciones del

⁵⁶ **CUARTA.-** El IESS, a través de un proceso sistematizado, determinará y calculará la cuantía de la responsabilidad patronal, con los recargos a que hubiere lugar y su correspondiente contabilización en línea. La Dirección Nacional de Recaudación y Control de Gestión de Cartera a través de las Unidades Provinciales o Grupos de Trabajo de Control de Gestión de Cartera serán responsables de notificar a los deudores con el valor de responsabilidad patronal.

QUINTA.- Contando con la liquidación definitiva de la deuda por responsabilidad patronal con sujeción a las disposiciones del presente Reglamento, las Unidades Provinciales de cada Seguro Especializado, deberán informar a través de un aviso inserto en las planillas, y en la página electrónica del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del módulo de empleadores, de la existencia de la responsabilidad patronal y su cuantía, a los empleadores, en el término máximo de ocho (8) días, contados a partir de la fecha de liquidación definitiva.

presente Reglamento. Es fundamental que el empleador sea notificado sobre su responsabilidad patronal dentro de los plazos previstos y no cuando se haya emitido el Título de Crédito y se encuentre en la fase coactiva. Dentro de esta etapa, el empleador se encuentra en estado de indefensión y de cumplimiento inmediato de las obligaciones descritas en el título de crédito por el IESS. El cobro de multas impuestas al patrono se procederá por la vía coactiva, de conformidad con el artículo 287 de la Ley de Seguridad Social en concordancia con el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil y el Reglamento de Afiliación, Recaudación y Control Contributivo, salvo que se encuentren pendientes acciones judiciales. La debida notificación permitirá que los empleadores puedan suscribir convenios no renovables de purga de mora, con las debidas garantías (bancaria, póliza de seguro o hipotecaria), como mecanismo de cancelación de pago de la responsabilidad patronal. De igual manera, el Reglamento General de Responsabilidad Patronal, vela por el uso de medios técnicos de difusión a su alcance, para informar a los empleadores sobre el cumplimiento de obligaciones patronales, tendientes a evitar la mora patronal. El registro de la mora patronal lo realizará el Instituto de Seguridad Social; a través de las Direcciones Provinciales abrirá un registro de la mora patronal, en donde se dejará constancia los datos del deudor y los valores adeudados⁵⁷. Cuando la mora patronal supere el plazo de noventa días desde que se hizo exigible la obligación, el Director Provincial remitirá copia de la nómina a la Superintendencia de Bancos y Seguros, en cuyo caso de personas jurídicas, se incluirá los nombres de sus representantes legales y esta información será publicada en la página web del IESS. Inmediatamente agotado el registro de la mora patronal, el Director Provincial solicitará a las unidades correspondientes de la Institución, bloquear los fondos propios de las prestaciones y beneficios que el deudor tuviere derecho en el IESS, de conformidad con el artículo 99 de la Ley de Seguridad Social.

De esta manera es obligación del IESS establecer el personal competente para realizar la verificación del cumplimiento de obligaciones con dicho órgano; esta información será ingresada al sistema informático y se elevará un informe al Director Provincial, quien notificará al empleador con una copia. El empleador dispondrá del término de ocho días desde la fecha de notificación, para cancelar los valores adeudados o, para que ejerza el derecho a la defensa dirigiendo una petición al Director Provincial con los justificativos que fueren del caso. Así también, dicha autoridad tiene la obligación de responder al administrado dentro del mismo

⁵⁷ Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS. Artículo 178. Registro Oficial No. 687 de 15 de agosto de 2016.

término bajo su responsabilidad. La sanción impuesta podrá ser impugnada en la vía administrativa ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, sin perjuicio de que se pueda ejercer impugnaciones en la vía judicial correspondiente de conformidad con la Ley. Justamente para poder efectivizar el derecho de contradicción, es importante que la notificación se realice al empleador dentro de los plazos previstos, y de esta manera no se vea vulnerado los derechos del administrado ni abandonado en la indefensión frente a la potestad sancionadora administrativa. La notificación es de suma importancia en la práctica, es así que sí requiere de algunas precisiones, porque se debe notificar a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten sus derechos o intereses. El tratadista García de Enterría, enmarca a la obligación de notificar dentro de un plano objetivo y subjetivo.

Desde el primer punto de vista, la obligación de notificar se refiere primariamente a las resoluciones, esto es, a los actos que ponen fin a un procedimiento, que son los que, por esta razón, afectan directa y frontalmente a los derechos e intereses de su destinatario. Desde el punto de vista subjetivo, la obligación no alcanza a todos los administrados que tengan una determinada relación con la Administración, sino sólo a aquellos que tengan la condición de interesados en sentido técnico en el procedimiento de que se trate.⁵⁸

Finalmente, la notificación protege a todas las personas que tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo acto se adopte. Los titulares de derechos subjetivos, son considerados interesados, y por lo tanto es obligación de la Administración llamarlos al procedimiento y notificarlos con la resolución. Es obligación de la Administración, respaldar de manera fehaciente dentro del expediente administrativo, la recepción del mismo por el interesado, la identidad, contenido del acto notificado y la fecha en que fué notificado.

Capítulo III. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL PATRONO

a) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ACCIÓN Y OMISIÓN

El alcance de la responsabilidad del patrono con el trabajador, se configura a través de una acción u omisión de sus obligaciones con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). A fin de determinar con claridad las obligaciones patronales frente al IESS, resulta necesario identificar los elementos constitutivos de la acción. Se puede definir a la acción como una conducta proveniente de una persona natural o jurídica. La persona jurídica es responsable

⁵⁸ Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández. *Óp. cit.*, p. 628.

de sus actos u omisiones, lo que genera la aplicación del poder punitivo a través de sus representantes legales o apoderados. El autor Eugenio Raúl Zaffaroni define claramente el concepto jurídico – penal de acción:

La acción o conducta, entendida como género de la especie delito, en el marco de un derecho penal reductor, debe ser un concepto idóneo para satisfacer el requerimiento de una clara función política: dado que es de elemental racionalidad que cualquier pretensión de ejercicio del poder punitivo se asiente sobre la acción de una persona.⁵⁹

Es importante al momento de tipificar conductas, que el legislador construya un concepto jurídico de acción claro, con la finalidad de precautelar la seguridad jurídica y el principio *nullum crimen sine lege* y *nullum crimen sine conducta*. La seguridad jurídica busca precautelar la correcta aplicación del poder punitivo, para evitar abusos por parte del poder. A través de la correcta tipificación de acciones, se pretende delimitar el ejercicio del poder punitivo, para que así se genere confianza en el sistema por parte de los administrados. Es decir, tener un grado de certeza y predictibilidad en cuanto la redacción de la acción punible y de sus efectos en los administrados por parte del ente regulador. No obstante, cuando las acciones no son tipificadas en congruencia con la Constitución, ni con los conceptos y principios jurídicos, permite a la autoridad competente decidir los márgenes de aplicación del poder punitivo, lo que abre una puerta hacia la discrecionalidad, al abuso de poder y a una posible desproporcionalidad de las penas. A pesar que la norma pueda ser plenamente válida, esta podría carecer de un elemento de justicia, “la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica **un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza.**”⁶⁰ (el énfasis me pertenece). Como ha sido analizado anteriormente, el principio de proporcionalidad es un principio derivado del valor “justicia” y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cuando la autoridad pública decide los márgenes de aplicación del poder punitivo, a acciones u omisiones que no corresponden jurídicamente a un “acto”, se tiene como resultado la aplicación de sanciones desproporcionales, porque se infringe directamente (al principio de proporcionalidad), el contenido y la finalidad de la medida o por la magnitud del sacrificio a los derechos individuales del administrado que siente los efectos de la

⁵⁹ Eugenio Raúl, Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar. *Op. Cit.* p. 381.

⁶⁰ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora. Óp. cit.*, p. 339.

sanción. No obstante, la potestad sancionadora no tiene carácter discrecional, por lo que cuando exista un elenco de sanciones para una determinada infracción y se imponga la más grave o elevada deberá ser claramente motivada a través de razones específicas y circunstancias en las cuales demuestre el mayor castigo a dicho acto. La discrecionalidad no implica una carta abierta a la administración, sino la elección entre varias opciones dependiendo de las circunstancias y del razonamiento que sea necesario. Como se mencionó previamente en este trabajo, los principios de discrecionalidad y proporcionalidad administrativa son conceptos complementarios y de aplicación obligatoria a fin de delimitar en la norma, las acciones antijurídicas y así evitar tener la arbitrariedad del poder público.

La tipificación de acciones inconstitucionales debería ser declarada como tal oportunamente, porque justamente estas conductas son las que demuestran la aplicación de sanciones desproporcionadas y abusivas de su poder. El concepto de acción desde el plano jurídico-penal tiene como jerarquía normativa a la Constitución, el Código Orgánico Integral Penal, Ley de Seguridad Social y las resoluciones administrativas del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Por lo tanto, es inaceptable que el Estado pretenda ejercer poder punitivo a acciones que no sean provenientes de una conducta humana, como lo señala el artículo 128 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión:

Art. 128.- El sistema informático del IESS emitirá automáticamente las glosas de las obligaciones patronales, en contra de empleadores y sujetos de protección según corresponda, registrados en el sistema, cuando acusen mora por periodos superiores a cuarenta y cinco (45) días, lapso en el cual se ejercerán las acciones de cobro previas a la referida emisión. Una vez vencida la obligación en los términos señalados en este Reglamento, se emitirá la respectiva glosa contra el deudor principal y los deudores solidarios, personas naturales, sus herederos, si fuere el caso; y, personas jurídicas, conforme a las disposiciones de la Ley de Seguridad Social, sin perjuicio de aplicar los Artículos 75 y 97 de la Ley Ibídem y 1 de la Ley Orgánica de Defensa de los Derechos Laborales.⁶¹

Así también, un claro ejemplo del ejercicio del poder punitivo a acciones de manera general y sin realizar un análisis caso a caso puede un abuso de poder. Este es precisamente el caso del artículo 242 del Código Orgánico Integral Penal.⁶² La aplicación de esta norma en

⁶¹ Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS. Artículo 128. Registro Oficial No. 687 de 15 de agosto de 2016.

⁶² **Art. 242.-** *Retención ilegal de aportación a la seguridad social.- La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*

ciertos casos, como la falta de pago por falla de sistemas bancarios no atribuibles al administrado, son ejemplos de cómo esta norma de carácter penal, genera desproporcionalidad en la pena por incumplir con principios jurídicos. Se puede identificar a la acción como la modificación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana de intenciones, en la cual también se encuentran los movimientos corporales del hombre intencional o inintencional. Los actos inintencionales no se pueden considerar acciones conducentes a un objetivo, ya que no existe relación en el tiempo o espacio con un acontecimiento u objeto. Elementos que el ejemplo antes citado, la falta de pago de aportaciones al IESS causadas por los sistemas financieros y ajenas al administrado, son inexistentes.

Los elementos constitutivos de acción se pueden clasificar en dos partes, el movimiento corporal humano y el resultado. Las acciones provienen de humanos y las mismas suelen ser racionales. Estos dos elementos se encuentran vinculados por la relación de causa y efecto. “Los elementos del concepto de acción inician desde la representación mental de lo que desea realizar o ejecutar. En segunda instancia, el sujeto busca o crea los medios necesarios e idóneos para obtener el fin deseado. El tercer y último momento es la ejecución de la acción planificada, siendo la finalidad, la acción misma.”⁶³ Un acto con intencionalidad (voluntad) pero sin una finalidad dentro del plano jurídico, es una acción sin voluntad. Un acto sin voluntad no es considerado una acción y por el contrario es un proceso causal. Proceso causal que por principios jurídicos universales, jamás ha tenido la misma pena que delitos realizados con voluntad, que sin embargo la acción penal descrita en el artículo 242 del Código Orgánico Integral Penal no la asume.

Respecto al pago de las aportaciones al IESS, sería contraria a la definición de acción, cualquier norma o conducta de la administración que castigue de antijurídico el retraso en el pago de obligaciones patronales que no corresponda a la acción directa del administrado. Es decir que no existe acción y por ende, no cabría dentro de una conducta antijurídica, el pago tardío de obligaciones patronales efectuadas a través del sistema financiero, cuando por razones ajenas al administrado y posiblemente por demoras del sistema financiero, el pago es recibido de manera tardía por el IESS. Son innumerables los casos donde el IESS genera glosas y obligaciones de pago por razones culposas, ajenas a la voluntad del administrado que en su

*dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*⁶²

⁶³ Eugenio Raúl, Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro W. Slokar. Derecho Penal: Parte General, *Óp. cit.*, p. 396.

mayoría son de carácter tecnológico-financiero y otra gran parte por problemas tecnológicos del propio IESS, dados algunos sistemas obsoletos que se mantienen en funcionamiento.

Uno de los ejemplos más recurrentes de no pagos culposos son los débitos automáticos a través de instituciones bancarias. Cuando el patrono suscribe un convenio con la entidad bancaria para el débito automático de obligaciones patronales y por una “falla del sistema” no se efectúa el débito dentro del plazo, a pesar de no existir acción, podría existir responsabilidad hasta penal de conformidad con el artículo Art. 242 del Código Orgánico Integral Penal. Sin duda alguna, este es un problema jurídico para todos los empleadores en el Ecuador, ya que crea varias vulneraciones de derechos inclusive de carácter constitucional, pudiéndose argumentar una vulneración al debido proceso por posibles sanciones penales desproporcionadas vinculadas a sanciones administrativas sin fundamento por causas involuntarias. Toda autoridad pública debe emitir sus decisiones en apego a la ley bajo el principio de legalidad y a los hechos probados por las partes. Las sanciones administrativas a fin de no vulnerar el debido proceso, deben ser motivadas con hechos más contundentes que fallas en el sistema o registros electrónicos caducos. Toda sanción administrativa es contraria a las exigencias constitucionales derivadas del principio de proporcionalidad, por resultar; **“innecesaria una reacción de tipo punitivo, o por ser excesiva la cuantía o extensión de la sanción en relación con la entidad del ilícito o la infracción.”⁶⁴ (el énfasis me pertenece)** En otras palabras, las sanciones de tipo pecuniarias pueden ser cuantificables al daño cometido. Cuando la multa y sanción impuesta al administrado sobrepasa matemáticamente el valor del daño generado a la administración y sus efectos son más dañinos que beneficiosos, resulta altamente probable que en frente a un juez constitucional se pueda comprobar la desproporcionalidad de la sanción. Es importante recordar que la proporcionalidad es una garantía constitucional de los administrados, una obligación del Estado y es un límite a su poder punitivo. Es indiscutible la existencia de una sanción desproporcional, al ser contrario a los principios de derecho penal, cuando un hecho faltó de acción como es la falta de pago al IESS por errores del sistema bancario sea atribuido penalmente al administrado; cualquier determinación de justicia, equidad o valoración contable de daños sería suficiente para demostrar tal abuso de la administración.

La construcción del concepto de acción, se realiza desde la conducta para evitar abstraerse de algo que no existe. Es por esto que se deben elaborar normas teleológicas que se

⁶⁴ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora. Óp. cit., p. 342.*

encuentren fundamentadas desde la Constitución para limitar al administrador. La tipicidad debe ser analizada desde la acción y sus efectos, como el contexto que envuelven a la norma. No es posible separar del sentido (la intencionalidad) de la exteriorización del acto en el mundo (finalidad). El autor Gunther Jakobs define a la acción en esa línea de pensamiento: “Ordenes de dirigir el mundo exterior más allá del cuerpo tienen que ser siempre enviadas a través del –sit venia verbo- aparato psicofísico.”⁶⁵ En otras palabras, a la autoridad administrativa o juez correspondiente le compete verificar caso a caso si el acto final, la conducta antijurídica descrita en la norma, fue causada con conciencia y voluntad del patrono. Si dentro de este análisis, no se verifica una clara intencionalidad del patrono de pagar las obligaciones patronales dentro del plazo, no podría aplicarse la misma sanción que al patrono que por descuido y a sabiendas del plazo legal para el pago, no pagó.

Es importante recordar que los ciudadanos ecuatorianos gozan de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en su artículo 66 numeral 29. En específico el derecho de libertad establece que ninguna persona puede ser privada de su libertad, por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones; excepto el caso de pensiones alimenticias. Dicho derecho de libertad, constitucionalmente consagrado, pierde toda juridicidad constitucional cuando el Estado en uso de la reserva de Ley, tipifica en el Código Orgánico Integral Penal de manera general la aplicación de una pena privativa de libertad de uno hasta tres años por la no aportación a tiempo de los trabajadores al IESS y clasificando de retención ilegal de fondos de los trabajadores. La norma no especifica ni contiene mayor análisis de aquellos casos como los nombrados anteriormente donde la voluntad del administrado no fue la de defraudar al IESS resultando una norma altamente peligrosa por su generalidad. Esta potestad dada por ley a las autoridades administrativas del IESS para iniciar un juicio coactivo o a las autoridades judiciales de iniciar acciones penales en contra del patrono, sin haber realizado un análisis cauteloso de la finalidad de la conducta y de si existe o no acción, se podría considerar inconstitucional en la aplicación en ciertos casos.

Por otro lado, para poder identificar una acción omisiva, se debe previamente establecer un tipo (una norma) que describa la obligación de hacer algo. El común denominador entre acción y omisión es el curso causal. El autor Eugenio Zaffaroni, define el concepto de omisión de una manera clara: “Omisión es, en general, la no realización de determinado hacer esperado. No

⁶⁵ Günther, Jakobs y Javier Sánchez-Vera. *La Imputación Penal De La Acción Y De La Omisión*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal Y Filosofía Del Derecho, 1996, p. 28.

significa no hacer, sino no hacer algo. Y por cierto, lo que era esperado, debido.”⁶⁶ La falta de voluntad del sujeto en dejar de hacer algo al cual se encuentre obligado -una acción-, genera consecuencias jurídicas, lo que se configuraría en un acto omisivo, por lo que deberá enfrentar consecuencias que en este caso es, la responsabilidad patronal. Cuando los medios escogidos no son los idóneos y a causa de ellos se configura una omisión de un acto que por ley estaba obligado a cumplir, existe ausencia de acto, y por ende no cabe atribuir responsabilidad a la persona natural ni jurídica.

Se configura un acto omisivo cuando una persona natural a través de su acción final -acto-, realiza lo contrario a lo ordenado en la norma, y que la misma contiene una obligación de hacer algo. La verificación de la omisión en la conducta tiene como finalidad no lesionar a otros bienes jurídicos protegidos. Las normas que contienen conductas omisivas, se encuentran conformadas por dos sub-elementos, uno objetivo y otro subjetivo.⁶⁷ El tipo objetivo hace referencia a los requisitos de la dominabilidad de la acción y su nivel de lesividad. La dominabilidad de la acción se refiere al control, al dominio del comportamiento –accionar- del sujeto, y el nivel de lesividad hace referencia al daño que podría ocasionar su conducta. El tipo subjetivo hace referencia a la exteriorización de la conducta, la misma que dentro de los actos omisivos serían contrarios o distintos a lo ordenado en la norma. Dentro de los tipos omisivos, se encuentran previamente tipificados, acciones positivas para el sujeto de hacer algo. Lo más importante para identificar un acto omisivo es que el sujeto con pleno conocimiento y voluntad (dolo), no cumpla con la conducta ordenada en la Ley.

Una vez que el juez o la autoridad competente revisen el caso, debe analizar si dentro del acto omisivo, existió la intención (finalidad) de no hacerlo, de cumplir con el pago dentro del plazo previsto, cuando por Ley se encontraba obligado hacer algo. Dentro del artículo 73 inciso cuarto, de la Ley de Seguridad Social, se menciona la obligación del patrono de pagar las aportaciones del Seguro Social dentro de un plazo de quince días. ⁶⁸ Este artículo describe claramente que la obligación patronal consiste específicamente en el pago por parte del

⁶⁶ *Id.*, p. 384.

⁶⁷ *Id.*, p. 545.

⁶⁸ Ley de Seguridad Social. Artículo 73. Registro Oficial No.465 de 13 de noviembre de 2001. **Art. 73.-** El empleador, la persona que realiza trabajo del hogar no remunerado y el afiliado sin relación de dependencia **están obligados, sin necesidad de reconvenión previa cuando corresponda, a pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes que correspondan los aportes.** En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar, con sujeción a esta Ley. (Subrayado y énfasis me pertenecen).

empleador, a la persona que realiza el trabajo no remunerado y al afiliado sin relación de dependencia, en pagar las aportaciones del Seguro General Obligatorio dentro del plazo de quince días posteriores al mes que correspondan los aportes. Dentro de la omisión debe verificarse dos elementos, quién (el sujeto) es el obligado a pagar las aportaciones y segundo, el no pago dentro del plazo mencionado de quince días posteriores al mes correspondiente de las aportaciones del Seguro General Obligatorio. Lo más importante en el caso de mora o cumplimiento tardío en el pago, es revisar en el caso, el motivo del no pago de la obligación mencionada dentro del plazo previsto, para en base a esto aplicar una sanción adecuada a la conducta final.

El no pago de obligaciones patronales atribuibles a mal funcionamiento del sistema bancario, no se configura en un acto omisivo. No existe acto omisivo dentro del presente caso, porque al no haber una voluntad e intencionalidad de no pagar las obligaciones patronales dentro del plazo, no puede considerarse una retención ilegal de fondos de los trabajadores por parte del patrono. Claramente no es discutible el incumplimiento de la obligación de pago dentro de un plazo, sin embargo esto no hace justificable la aplicación de sanciones similares a casos de omisiones dolosas ya que resultarían desproporcionadas en casos donde existe ausencia de un acto omisivo. Este análisis debe revisarse minuciosamente caso por caso para poder determinar sus particularidades y sobretodo la finalidad dentro del cumplimiento de una obligación ordenada por ley.

Este es un problema jurídico para todos los empleadores en el Ecuador, ya que se crea una vulneración al debido proceso por la aplicación de sanciones desproporcionadas a una ficción de una conducta, el mismo que es una garantía básica en la cual se determinan derechos y obligaciones de cualquier orden. No obstante dentro de las omisiones culposas, el juez o autoridad competente debe identificar cuatro elementos en los cuales surge la culpa por falta al deber de cuidado, lo cual precautelaría el cumplimiento de una garantía procesal como es el debido proceso. Primero, se debe constatar la situación descrita en la norma. Segundo, debe revisarse si existe una falta de cuidado para ejecutar lo tipificado en la norma. Tercero, debe verificarse una falta de cuidado al revisar la posibilidad física en la ejecución de la omisión. Como último punto, se debe revisar si existió una falta de cuidado al analizar las circunstancias que lo

obligan a una posición de garante.⁶⁹ La verificación positiva de todos estos elementos, recaerían en una tipicidad culposa.

Finalmente existe la culpa inconsciente que supone la ausencia de dolo y cabría más bien en estos casos un cuasi dolo, por ausencia de voluntad y por ende de acción. En el artículo tres del Reglamento General de Responsabilidad Patronal⁷⁰ se enumeran ciertos casos en los que no se consideran causa para la determinación de responsabilidad patronal. Considero importante la inclusión dentro del articulado, los casos de mora patronal para el empleador que no realice el pago dentro de quince días posteriores al mes correspondiente de las aportaciones del Seguro General Obligatorio, a consecuencia de una falla del sistema de la entidad financiera que haya imposibilitado el “débito bancario automático”. El hecho de que la entidad bancaria no haya procedido dentro del plazo con el débito bancario de aportes al Seguro General Obligatorio, demuestra que no existe voluntad directa del empleador y por ende no se configura una acción u omisión. Por estos motivos debe aplicarse una sanción correspondiente al incumplimiento de la obligación pero considerando los elementos mencionados como son la ausencia de voluntad y por ende, de acto. Estos elementos deben ser analizados cuidadosamente por los funcionarios competentes al caso, y también por los legisladores que deberían reconocer el análisis realizado al momento de redactar tipos penales en esta materia, para cumplir con un debido proceso, el mismo que garantiza que las leyes sean aplicadas por las autoridades públicas de manera imparcial y con penas correspondientes a las acciones u omisiones ejecutadas.

⁶⁹ *Id.*, p. 557.

⁷⁰ **Art 3.-** *No serán considerados como causa para la determinación de la responsabilidad patronal:*

- a) *Los pagos de aportes realizados con posterioridad a los quince (15) días del mes siguiente, cuando por caso fortuito o fuerza mayor el IESS amplíe la fecha de pago de aportes o cuando los aportes se los realiza en el primer día hábil posterior al quince (15), en caso de que éste sea sábado, domingo o feriado.*
- b) *El pago de reservas matemáticas de seguros adicionales o por reconocimiento de tiempos cancelados como artesanos o de habilitación de tiempos de aportación, militares o policiales.*
- c) *Por aportes del afiliado asumidos por el IESS, debido al subsidio por enfermedad.*
- d) *El pago de aportes personales y contribuciones del Estado y/o a los miembros de la unidad económico familiar, por concepto de afiliación al trabajo no remunerado del hogar.*
- e) *En auxilio de funerales, por diferencias de sueldos pagados con mora después del siniestro, por cuanto el valor de la prestación no varía en relación al sueldo cotizado.*
- f) *El pago de los aportes por restitución del empleado al cargo del que fue destituido, resultante de los fallos judiciales que ordenaren el reconocimiento retroactivo de haberes, siempre que dicho pago sea efectuado dentro del plazo de quince (15) días siguientes a la fecha en la cual el trabajador cobró los sueldos autorizados por el juez.*
- g) *En los sectores público y privado, los aportes por diferencias de sueldos de carácter retroactivo que sean determinados y cancelados dentro de los plazos establecidos en los contratos colectivos o por disposición de leyes, decretos, sentencias ejecutoriadas, actas transaccionales y resoluciones administrativas determinadas por el IESS; de no existir plazos establecidos en dichos documentos se considerará un tiempo de cancelación de quince (15) días calendario a partir de la fecha de publicación o notificación.*

Una vez analizada jurídicamente la configuración de acción y omisión, es importante que el legislador verifique los elementos esenciales de la conducta ejecutada. De esta manera, es obligación de la administración como de los jueces al momento de imponer sanciones, su observancia a **ponderar las circunstancias concurrentes para comprobar si en función de los hechos probados y de su calificación jurídica, la sanción impuesta se ajusta a la gravedad propia de la infracción⁷¹ (el énfasis me pertenece)**, para evitar aplicar sanciones desproporcionales. Es decir, debe adecuarse la entidad de la medida sancionadora con la gravedad y daño del comportamiento infractor.

b) CONSECUENCIAS JURÍDICAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LAS OBLIGACIONES PATRONALES

En el Ecuador, las consecuencias jurídicas generadas por el incumplimiento o cumplimiento tardío del pago de las obligaciones patronales, son de carácter oneroso y penal para el patrono. El incumplimiento de la obligación se configura cuando no se ha ejecutado en su totalidad la obligación dentro del plazo determinado en la Ley, o, cuando la prestación de la obligación ha sido efectuada después del plazo establecido en la Ley, lo que no se adecúa a la norma. Es así que el retraso en el cumplimiento que tiene a cargo el patrono de pagar los aportes patronales a favor de sus trabajadores, se transferirán y pagarán por mensualidades vencidas, dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes al que correspondan. El pago que realice el patrono al IESS luego de los 15 primeros días del mes, equivaldría al incumplimiento total de la obligación. Para el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social es fundamental que toda persona natural o jurídica que tenga trabajadores laborando bajo relación de dependencia, se encuentren afiliados y como obligación todo empleador deberá pagar los aportes correspondientes mensualmente.⁷² Es importante considerar que el cumplimiento de la obligación ha sido encuadrada a un término esencial. Por lo tanto, se incurre en mora patronal, cuando el cumplimiento de la obligación se realiza de forma tardía, esto atribuye al empleador por incumplimiento de una obligación positiva de dar. La mora cesa una vez que se cumpla con la obligación de dar (pago).

⁷¹ José Garberí Llobregat. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora*. Óp. cit., p. 343.

⁷² Julián Arturo De Diego. *Manual De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*. Cuarta ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 554-555.

La eficacia e inmediatez por la cual se constituye en mora al patrono, por el pago tardío o no pago de obligaciones patronales dentro de plazo, se genera por el solo hecho de estar tipificado dentro de la Ley de Seguridad Social y dentro de las Resoluciones respectivas emitidas por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. El Ecuador en los últimos años ha volcado su legislación hacia la protección de los trabajadores haciendo que los patronos tengan mayores cargas no solo onerosas sino también de cumplimiento de obligaciones administrativas con penalidades excesivas frente a su incumplimiento. La sobreprotección a los trabajadores se ha vuelto asfixiante para los empresarios, los mismos que se ven blindados por una normativa inflexible, al punto que se ha determinado responsabilidad solidaria frente a empleados privados, mandatarios y representantes legales. El hecho que las normas se hayan transformado altamente favorables a los trabajadores no implica ni justifica que también este tipo de conductas puedan ser injustas, ilegales y desproporcionales hacia los patronos, como tampoco justifica como cuando en algún momento de la historia las normas hubiesen sido favorables hacia los empleadores. Los límites que impone la Constitución al poder estatal deben ser aplicables para todos. El autor Horacio Rosati hace alusión a esta sobre protección a los trabajadores dentro de la seguridad social:

[...] son derechos, obligaciones y prestaciones heterogéneas que reconocen como hilo conductor la obligación social y estatal de asumir una conducta tuitiva y solidaria para enfrentar variadas contingencias (muchas de ellas inevitables) susceptibles de afectar al ser humano.⁷³

La responsabilidad solidaria se configura como una consecuencia jurídica en la no afiliación oportuna de sus trabajadores, como por la remisión al IESS, dentro de los plazos señalados, de los aportes personales, patronales, fondos de reserva y los descuentos que ordenaren. Así también la responsabilidad solidaria de mandatarios y representantes hace alusión a actos u omisiones del empleador dentro del período de su mandato y subsistirá después de extinguido, así se encuentra normado dentro de la Ley de Seguridad Social.⁷⁴ En caso de que la compañía cambie de dueño, el sucesor será solidariamente responsable con su anterior propietario o

⁷³ Horacio D Rosatti. Tratado De Derecho Constitucional. Primera ed. Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 668.

⁷⁴ Ley de Seguridad Social. Artículo 75. Registro Oficial No. 465 de 13 de noviembre de 2001. **Art. 75.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS EMPLEADOS PRIVADOS, MANDATARIOS Y REPRESENTANTES.-** Iguales obligaciones y responsabilidades tienen los patronos privados y, solidariamente, sus mandatarios y representantes, tanto por la afiliación oportuna de sus trabajadores como por la remisión al IESS, dentro de los plazos señalados, de los aportes personales, patronales, fondos de reserva y los descuentos que se ordenaren. La responsabilidad solidaria de mandatarios y representantes se referirá a actos u omisiones producidas en el período de su mandato y subsistirá después de extinguido éste.

antecesor por el no pago de aportes, fondos de reserva y descuentos legales a los que se haya encontrado obligado, dentro del plazo legal previsto. El Diccionario de la Lengua Española, denomina a la **responsabilidad** como la “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.”⁷⁵ En cuanto a la solidaridad del cumplimiento de la responsabilidad patronal impuesta por Ley y que va de la mano de la definición de responsabilidad, se establece que es el adherido o asociado a la causa legal. No obstante el sucesor podrá repetir el pago en contra del antecesor por vía ejecutiva dada la responsabilidad solidaria, “la responsabilidad solidaria es aquella que se comparte en su integridad, para todos los efectos con otros corresponsables o codeudores.”⁷⁶ Se encuentra excluida la responsabilidad patronal y por ende las consecuencias jurídicas a las personas que realicen trabajo no remunerado del hogar y a los miembros de la unidad económica familiar, en el cobro de multas por concepto de moras e intereses. De esta manera una vez configurado el incumplimiento de las obligaciones patronales, el empleador será revisado por la Dirección a la que corresponda y la misma dispondrá el inicio o la continuación de la responsabilidad patronal, dentro de un proceso administrativo. Finalmente se habrá configurado la mora patronal cuando el incumplimiento del pago de aportes del seguro general obligatorio, o de seguros adicionales contratados y fondos de reserva, sean cancelados luego de los quince días siguientes al mes que correspondan las obligaciones. Se debe exceptuar de lo antes mencionado los casos prestacionales de Riesgos del Trabajo, cuando versen sobre enfermedades profesionales y accidentes de trabajo.

Otra de las maneras que el IESS se manifiesta de manera coercitiva hacia los administrados es mediante la obligatoriedad de presentar el certificado de cumplimiento de obligaciones patronales para que se pueda ejercer los derechos que el Código del Trabajo le otorga.⁷⁷ Este certificado lo concede la Dirección Provincial del IESS vía internet y su duración es de treinta días. Esta política demuestra que el Estado tiene un amplio control sobre las empresas privadas a pesar de que su fin proteccionista de los derechos laborales los ampara legalmente. Este tipo de mecanismos exige a los particulares que ofrecen bienes y servicios, ser

⁷⁵ *Real Academia Española*. Asociación De Academias De La Lengua Español. <<http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>>. (acceso: 3/9/2016).

⁷⁶ Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De Investigaciones Jurídicas De La UNAM, 2014. <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3809/12>>. (acceso: 3/9/2016).

⁷⁷ Ley de Seguridad Social. Artículo 88. Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

responsables y estar al día con sus obligaciones ante el seguro social. La responsabilidad es generada por los derechos y obligaciones de la relación laboral, y también llamada responsabilidad contractual. El tratadista Néstor De Buen define a la responsabilidad de la siguiente forma, “La responsabilidad siempre tendrá el carácter de consecuencia respecto de una obligación principal incumplida o de un riesgo creado.”⁷⁸ El exigir a las empresas privadas la presentación del certificado de cumplimiento de obligaciones patronales, para acceder a la venta de bienes y servicios con el Estado, se ha convertido en una carga adicional y que resulta también en una penalidad adicional para aquellos empleadores que han incumplido una obligación con el IESS. Además de los procesos administrativos, de las posibles acciones penales, del tiempo perdido y de las multas e intereses, se suma esta sanción que hace al incumplimiento patronal aún más desproporcionado sobre todo en casos donde el administrado no ha violado esta obligación por voluntad propia. Las consecuencias de la falta del mencionado certificado en casos donde el incumplimiento del IESS no ha sido por voluntad del administrado se pueden tornar altamente dañinas sobretodo para empresarios con negocios con el Estado. El análisis caso por caso podría determinar que la sanción de no tener certificado, ponderado con el daño a un administrado podría determinar la desproporcionalidad de la actuación del IESS.

Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones patronales, derivan en ser declarado en mora patronal por la Dirección Provincial del IESS y esto acarrea intereses y multas por mora patronal. La mora patronal se configura cuando el empleador envía aportes, fondos de reserva y descuentos por concepto de préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS luego de los quince días del mes siguiente.⁷⁹ Igualmente se configura mora patronal cuando dentro de los convenios entre los empleadores y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se incumpla con el pago del dividendo correspondiente más lo correspondiente a la planilla del mes. La potestad sancionadora del Estado por el incumplimiento de una obligación, en la práctica, no cumple con la debida motivación desde la conducta hasta la determinación de la sanción, lo que vulnera directamente el principio de proporcionalidad ya que la glosa se genera automáticamente con muy pocas opciones administrativas de apelar. El

⁷⁸ Néstor de Buen, *Derecho del Trabajo*, 9a. ed., Mexico, Porrúa, 1994, p. 604.

⁷⁹ Ley de Seguridad Social, *Óp. cit.*, Art. 89. **Art. 89.- INTERÉS Y MULTAS POR MORA PATRONAL.-** La mora en el envío de aportes, fondos de reserva y descuentos por préstamos quirografarios, hipotecarios y otros dispuestos por el IESS y los que provengan de convenios entre los empleadores y el Instituto, causará un interés equivalente al máximo convencional permitido por el Banco Central del Ecuador, a la fecha de liquidación de la mora, incrementado en cuatro puntos.

sistema del IESS ha automatizado los procesos de generación de glosas con un análisis esquemático donde la falta de pago automáticamente equivale a una glosa. Adicionalmente es importante tener claro que las sanciones administrativas pecuniarias no pueden darse de manera concurrente, o de forma directa o indirecta, o subsidiariamente bajo privación de libertad, ya que esto va en contra de lo que protege el principio de proporcionalidad. La aplicación de sanciones a los patronos son desmedidas y exageradas y violan expresamente la Constitución en el artículo 76 numeral 6, que contempla que: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”⁸⁰ La carga sancionatoria en caso de incumplimiento de obligaciones con el IESS acarrea justamente sanciones penales administrativas y de otra naturaleza (como el no otorgamiento del certificado de cumplimiento). Por esa razón los casos deben ser analizados minuciosamente antes de sancionar.

En estos casos se pone en duda la desproporcionalidad de las sanciones por ser económicas excesivas y las innecesarias reacciones de un tipo punitivo. Al ser las sanciones económicas excesivas, las consecuencias que esto puede generar pueden llegar a ser altamente contrarias; no solo a los intereses económicos de los administrados sino también a los intereses del Estado. Siendo la economía una ciencia cíclica, la sanción del IESS repercute directamente a los trabajadores de los sancionados y al Estado por una posible baja recaudación tributaria. Estas consecuencias podrían ser justificables en ciertos casos, pero en casos como los mencionados cuando la conducta carece de voluntad, el desequilibrio económico generado por este tipo de sanciones desproporcionales puede ser incluso cuantificable y demostrable. La *ratio legis* de la sanción no se cumpliría al imponer sanciones desproporcionales ya que no sería bajo ninguna circunstancia rehabilitadora ya que no es posible rehabilitar una conducta que no fue cometida por voluntad propia. La rehabilitación del administrado sería el no confiar en los medios financieros de pago de obligaciones que el propio Estado habilitó para facilitar su cumplimiento. Si bien la proporcionalidad consiste en la necesidad de proteger a través de la tipificación en la norma de comportamientos constitutivos de infracciones y consecuencias jurídicas; no lo hace justificable a los administrados por el hecho de encontrarse recogida en la Ley.

El hecho de que las normas jurídicas sean legalmente tipificadas, es decir sean legítimas, expedidas por un órgano competente, no las hace automáticamente inmune a ser

⁸⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

desproporcionales. Es así que debe distinguirse dos exigencias al analizar la proporcionalidad de una sanción: primero, la pena siempre debe ser proporcional al delito, no debe ser exagerada; y, segundo, la proporcionalidad se medirá en base a la importancia social del hecho.⁸¹ Si bien el incumplimiento de la obligación de pago dentro de un plazo legal establecido debe tener como consecuencia una sanción al administrado, debe aplicarse una sanción proporcional con el delito. Por lo tanto, para que una conducta esté permitida en la Ley, debe perseguir fines legítimos y socialmente relevantes, solo así irá de la mano con lo que precautela el principio de proporcionalidad. Es importante recordar que la proporcionalidad es un derecho constitucional, por lo que cualquier norma o reglamento que incumpla con este principio tiene la posibilidad de ser declarado inconstitucional, a pesar que pueda ser una ley legítimamente expedida. La observancia del principio de proporcionalidad precisa los requisitos externos de motivar todo acto administrativo, mas no solo justificar la sanción sobre los hechos constitutivos del ilícito y de competencia de la autoridad administrativa. Por lo mencionado, queda claro que el accionar de las autoridades del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social frente al administrado, con la tipificación de sanciones excesivamente onerosas, no respetan los requisitos intrínsecos de idoneidad, ya que la medida sancionadora y restrictiva de derechos, no se muestra capaz de conseguir los fines perseguidos, por el contrario crea una situación dañosa e irreparable al empleador moroso y a sus trabajadores dependientes.

En ciertos casos como cuando se genera una sanción por la falta de emisión del certificado de cumplimiento o como la generación de intereses de manera automática cuando se han incumplido obligaciones patronales por errores en el sistema informático-financiero, resultan exentos de cualquier motivación. A pesar que todo órgano responsable del caso debería sujetar su decisión y pronunciamiento a las exigencias propias del deber de motivación, en la realidad se está peleando contra sistemas informáticos y contra leyes que no tienen flexibilidad y que están redactadas contrariamente a los principios del derecho. Finalmente es importante mencionar que la falta de motivación en cualquier resolución, podría generar la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de dicha resolución sancionadora, esto en razón de ocasionar la indefensión de las partes interesadas.

c) MECANISMOS DE CUMPLIMIENTO PARA SANEAR LA MORA PATRONAL

⁸¹ Ivonne Yennisey Rojas. *La Proporcionalidad En Las Penas*. pp 85-99. <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf>. (Acceso: 25/09/2016)

i. Convenio de purga de mora patronal

El Estado ha creado mecanismos para sanear el incumplimiento del empleador moroso, uno de ellos es el convenio de purga de mora patronal, dentro del mismo interviene el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con empleadores que por razones de fuerza mayor – debidamente comprobada- se hallen imposibilitados de pagar los aportes y fondos de reserva. Existen diferentes procedimientos para la suscripción de convenios de purga de mora patronal; el primero, por el monto de hasta tres mil salarios básicos unificados del trabajador.⁸² El otro procedimiento se da en casos donde el doble del valor -tres mil salarios básicos unificados del trabajador- lo realizará ante el Director General del Instituto, y en cuantías superiores a la mencionada, será competencia del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Es importante recalcar que en todo procedimiento debe cumplirse con el principio del debido proceso, el mismo que se encuentra conformado por la neutralidad.⁸³ El hecho de que el propio Consejo Directivo del IESS califique las garantías para los convenios de purga de mora, genera que el procedimiento pierda imparcialidad y se incline la balanza hacia el administrador de manera automática.

Al haber eliminado el concepto de Estado de Derecho a un Estado de Derechos, supone un cambio trascendental ya que el sistema anterior suponía plena sujeción a la ley, limitación al ejercicio de la autoridad, responsabilidad pública, sometimiento de las políticas públicas a las normas y prevalencia de los derechos de las personas sobre el interés del Estado.⁸⁴ Justamente se ha degenerado en los últimos años, la prevalencia de los derechos de las personas sobre el interés del Estado y se ha extra limitado el ejercicio de las autoridades administrativas lo que ha ocasionado la imposición de sanciones administrativas y hasta penales desproporcionales, esto porque no se respetan los supuestos de que la pena debe ser proporcional al delito, y no debe ser exagerada relación con la importancia social del hecho.

ii. Excepciones y procedimiento

⁸² Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS, *Óp. cit.*, Art. 138.

⁸³ Carlos Santiago Nino. *Fundamentos De Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico Y Politológico De La Práctica Constitucional*. *Óp. cit.*, pp. 446-447.

⁸⁴ Fabián Corral. *Los Derechos Del Estado*. *Elcomercio.com*. <<http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-estados-legitimidad-gobierno.html>>. (Acceso: 25/9/2016)

Como en todo procedimiento existen excepciones, que en el caso de los convenios de purga de mora patronal son: los conceptos de aportes, fondos de reserva y responsabilidad patronal. Lo que se excluye de los convenios son los descuentos por dividendos de préstamos del IESS y BIESS realizados por el empleador y las retenciones que realice el IESS por mandato legal. Está terminantemente prohibido incluir dentro de los convenios, los descuentos realizados por el empleador en calidad de agente de retención, por préstamos del IESS al afiliado. Todos los convenios de pago incluirán una cláusula que mencione claramente que la suscripción del Convenio no significa novación de las obligaciones y que los créditos del IESS no pierden el carácter de privilegiados, conforme se establece en el Artículo 294 de la Ley de Seguridad Social. Una vez suscrito el convenio es entregado para su registro y trámite en el plazo de cuarenta y ocho horas a la Unidad Provincial o Grupo de Trabajo de Gestión de Cartera.

iii. Pagos Parciales

Así también el IESS con la finalidad de recaudar las obligaciones de pago pendientes de los empleadores a favor del Instituto, permite la suscripción de pagos parciales. Los pagos parciales operan cuando el deudor registra en mora el pago de aportes, fondos de reserva o responsabilidad patronal, glosas y títulos de crédito antes de que se efectúe el sorteo⁸⁵. Es importante mencionar que en el caso de incurrir en mora del pago de dos o más dividendos del Convenio de purga de mora patronal, el Instituto cobrará una multa equivalente al cuatro por ciento de los valores impagos, lo que refleja una doble sanción al empleador. La liquidación se calculará por los valores impagos, al capital de los dividendos vencidos.

Este tipo de normativa refleja que el Instituto al ser juez y parte dentro del procedimiento, crea un vínculo con los sujetos procesales por tener intereses propios. Al tener interés el IESS en la negociación de su propio convenio de pago frente a un administrado que tiene toda una amenaza de posibles sanciones, inclusive de tipo penal, elimina el principio de imparcialidad y crea una negociación altamente irregular entre el amplio poder estatal contra las pocas armas de defensa del administrado. De la mano del principio de imparcialidad se encuentra el de igualdad, que vela por la aplicación del mismo tratamiento en situaciones similares sobre una generalidad y de forma neutral. En estos casos en que el Instituto interviene como juez y parte, no se cumple con el principio de igualdad ya que el patrono siempre estará en una posición de desventaja y poder frente al IESS. El hecho que dentro de los procedimientos administrativos con el IESS,

⁸⁵ Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS, *Óp. cit.*, Art. 144.

participe el Instituto en calidad de juez porque es el responsable de determinar la mora y responsabilidad penal y como parte afectada, en la prestación de prestaciones económicas y sociales a sus afiliados, produce que el Instituto se encuentre en una posición de ventaja sobre el patrono porque el “afectado” es la autoridad competente que determina la sanción correspondiente al caso. El artículo 287 de la Ley de Seguridad y 148 de su Reglamento, inviste de jurisdicción coactiva al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y asigna competencia de jueces de coactiva al Director General o Provincial del mismo.⁸⁶

Si bien la Ley de Seguridad Social otorga jurisdicción coactiva a las autoridades administrativas correspondientes, no significa que la norma es justa, solo significa que es legal. De acuerdo al tratadista Norberto Bobbio,⁸⁷ existen normas válidas sin ser justas y normas validas sin ser eficaces. Muchas veces el legislativo en busca de un ideal de justicia y la realidad del derecho, crea problemas jurídicos al momento de aplicar sanciones justas y proporcionales a los administrados, lo que crea normas válidas sin ser justas. Un claro ejemplo de este tipo de normas eran las de la Alemania Nacional-Socialista, donde la validez de la normativa era innegable por cuanto eran expedidas por un órgano competente, sin embargo resulta innegable la atrocidad e injustas que resultaron dichas leyes. El artículo citado es un claro ejemplo de una norma válida pero injusta, porque al otorgar jurisdicción coactiva al propio IESS, viola el principio de imparcialidad. La imparcialidad implica que no exista vínculo ni interés alguno con los sujetos procesales o el procedimiento. Igualmente dentro de este trabajo se puede identificar normas validas pero ineficaces. Este tipo de normas si bien son legales, en la práctica resultan ser ineficaces en su aplicación a los administrados. En el caso, resulta totalmente ineficaz que el Director General o Provincial del IESS, resuelva los casos coactivos de los administrados, ya que como mencione anteriormente, esto va en contra del debido proceso porque el propio Instituto actúa como juez y parte dentro del proceso. El propio IESS no podrá actuar imparcialmente porque no puede considerar de forma independiente los siguientes elementos para determinar una pena que son; su utilidad social, los efectos y consecuencias para: el autor, la sociedad, la victima y para el propio Estado que la impone. Esto supone una violación al debido proceso

⁸⁶ Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS, *Óp. cit.*, Art. 148. **Art. 148.-** De la jurisdicción coactiva.- De conformidad con el Artículo 287 de la Ley de Seguridad Social, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se encuentra investido de la jurisdicción coactiva, así como el Artículo 288 *ibídem* corresponderá al Director General o al Director Provincial, la titularidad del ejercicio de la jurisdicción coactiva, quienes actuarán dentro de sus competencias en calidad de Jueces de Coactiva, iniciando el proceso coactivo directamente contra las personas naturales o de tratarse de personas jurídicas contra sus representantes, una vez que se emitan las órdenes de cobro de la mora establecida por el IESS, de conformidad con la Ley.

⁸⁷ Norberto Bobbio. Teoría General Del Derecho. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2007, pp.131-140.

porque no cumple con lo su finalidad de asegurar que las leyes sean aplicadas por las autoridades públicas de manera imparcial.

d) MÉTODO COACTIVO

El procedimiento coactivo inicia con la emisión del auto de pago y la inmediata citación, y se ejercerá no solo en contra del obligado principal sino en contra de todos los obligados conforme lo previsto en la Ley de Seguridad Social. Es innegable la posibilidad que otorga las leyes ecuatorianas amparadas en el principio constitucional de doble instancia de poder apelar las decisiones del IESS. No resulta necesario explicar las demoras judiciales en los Tribunales contenciosos administrativos para comprender que resulta inoficioso una apelación frente a estos tribunales. Además, las acciones administrativas no son de carácter suspensivas; es decir que el IESS continuará con sus procedimientos de cobranzas mientras se decida la acción administrativa. Las violaciones a los principios de proporcionalidad, debido proceso, neutralidad entre otros, no son únicamente violentados por los procedimientos del IESS sino por todos aquellos procedimientos complementarios como el acceso a la justicia, que resultan ineficaces.

Sin embargo existen casos en los cuales el cobro de la mora patronal es incobrable por insolvencia judicialmente declarada de los deudores y sus garantes; en estos casos el IESS procede a castigar la deuda contablemente. En los casos incobrables, no aplica el mismo tratamiento de la condonación de la deuda.⁸⁸ Cuando se castiga la obligación pendiente de pago de la mora patronal, se aplicará una prohibición implícita al deudor directo o al responsable solidario, para acogerse a las prestaciones y beneficios que otorga el Seguro Social, y a su vez se retendrá las pensiones jubilares, fondos de reserva y cesantía hasta que se haya cubierto el monto total de la obligación en mora. Si la seguridad social es la rama del derecho que se encarga del bienestar de los afiliados, el Estado no cumple con la finalidad del Seguro Social, dejando en indefensión total a la persona natural que haya incurrido en mora y que dada la situación de insolvencia, haya incumplido con sus obligaciones patronales. Si bien es cierto que la seguridad social es producto del constitucionalismo social, este no deja de ser un concepto general dinámico que se plasma a través de normas que buscan lograr el bienestar general. Si bien en principio el concepto de seguridad social se limitó a proteger a ciertas contingencias de los trabajadores, la cobertura se extendió a todos los individuos lo que ha generado que el Estado se vea sobre cargado y no pueda brindar las prestaciones sociales a sus afiliados

⁸⁸ Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS, *Óp. cit.*, Art. 180.

oportunamente. De esta manera concuerdo con el concepto del tratadista Gregorio Badeni, que define lo que debería cumplir el seguro social a largo plazo para su correcto funcionamiento.

El logro del bienestar general a través de la seguridad social es un objetivo imposible de concretar en forma inmediata, su concreción, respetando la vigencia de la libertad, solamente es factible de manera progresiva en virtud de cubrir, paulatinamente, sus contenidos primarios mediante los productos del progreso tecnológico y económico de una sociedad.⁸⁹

Este actuar por parte del IESS va en contra del principio de solidaridad que defiende al sistema de la seguridad social no de forma contractual y por el contrario como: “Una responsabilidad social para asistir a los flagelos nacidos de la necesidad, la desigualdad, la enfermedad y la miseria.”⁹⁰ Es así que esta actuación por parte del Instituto es inconstitucional y no es concordante con el artículo 76 de la Constitución numeral 6 que garantiza la proporcionalidad de las sanciones. El aplicar como sanción al patrono -declarado judicialmente insolvente- la prohibición de acogerse a las prestaciones y beneficios otorgados por el Seguro Social, como la retención de pensiones jubilares, fondos de reserva y cesantía, hasta la extinción total de la obligación en mora, demuestra un doble castigo para el empleador. ¿Dónde queda la responsabilidad social del Estado para asistir a los necesitados, cuando el principio constitucional de solidaridad defiende los casos que se encuentran en una situación de desigualdad? Resulta altamente desproporcionado que las mismas sanciones para un patrono voluntariamente incumplido recaigan sobre un empresario insolvente, que por hechos causales ha tenido que recurrir a la insolvencia sin importar cuales fueran, pero serian aun mayormente desproporcionales en casos de insolvencia a administrados emprendedores que por el riesgo y giro de su negocio quebraron.

Las normas que inclusive fueron ideadas para ayudar al administrado, como son los pagos parciales de mora patronal, resultan siendo contrarias a principios de derecho. El tratadista Norberto Bobbio explica esta realidad normativa y realiza una distinción conceptual de la norma y las califica como válidas, eficaces y justas. Una norma válida es aquella que se encuentra dentro de un sistema jurídico y emanada por el órgano estatal competente. Se configura validez

⁸⁹ Gregorio, Badeni. *Tratado De Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 550.

⁹⁰ Julián Arturo De Diego. *Manual De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*. Óp. cit., p. 555.

de una norma dentro de tres elementos; la competencia formal, de procedimiento y competencia material, siendo esta última la determinación de si la norma es o no contradictoria con otra norma superior. La eficacia de la norma se refiere a si la norma es idónea para producir efectos, por lo tanto dentro del plano jurídico, los actos inválidos son ineficaces desde esta perspectiva. Desde el punto de vista político, se analiza si la norma satisface las finalidades y objetivos sociales o políticos por los cuales fueron creadas las normas. Dentro de la eficacia en el plano político, el legislador tiene la intención de utilizarla las normas como instrumentos para alcanzar los fines deseados. Sin embargo como es el caso a pesar de que la ley inviste a la propia autoridad del IESS para determinar sanciones y jurisdicción coactiva, el legislador desacertó la finalidad que creyó obtener para velar por los derechos de los afiliados al IESS. Por el contrario los efectos esperados demuestran lo contrario, un ataque y excesivo poder coercitivo frente al administrado que por razones ajenas a sus voluntad fue declarado judicialmente insolvente y que se encuentra en una posición desigual al del patrono moroso que si dispone de los recursos o medios para sanear el incumplimiento patronal. Igualmente se debe analizar la eficacia desde el sentido sociológico, el cual alude al grado de cumplimiento de la norma por todas las personas. Dentro del análisis de la norma debe analizarse la relación de validez, eficacia con la justicia. La justicia mide la adecuación de una norma o de su conjunto, en relación a un orden normativo relacionado pero diferente del derecho, lo que se traduce a la moralidad. La norma es justa si es conforme a la moral, si no lo fuera sería una norma injusta. Si bien es cierto que una norma puede ser valida y/o eficaz pero injusta, sin embargo no es correcto afirmar que una norma es jurídica por ser justa, de acuerdo al tratadista Hans Kelsen, “un hombre será considerado justo para el orden social cuando sus actos concuerden con el orden social que se haya considerado justo.”⁹¹

Finalmente, a pesar de que el legislativo afirme que toda norma dentro del sistema jurídico es válida, no hace que las mismas sean justas. En el presente caso, las sanciones del IESS descritas resultan desproporcionales, y los procedimientos de saneamiento de la obligación patronal no resuelven dicho problema, a pesar que fueron legítimamente promulgadas, porque de acuerdo al análisis de la teoría del autor Norberto Bobbio,⁹² esto no las hacen justas porque

⁹¹ Hans Kelsen. *Teoría Pura Del Derecho*. México: Porrúa, 2005, p.71.

⁹² Norberto Bobbio. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2007, pp.131-140.

violan preceptos de ponderación y fines sociales. La autoridad competente no incluye las dos exigencias básicas de la pena, que es la importancia social del hecho y la proporcionalidad de la pena al delito, es decir que la pena no puede ser exagerada. En conclusión las sanciones del IESS son desproporcionales porque el sacrificio de los intereses individuales son excesivos para el empleador en mora. En estricto sentido se debe analizar individualmente cada caso, la gravedad del injusto, la gravedad de la pena y la gravedad del hecho cometido. A pesar que las normas relativas al IESS puedan ser legítimas y eficaces, estas no siempre son justas; sobre todo en los casos analizados cuando se ha demostrado la desproporcionalidad de las sanciones.

IV. CONCLUSIONES

A través del análisis jurídico constitucional, administrativo y penal se puede concluir que las sanciones administrativas por vía coactiva del IESS resultan desproporcionales en los casos en los que el administrado esta en insolvencia y por lo tanto imposibilitado de pagar, y cuando por acciones ajenas al administrado no se ha realizado el débito bancario para el pago de las obligaciones. Desde el derecho constitucional se ha analizado al principio de legalidad como la base que sustenta y legitima al derecho administrativo sancionador. El principio de legalidad debe reflejarse en una nueva legislación que tiene por objetivo el regular avances tecnológicos que son de ayuda para los administrados y también para el Estado por cuanto facilita y agiliza su actividad recaudadora. Este es el caso del débito bancario automático para el pago de los aportes al seguro social. Nunca por fines de recaudación o de simplicidad administrativa el legislador podrá sobreponer estos intereses por sobre el principio de legalidad. Menos aun cuando se trate de una función sancionadora del Estado, como lo es la coactiva, puede omitirse el principio de legalidad. Es decir que desde una perspectiva constitucional, la falta de pago de un aporte al IESS por falla del sistema bancario -ajeno a la voluntad del administrado-, no puede ser sancionado de la misma manera que un administrado que voluntariamente no cumple con su obligación. Se está violentando el principio de legalidad por cuanto se están excediendo los límites del poder público al legislar y sancionar de manera desproporcional a actos distintos. La falta de una clara determinación por parte del legislador puede traer como consecuencia resoluciones abusivas de poder. Un análisis de ponderación de sanción frente a los beneficios y hechos generados podría determinar la inconsistencia entre la sanción y la acción. Para la correcta aplicación de sanciones es necesario aplicar el principio de proporcionalidad.

Debe existir proporcionalidad entre lo que se quiere evitar y las medidas que se aplicarán para prevenir la lesión a un bien jurídico protegido constitucionalmente. La intención no es cuestionar el incumplimiento voluntario de las obligaciones por el pago de prestaciones al IESS sobre los aportes personales, patronales, fondos de reserva y los descuentos que se ordenaren, sino cuestionar la desproporcionalidad de la aplicación de sanciones impuestas por el IESS en los casos donde no existe acción u omisión. Este trabajo no pone en tela de duda la legalidad y legitimidad de un sistema sancionatorio y coactivo del Seguro Social para el cobro de obligaciones, pero si cuestiona a la legislación y a los jueces coactivos en aquellos casos donde se sanciona de la misma manera a una falta de pago voluntaria o involuntaria, contrario al principio de proporcionalidad. Con la finalidad de evitar este tipo de situaciones, toda autoridad administrativa y los jueces deben aplicar el principio de proporcionalidad al momento de imponer sanciones, considerando particularmente las circunstancias de cada caso para comprobar si en función de los hechos demostrados y su calificación jurídica, la sanción impuesta, se ajusta a la gravedad propia de la infracción. La discrecionalidad administrativa en los límites de las sanciones debe servir para que por medio del análisis jurídico, los ejecutores de las sanciones administrativas impongan sanciones ponderando los casos específicos frente al daño cometido.

Las sanciones como las infracciones administrativas son manifestaciones del poder público (*ius puniendi*) que utiliza el Estado para reprimir ciertas conductas, las mismas que deben sujetarse a parámetros constitucionales, dentro de los cuales el elemento esencial es el principio de proporcionalidad. La acción u omisión punible se origina por el movimiento corporal humano. Un acto con intencionalidad (voluntad) pero sin una finalidad dentro del plano jurídico, es una acción sin voluntad. Un acto sin voluntad no es considerado una acción, por el contrario es un proceso causal. Un proceso causal no conlleva la misma pena que una acción proveniente de un humano con plena voluntad e intencionalidad. En uso de su facultad discrecional y, amparados en los principios de proporcionalidad y otras garantías del debido proceso, los funcionarios del IESS están en la obligación de tener en cuenta un hecho tan fundamental como lo es la causalidad de la violación por la que se está sancionando, más aún cuando en ciertos casos la sanción puede inclusive llegar a ser de carácter penal.

La construcción del concepto de acción debe ser analizada desde su origen y voluntad. En cuanto a la identificación de una omisión se debe primero encontrar en la norma la obligación de hacer algo. Se considera una omisión cuando una persona natural o jurídica con plena intencionalidad y conocimiento realice lo contrario a lo ordenado en la norma. El no pago dentro del plazo de obligaciones patronales atribuibles al mal funcionamiento del sistema bancario no

puede considerarse un acto omisivo. La falta de aportes al IESS no puede considerarse como un acto omisivo porque no hay voluntad e intencionalidad del pago dentro del plazo. Por lo tanto no puede considerarse una retención ilegal de fondos de los trabajadores por parte del patrono. No puede analizarse separadamente al sentido (de intencionalidad) de la exteriorización del acto en el mundo (finalidad). A pesar de que el IESS pueda alegar que no recibió ciertos fondos por fallas electrónicas del sistema, en estricto sentido esto no podría ser atribuible como consecuencia al patrono, puesto que cumplió su obligación de realizar el pago. Adicionalmente, ninguna interpretación normativa puede llevar a la conclusión que el patrono, adicionalmente a todas sus obligaciones laborales, tenga la obligación de que el sistema financiero transfiera correctamente los fondos al Seguro Social. Un mínimo de análisis caso por caso y de motivación de las resoluciones del IESS claramente resolvería no sancionar de forma general en el caso mencionado.

El artículo 66 de la Constitución⁹³ reconoce y garantiza a todas las personas los derechos de libertad, el derecho de que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, o cualquier clase de obligaciones y como única salvedad, las pensiones alimenticias. Esta disposición de orden Constitucional, se contradice directamente con la disposición establecida dentro del Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 242⁹⁴. Este determina que el empleador que retenga los aportes patronales de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años. Este nuevo delito abre la puerta hacia ciertos cuestionamientos de orden constitucional, ya que nuestro sistema penal se caracteriza por ser rehabilitatorio y no punitivo. Dicho derecho de libertad, constitucionalmente consagrado, pierde toda constitucionalidad cuando el Estado en uso de la reserva de Ley, tipifica de manera general y sin un análisis jurídico necesario, la aplicación de una pena en temas de Seguridad Social. Si el análisis jurídico penal era pertinente para sanciones administrativas, para sanciones de privación de libertad es aún más importante revisar la proporcionalidad de las sanciones. Así también en este caso, una sanción penal resultaría inconstitucional más aún cuando se trate de fallas no atribuibles a la voluntad del patrono.

⁹³ **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas: **29. c)** Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

⁹⁴ **Art. 242.-** Retención ilegal de aportación a la seguridad social.

Un segundo caso de desproporcionalidad analizado han sido las sanciones en coactiva a administrados que se encuentran en insolvencia. Existen excepciones a la regla, como es el caso del cobro de la mora patronal incobrable por insolvencia declarada de los deudores y sus garantes. Si bien el IESS procede a castigar la deuda contablemente, también castiga de manera directa al deudor principal o al responsable solidario con la retención de las pensiones jubilares, fondos de reserva y cesantía hasta que se haya cubierto el monto total de la obligación en mora. Este tipo de sanciones demuestra la violación directa del principio de solidaridad que defiende al sistema de seguridad social como una responsabilidad de asistir a los más necesitados que se encuentren en situaciones de desigualdad. La desproporcionalidad en la sanción hace que resulte difícil cobrar los aportes ya que las retenciones son inejecutables. Es una solución que afecta tanto al aportante como al beneficiario. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se encarga del bienestar de los afiliados; sin embargo en los casos de insolvencia, olvida y castiga al patrono moroso que por circunstancias ajenas a su voluntad se encuentra imposibilitado de pagar, lo que genera graves perjuicios también para el afiliado. Esto demuestra que este tipo de sanciones son contrarias a las exigencias constitucionales que derivan del principio de proporcionalidad, por ser totalmente excesivas en la cuantía y la extensión de la sanción, en relación con la entidad del ilícito o la infracción. Da a parecer que el quebrar o tener un negocio fallido es ilegal bajo la legislación ecuatoriana. Este es otro caso de la existencia de desproporcionalidad de las sanciones y la falta de cumplimiento de las garantías constitucionales por parte de los administradores del poder público y de los legisladores que demuestran abusos de poder por parte del Estado.

Es importante que los jueces de coactiva analicen y revisen caso por caso los elementos que condujeron al incumplimiento de las obligaciones patronales para la correcta aplicación de sanciones correspondientes a la conducta final y evitar hacer uso de potestades discrecionales ilimitadas e irrespetar las garantías constitucionales de los ciudadanos. La revisión de cada caso, con los hechos concretos y diferentes de cada afiliado o patrono, determinarán la proporcionalidad de las sanciones. Sin embargo, si la sanción se toma sin ni siquiera revisar las circunstancias particulares de cada caso y con una interpretación literal únicamente de su norma y reglamento (olvidando por completo la existencia de otros cuerpos normativos y principios de mayor categoría como la Constitución) los administrados se enfrentan a un claro abuso del poder público.

Toda acción que como consecuencia genere el incumplimiento de una obligación legal, debe ser sancionada. No obstante, la sanción deberá ser proporcional y congruente con la acción

final; no puede aplicarse una sanción de manera general al patrono que por razones ajenas a su voluntad no haya cumplido dentro del plazo con una obligación que por Ley se encontraba obligado hacerlo. Es derecho del administrado y es un deber del Estado cumplir con el principio de proporcionalidad sobre todo en un ámbito tan importante como lo es la seguridad social. Además de ser un derecho, una garantía y un límite al poder, la proporcionalidad es un principio jurídico. Es un principio que considera que las sanciones deben ser congruentes con la infracción cometida. En el caso específico, las sanciones impuestas por el IESS, estas deberían corregir y sancionar por un incumplimiento voluntario sin que se generen daños mayores a los que corresponda por el daño causado. Siendo sanciones pecuniarias y al tratarse de patronos, la cuantificación de los daños y de las posibles sanciones son calculables. Al ser el Ecuador un Estado de Derechos y Justicia, los jueces de coactiva deben actuar con apego a los principios y garantías que otorgan a la proporcionalidad rango constitucional y determinar las sanciones dependiendo de los factores de cada caso particular.

En conclusión, después de realizar un análisis jurídico desde la perspectiva constitucional, administrativa y penal, el IESS ha dispuesto sanciones desproporcionales y se ha legislado con normas que han generado dicho efecto en los casos de sanciones coactivas a falta de acción del administrado y también en los casos de insolvencia del patrono atentando así a los derechos de los administrados y ejerciendo abusivamente los límites impuestos al poder público. No por ser legítima una norma es necesariamente justa ni eficaz, podría, como en este caso ser inconstitucional por atentar contra el principio de proporcionalidad. La proporcionalidad debe ser entendida como un límite al ejercicio punitivo del Estado, protegiendo los derechos de los asegurados, pero también garantizando los derechos de los administrados obligados para que así se construya un sistema institucional equilibrado, confiable, incentivador, pero sobretodo que garantice y respete los derechos de los mandantes.

V. BIBLIOGRAFÍA

Albiñana García-Quintana, César y González García, Eusebio. *Estudios En Homenaje Al Profesor Pérez De Ayala*. Madrid: Dykinson, 2007.

- Alexy, Robert. "La fórmula del peso." *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Miguel Carbonell (ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Badeni, Gregorio. *Tratado De Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Barnes, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad". *El principio de proporcionalidad*. Cuadernos de Derecho Público 5, Universidad de Sevilla, 1998.
- Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. "La Racionalidad de la Ponderación". *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2008.
- Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De Investigaciones Jurídicas De La UNAM, 2014. <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3809/12>>. (Acceso: 3/9/2016).
- Bidart Campos, Germán J. *Compendio De Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- Binder, Alberto M. *Justicia penal y estado de derecho*. 2ª. ed. Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis, 2007.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. I*, Ed. Heliasta, Buenos Aires: 1986.

Carbonell, Miguel. *El Principio De Proporcionalidad En El Estado Constitucional*. Google Books. Universidad Externado De Colombia, 2007. (acceso: 18/10/2014).

Carbonell, Miguel. *El Principio De Proporcionalidad Y La Interpretación Constitucional*. 1ra. Edición ed. Quito: V&M Gráficas, 2008.

Celi, Estefanía y Ortega, Javier. *La Relación Entre El Número De Años En La Cárcel Y El Delito Es La Polémica*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/relacion-numero-de-anos-carcel.html>. (acceso: 17/10/2014).

Corral, Fabián. Los Derechos Del Estado. <<http://www.elcomercio.com/opinion/derechos-estados-legitimidad-gobierno.html>>. *Elcomercio.com*. N.p., 05 Mar. 2015. (acceso: 25/09/2016).

De Buen, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 9a. ed., México, Porrúa, 1994.

De Diego, Julián Arturo. *Manual De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*. Cuarta ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General. Vol. IV*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2008.

Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

García De Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso De Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013.

García Falconí, José. *La Proporcionalidad De Las Penas*. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2012/1/26/la-proporcionalidad-de-las-penas>. (acceso: 27/10/2015).

Gordillo, Agustín. *Los Principios Generales Del Derecho En La Jurisprudencia Administrativa*. Derecho Administrativo Español. Tomo I. Introducción Al Derecho Administrativo

Constitucional, 2008, pp. 55-78. http://www.gordillo.com/cv/1_5.html. (Acceso: 27/10/2015).

Jakobs, Günther y Sánchez-Vera, Javier. *La Imputación Penal De La Acción y De La Omisión*. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, Centro De Investigaciones De Derecho Penal Y Filosofía Del Derecho, 1996.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura Del Derecho*. México: Porrúa, 2005.

Linares, Juan Francisco. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma, 1986.

Llobregat, José Garberí. *Derecho Administrativo Sancionador Práctico: Comentarios, Jurisprudencia, Formularios, Jurisprudencia, Formularios, Casos Prácticos, Normativa Reguladora*. Primera ed. Hospitalet De Llobregat (Barcelona): Bosch, 2012

Lopera Mesa, Gloria. "La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones entre particulares". *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado. El Debate*. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (ed.) Pontificia Universidad Javeriana. DIKE: Bogotá 2008.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado De Derecho Administrativo*. Tomo. 4. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos De Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico Y Politológico De La Práctica Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma, 1992.

Prat Westerlind, Carlos. *Las Consecuencias Jurídicas Del Delito: análisis De La Doctrina Del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

Quinzacara, Eduardo Cordero. *El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal*. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502012000200006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. (acceso: 27/10/2015).

Real Academia Española. Asociación De Academias De La Lengua Español. <<http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>>. (acceso: 3/9/2016).

Rojas, Ivonne Yenissey. *La Proporcionalidad En Las Penas*. http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf (acceso: 28/5/2016).

Rosatti, Horacio D. *Tratado De Derecho Constitucional*. Primera ed. Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Sánchez-Terán Hernández, Juan Manuel. *Los Criterios De Graduación De Las Sanciones Administrativas En El Orden Social*. Librería Dykinson. N.p., n.d. Web. 18 Oct. 2014.

Sarmiento Ramírez- Escudero, Daniel. *El Principio De Proporcionalidad En El Derecho Administrativo*. Google Books. Universidad Externado De Colombia, 2007. Web. 18 Oct. 2014.

Taruffo, Michele. *Constitución Y Proceso*. Lima: ARA, 2009.

Terradillos Basoco. Juan M. *La Constitución penal: Los derechos de libertad en Las sombras del sistema constitucional español*. Madrid, Trotta, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro W. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2000.

Zarini, Helio Juan. *Derecho Constitucional*. Ciudad De Buenos Aires: Editorial Astrea De A. Y R. Depalma, 1999.

PLEXO NORMATIVO

Constitución de la República de Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. Nacional, Asamblea.

Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Reglamento de Afiliación Recaudación y Control del IESS. Resolución del IESS 301, Registro Oficial No. 128 de 11 de febrero de 2010.

Ley de Seguridad Social. Registro Oficial No. 465 de 30 de noviembre de 2001.

Reglamento de Registro y Castigo de la Mora Patronal, Resolución del IESS No. 288. Registro Oficial No. 71 de 20 de noviembre de 2009.

Reglamento General de Responsabilidad Patronal, Resolución del IESS No.517. Registro Oficial N. 801 de 20 de julio de 2016.

Reglamento para la aplicación por parte del IESS de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, Resolución del IESS No. 434. Registro Oficial No. 840 de 28 de noviembre de 2012.

Reglamento Para El Control De La Discrecionalidad. Decreto 3179. Registro Oficial No.686 de 18 de octubre de 2002.

Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera, IESS. Registro Oficial No.687 de 15 de agosto de 2016.

Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Registro Oficial No.797, 26 de septiembre de 2012.