

Quito, D.M. 28 de abril de 2021

CASO No. 16-18-IN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza la constitucionalidad del segundo párrafo de la disposición vigésima séptima de la resolución C.D. 554 del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) aprobada el 4 de agosto de 2017, que modificó la base de cálculo de la pensión jubilar establecida en el artículo 2 del Reglamento Interno del Régimen Transición del Seguro de invalidez, vejez y muerte. Luego de efectuado el análisis de control constitucional, declara su inconstitucionalidad.

| | |
|---|-----------|
| 1. Antecedentes y procedimiento | 1 |
| 2. Competencia | 2 |
| 3. Normas impugnadas | 2 |
| 4. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad | 3 |
| 4.1. Fundamentos de la acción y pretensión | 3 |
| 4.2. Argumentos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social | 4 |
| 4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado | 6 |
| 5. Análisis constitucional | 7 |
| 5.1. Control material | 7 |
| 5.1.1. El cálculo de las pensiones jubilares para el seguro de invalidez, vejez y muerte..... | 7 |
| 5.1.2. Análisis constitucional | 8 |
| 6. Decisión | 15 |

1. Antecedentes y procedimiento

1. El 24 de abril de 2018, el Dr. Marco Antonio Proaño Maya presentó una acción pública de inconstitucionalidad en contra del segundo párrafo de la disposición vigésima séptima de la resolución C.D. 554 del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS del 4 de agosto de 2017 (“**norma impugnada**”)¹, que sustituyó el contenido del artículo 2 de la Resolución C.D 100

¹ Registro Oficial No. 78 de 13 de septiembre de 2017.

del 21 de febrero del 2016². La norma impugnada fue expedida en las sesiones del 8 de junio y 4 de agosto de 2017 del Consejo Directivo del IESS y se expidió con el objeto de modificar la base de cálculo de las pensiones jubilares establecida en el “*Reglamento Interno del Régimen Transición del Seguro de invalidez, vejez y muerte*”.

2. El 28 de abril de 2018, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por los ex jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Francisco Butiñá Martínez y Alfredo Ruíz Guzmán, resolvió admitir la presente acción pública de inconstitucionalidad.
3. Una vez posesionados los actuales jueces constitucionales el 5 de febrero de 2019, mediante sorteo en el pleno de la Corte Constitucional, le correspondió la sustanciación de la causa a la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez, quien, mediante auto del 24 de julio de 2019, avocó conocimiento y señaló día y hora para la realización de la audiencia pública. La audiencia tuvo lugar el 14 de agosto de 2019 con la participación del accionante y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante “entidad accionada”).
4. En virtud de considerarse que la presente causa cumple los requisitos para modificar el orden cronológico, el pleno del Organismo en sesión del 9 de junio del 2020 resolvió su atención prioritaria conforme al artículo 7 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional.

2. Competencia

5. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto por el artículo 436 numeral 2 de la Constitución, en concordancia con los artículos 75, número 1, letra *d* y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, “LOGJCC”).

3. Normas impugnadas

6. La Resolución CD 554 del Consejo Directivo del IESS³ reformó el contenido del artículo 2 de la Resolución CD 100 del 21 de febrero de 2016⁴. A continuación, se detalla la reforma que tuvo lugar:

| | |
|---|--|
| <p><i>(Antes de la reforma)</i> Art. 2 Resolución CD 100</p> | <p><i>(Artículo reformado)</i> Actual Art. 2, modificado por la</p> |
|---|--|

² Esta resolución contiene el “*Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*”. Registro Oficial No. 225 de 09 de marzo de 2006.

³ Esta resolución reformó el “*Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y gestión de cartera*” y el “*Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*”.

⁴ Esta resolución contiene el “*Reglamento Interno del Régimen de Transición del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte*”.

| | <i>Resolución CD. 554.</i> |
|---|---|
| <p><i>“Art. 2.- La base de cálculo de la pensión de régimen de transición, será igual al promedio de los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Se procederá a obtener el promedio de cada año de aportaciones, para lo cual se sumará doce (12) meses de imposiciones consecutivas y ese resultado se dividirá para doce (12). Obtenidos los promedios, se seleccionarán los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó.</i></p> <p><i>Para el cómputo de la base de cálculo de la pensión, se procederá a la suma de doce (12) meses de imposiciones consecutivas y ese resultado se dividirá para doce (12). Obtenido así el promedio mensual de los sueldos o salarios de cada año de imposiciones del afiliado, se seleccionarán los cinco (5) promedios mensuales de mayor cuantía y el resultado de la suma se dividirá para cinco (5).</i></p> <p><i>El cálculo de los periodos de aportación de los estibadores y de otros grupos de trabajadores con modalidades especiales de afiliación, se sujetará a las disposiciones emitidas por el Consejo Directivo”.</i></p> | <p><i>“Art. 2.- La base de cálculo de la pensión de régimen de transición, será igual al promedio de los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó. Se procederá a obtener el promedio de cada año de aportaciones, para lo cual se sumará doce (12) meses de imposiciones consecutivas y ese resultado se dividirá para doce (12). Obtenidos los promedios, se seleccionarán los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios sobre los cuales se aportó.</i></p> <p><i>Para el cómputo de la base de cálculo de la pensión se obtendrá la raíz sesentava del producto de las sesenta (60) aportaciones de los cinco (5) años de mejores sueldos o salarios previamente identificados.</i></p> <p><i>El cálculo de los periodos de aportación de los estibadores y de otros grupos de trabajadores con modalidades especiales de afiliación, se sujetará a las disposiciones emitidas por el Consejo Directivo”.</i></p> |

Cuadro elaborado por la Corte Constitucional

4. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

4.1. Fundamentos de la acción y pretensión

7. El accionante alega que la norma impugnada infringe el numeral 2 del artículo 11, el numeral 4 del artículo 66 de la Constitución, que tratan del derecho a la igualdad y el numeral 3 del artículo 37 de la Constitución que reconoce la jubilación universal.
8. Cuestiona que no se haya emitido el Reglamento a la Ley de Seguridad Social conforme el artículo 27 literal d) y disposición transitoria décima quinta de la Ley de Seguridad Social, produciendo que el Consejo Directivo del IESS dicte resoluciones para reglamentar las disposiciones de la ley. Señala que la norma impugnada emitida en el año 2017 *“afecta a las personas que están en transición de jubilarse y a las nuevas generaciones pues cambia la base de cálculo de la pensión de jubilación afectando seriamente a los afiliados que acceden a la jubilación en el presente y futuro”.*

9. Asimismo, alega la existencia de un grupo de atención prioritaria y especializada y explica que un afiliado que conocía el valor de su pensión jubilar, después de la Resolución de agosto de 2017, vio disminuida drásticamente la cuantía de su pensión de jubilación, afectando al principio universal de igualdad ante la ley. Que es evidente que existe una discriminación a quienes acceden a la jubilación después de la vigencia de la Resolución CD 554, que contraviene el artículo 84 de la Constitución y que el Consejo Directivo del IESS no realizó ninguna consideración de orden constitucional al disponer la metodología para determinar la cuantía de la jubilación, cambiando la base de cálculo de esta.
10. Finalmente señala que la Corte Constitucional *“debe aplicar el método de interpretación teleológica por el cual las normas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”* dado que la norma entraría en contradicción con la Constitución y cuya redacción no obedeció a ningún análisis menos a un test de proporcionalidad.

4.2. Argumentos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

11. El 11 de julio de 2018, compareció el Dr. Sandro Vinicio Vallejo en calidad de Director General del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y señala que la norma impugnada *“exclusivamente modificó el método a aplicarse para el cómputo de la base de cálculo de la pensión jubilar, de uno aritmético a uno geométrico”*.
12. En un primer acápite da una *“explicación fáctica”* de la aplicación de la reforma del art. 2 de la resolución CD 100. Asevera que esta reforma *“fue motivada por los casos identificados de afiliados que, estando próximos a su jubilación, realizaban aportes de gran valor en los últimos meses previo a cesar, para de esta manera aumentar el importe de la prestación de jubilación, vulnerando con esta actuación la naturaleza propia de la seguridad social y los principios de universalidad y solidaridad que la rigen, así como su sostenibilidad”*.
13. A continuación, expone la diferencia entre la media aritmética y geométrica y ejemplifica varios casos de cálculo de pensión jubilar en los que modifica la forma de obtener el *“promedio de los sueldos de los cinco mejores años”* y la pensión a recibir.
14. En el primer ejemplo: un jubilado bajo relación de dependencia en el sector privado con 423 imposiciones (35 años) aplicando el método geométrico tiene una pensión a recibir de USD 1542.15 mientras que aplicando el método aritmético tiene una pensión a recibir de USD 1907.44, obteniéndose una diferencia del 23.69% entre ambos métodos y lo grafica de la siguiente manera:

| Método de cálculo | Promedio Sueldo | coeficiente anual de años aportados | Pensión Calculada | Pensión a recibir |
|-------------------|-----------------|-------------------------------------|-------------------|-------------------|
| Geométrico | \$ 1.898,03 | 0,8125 | \$ 1.542,15 | \$ 1.542,15 |
| Aritmético | \$ 2.347,62 | 0,8125 | \$ 1.907,44 | \$ 1.907,44 |

15. Señala otros ejemplos de cálculo de jubilación, según el método que se aplique (aritmético o geométrico). En dichos ejemplos concluye que los porcentajes de diferencia de pensiones a recibir según el tipo de cálculo son del 0%, 0.95%, 1.03%, 27.50%, 4.84%.
16. Concluye que *“al realizar un comparativo entre el valor de la pensión otorgada a las 18.285 jubilaciones en el periodo de septiembre 2017 a marzo 2018, en base al promedio geométrico; y el supuesto valor que le hubiese correspondido con el promedio aritmético, se refleja.... El 61.2% no presenta diferencia, el 19.1% presenta diferencias de 1 a 10 dólares, (...), el 16.5% presenta diferencias de 11 a 100 dólares. El 3.2% de los jubilados presenta diferencias mayores a 100 dólares”*
17. Enfatiza que las **jubilaciones que presentan diferencias de hasta 10 dólares representan el 80.3%** y que las diferencias por el 3.2% *“que permanecen en el fondo presupuestario de pensiones y con el que se materializan los principios de universalidad, solidaridad y equidad, a favor de todos los afiliados a través del beneficio de la jubilación en sus distintas prestaciones”*.
18. En un segundo acápite se pronuncia sobre los derechos a la igualdad y la jubilación universal. Con relación al derecho a la igualdad, señala que no toda distinción implica discriminación. Argumenta que la distinción sirve *“para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo”* mientras que la discriminación hace *“referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”*.
19. Concluye que la distinción realizada a través de la reforma incorporada *“no es discriminatoria en la medida en la que esta se fundamenta en criterios de razonabilidad proporcionalidad y objetividad como dejo explicado en el acápite anterior y la casuística planteada. Estos criterios han sido ya incorporados en la motivación de algunas sentencias expedidas por la Corte Constitucional. La reforma realizada (...) se encuentra motivada precisamente en la igualdad ante la ley de todos los afiliados que cesen en sus actividades para acogerse a la jubilación, al contrario de lo argumentado por el accionante, logrando con el método geométrico de cálculo la equidad de todos los jubilados en las prestaciones sociales que reciben (sic)”*.

20. En relación con la jubilación universal, cita la sentencia No. 077-13-SEP-CC caso 0080-10-EP⁵ y señala que la Corte Constitucional tiene la obligación legal de aplicar la interpretación que ya emitió en la sentencia citada considerando que la fundamentación de la presente acción tiende a impugnar el método de cálculo de la pensión jubilar; indicado que el método de cálculo no es una medida regresiva que atenta contra el derecho sino una medida necesaria “*que debe ser aplicada por el Estado para asegurar la igualdad de las prestaciones concedidas a todos los beneficiarios e inclusive atiende al interés social, precautelando los fondos del sistema de seguridad social, lo cual nos lleva a la inequívoca conclusión de que la reforma realizada por la Resolución CD 554 al artículo 2 de la resolución CD 100, es constitucional*”.
21. Refiere los principios de la seguridad social señalados en el artículo 367 de la Constitución y enfatiza en los principios de equidad, eficiencia, subsidiariedad señalando que la norma impugnada no contraviene de manera alguna el artículo 84 de la Constitución. A la luz de lo expuesto, solicita se deseche en su totalidad la presente acción de inconstitucionalidad.

4.3. Argumentos de la Procuraduría General del Estado

22. El 11 de julio de 2018, compareció el Ab. Marcos Arteaga Valenzuela en calidad de Director Nacional de Patrocinio y Delegado del Procurador General del Estado. En lo principal, realizó un recuento de las alegaciones del accionante y manifestó que la Procuraduría “*considera pertinente que el Pleno de la Corte Constitucional, al tenor de los principios previstos en el Art. 76, numerales 4 y 5 de la LOGJCC, realice una interpretación conforme de la norma impugnada, garantizando su constitucionalidad de un modo integral, salvaguardando el derecho a la igualdad en particular, permitiendo, en todo caso, la permanencia de la aludida norma dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado ecuatoriano*”.⁶

⁵ “(...) *En el presente caso, el núcleo esencial del derecho no es el monto a recibir por jubilación patronal, sino el derecho a la jubilación, la misma que no se encuentra afectada. Por tanto, cualquier modificación impuesta al derecho a la pensión, no afecta el contenido esencial del derecho ni desconoce de manera irrazonable las contribuciones efectuadas. A la luz de los principios de universalidad y solidaridad, previstos en el artículo 34 de la Constitución de la República, es posible adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras de ampliar la cobertura de personas que requieran acogerse a tal jubilación patronal. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de exservidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (...) avaló medidas como la reducción del monto de las pensiones dentro de un sistema pensional, sin que puedan oponerse los derechos adquiridos, con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema, y la ampliación de la cobertura (...)*” (cita y énfasis de la entidad demandada).

⁶ Fs. 162, expediente constitucional.

5. Análisis constitucional

5.1. Control material

23. En el presente caso, el argumento central del accionante gira en torno a que, a su juicio, el cambio de la base de cálculo producto de la norma impugnada vulnera el derecho a la igualdad y la jubilación universal, ya que genera una disminución drástica de la pensión a recibir afectándose a los jubilados actuales y futuros desde agosto de 2017.

24. Por ello, la Corte Constitucional, en primer lugar, referirá el contexto normativo relevante para el cálculo de las pensiones jubilares en el seguro de invalidez, vejez y muerte para luego contrastar la norma impugnada con los derechos y principios constitucionales pertinentes.

5.1.1. El cálculo de las pensiones jubilares para el seguro de invalidez, vejez y muerte.

25. Como lo ha reconocido esta Corte Constitucional, el derecho a la seguridad social se enmarca dentro de los derechos sociales (denominados en nuestra Constitución como derechos del buen vivir) y tiene como fin proteger a las personas frente a contingencias producidas por diferentes causas, como enfermedad, maternidad, discapacidad, invalidez, desempleo, muerte, vejez, entre otras; así lo reconocen el artículo 369 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y el artículo 3 de la Ley de Seguridad Social⁷.

26. La Constitución reconoce el derecho a la seguridad social en su artículo 34 y determina que este derecho se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, principios que deben observarse con especial atención para la creación o mantenimiento de cualquier prestación relacionada a este derecho. De igual manera, existen otras normas constitucionales relacionadas a la seguridad social que se encuentran en los artículos 3 número 1, 66 número 2, 83 número 15 y 367 de la Constitución. Este amplio espectro de la seguridad social ha sido enfatizado en la Sentencia No. 49-16-IN/19 de 07 de noviembre de 2019 y sentencia 23-18-IN/19 del 18 de diciembre de 2019.

27. Para abordar el contexto normativo relevante de la norma impugnada, cabe citar la regulación legal de la forma de cálculo de las pensiones jubilares.

28. El art. 229 y 230 de la Ley de Seguridad Social señalan:

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 23-18-IN/19 del 18 de diciembre de 2019, párr. 31.

“Art. 229- Jubilación ordinaria por vejez. El asegurado que cumpliere sesenta (60) años de edad y acredite treinta (30) años de imposiciones tendrá derecho a una pensión de vejez que será igual al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los cinco (5) años de mejor sueldo o salario de aportación. El asegurado con sesenta (60) años de edad que acredite mayor tiempo de imposiciones al momento de la jubilación, tendrá derecho a la mejora de su pensión de vejez en el porcentaje que señale el Reglamento General de esta Ley. Tendrá derecho a la jubilación ordinaria de vejez con una pensión igual al cien por cien (100%) del promedio de los cinco (5) años de mejor sueldo o salario de aportación, el asegurado de cualquier edad que acredite cuarenta (40) años de imposiciones y cumpliere las demás condiciones señaladas en el Reglamento General de esta Ley.

Para el cálculo de los promedios a que se refiere este artículo, se procederá de la siguiente forma: se examinará los cinco (5) años calendario de mejores sueldos o salarios ganados por el afiliado, computando para cada año doce (12) meses de imposiciones consecutivas, y se establecerá el promedio de tales ingresos. Igual procedimiento se utilizará para los Seguros de Invalidez y Muerte” (énfasis añadido)

“Art. 230.- Mejor base de cálculo. La base de cálculo aplicable a los afiliados que, a la fecha de promulgación de esta Ley, tuvieren cincuenta (50) o más años de edad se sujetará a las normas del artículo anterior. No obstante, podrá aplicarse la base de cálculo señalada en el artículo 239, sin tomar en cuenta el límite máximo imponible al régimen solidario, si esta última resultare más beneficiosa para el afiliado.”

29. Como se observa, la ley vigente propende a que se utilice la base de cálculo más beneficiosa para los afiliados y jubilados, lo que se encuentra en consonancia con la progresividad de los derechos establecida en el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución; sin perjuicio de la configuración normativa del legislador en materia de seguridad social. Por otro lado, la norma impugnada establecería el método de cálculo para el “promedio de los cinco (5) años de mejor sueldo o salario de aportación” que es la base para la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 229 de la Ley de Seguridad Social.

5.1.2. Análisis constitucional

30. Ahora bien, aunque el accionante ha referido a la igualdad como el derecho presuntamente infringido, en realidad, cuestiona la modificación del *método de cálculo de la pensión jubilar* a partir de la vigencia de la norma impugnada, asegurando que se vio “disminuida” la pensión tanto para jubilados actuales como para personas que se encuentran en transición al beneficio. Por otra parte, la entidad accionada asegura que el método de cálculo no es una medida regresiva sino una medida necesaria para el sistema de seguridad social por lo que defiende su constitucionalidad.

31. Por tanto, no se está invocando la igualdad ante la ley, sino una norma presuntamente regresiva que ha disminuido o afectado el ejercicio de la jubilación universal y se pone en entredicho el deber del Estado previsto en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, que además prescribe “*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos*”. Por lo tanto, se procederá a resolver el siguiente problema jurídico:
32. ***¿La norma impugnada vulnera el principio de progresividad y no regresividad al modificar la base de cálculo de la pensión jubilar?***
33. Esta Corte ha señalado que el goce y ejercicio de los derechos no puede ser disminuido si no es en virtud de una razón plenamente justificada en la Constitución o en alguna norma que forme parte del bloque de constitucionalidad. Es así que el principio de progresividad y no regresividad, “*limita el margen de decisión tanto en la normativa como en las políticas públicas que tienen los órganos estatales, estableciendo que dichas decisiones no pueden empeorar injustificadamente las condiciones generales en el ejercicio de un derecho*”⁸.
34. En materia de seguridad social, esta Corte ha reconocido que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 19 señaló que el derecho a la seguridad social “*incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado (...)*”⁹.
35. También, sobre el derecho a la seguridad social, la Corte reconoció: “*que la disminución de este derecho a través, por ejemplo, de ajustes a los aportes y beneficios, solo puede adoptarse cuando exista una razón plenamente justificada en la consecución de otro derecho constitucional, y siempre que las medidas adoptadas sean proporcionales y razonables. Una vez alcanzado un determinado nivel de protección del derecho a la seguridad social, la libertad de configuración del legislador se ve restringida frente al nivel de protección alcanzado*”¹⁰.
36. En esta línea, en el presente caso, resulta relevante determinar si la reforma introducida por la norma impugnada es de carácter regresivo y, de ser el caso, si se adoptó con una cuidadosa consideración y justificación. Para ello, corresponde a la Corte determinar si: (i) la medida adoptada busca satisfacer un fin constitucionalmente válido; (ii) la medida es conducente para alcanzar ese fin; (iii) luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece ser la menos lesiva y necesaria para alcanzar el fin; (iv) la medida no afecta el

⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 9-20-IA/20 de 31 de agosto de 2020, párr. 159.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 23-18-IN/19 del 18 de diciembre de 2019, párr. 55.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 83-16-IN/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 280.

contenido mínimo o niveles esenciales del derecho comprometido; y, (v) el beneficio alcanzado por la medida es superior al costo que implica la regresión¹¹.

37. La norma impugnada modifica el método de cálculo de las pensiones jubilares pasando de un método aritmético a un método geométrico para el cálculo de los cinco mejores años de sueldos ganados. De conformidad con la información remitida por el IESS, dicho cambio normativo ha dado origen a que exista un grupo de pensionistas, para el cual no se ha verificado ningún tipo de modificación en el monto de la pensión jubilar a recibir (“*El 61.2% no presenta diferencia*”), y, otro grupo, que sí ha visto modificado los valores que le hubiesen correspondido por pensión jubilar disminuyendo su monto, correspondiendo este último grupo, aproximadamente al 38,8% de los pensionistas (“*el 19.1% presenta diferencias de 1 a 10 dólares, (...), el 16.5% presenta diferencias de 11 a 100 dólares. El 3.2% de los jubilados presenta diferencias mayores a 100 dólares*”).
38. Así, existen jubilados cuya pensión a recibir no se vio disminuida por el cambio de la base de cálculo, pero existen otros cuyo monto sí se vio modificado disminuyendo en distintos porcentajes debido a la utilización del método geométrico, tal como lo ha admitido la misma entidad accionada (*véase párrafo 16-17 supra*). De hecho, la entidad accionada reconoce que existen pensiones jubilares a percibir que bajo la nueva base de cálculo disminuyeron en USD 10.00, USD 100 y más de USD 100 (*véase párrafo 17 supra*).
39. Por tanto, se verifica que existe en efecto una disminución de la pensión a recibir que puede considerarse una medida regresiva; sin embargo, es necesario verificar si esta tiene una justificación suficiente conforme a los elementos señalados en párrafo 36 *supra*.
40. En relación con el fin constitucionalmente válido (i), esta Corte observa que la medida en principio busca garantizar el principio de sostenibilidad establecido en el artículo 368 de la Constitución como uno de los principios bajo los cuales se debe regir a la seguridad social. Por lo tanto, se observa que la medida, en principio, perseguiría un objetivo constitucionalmente válido. Es decir, se observa que una forma de cálculo de la base que tiene como consecuencia la reducción del beneficio a recibir de algunos jubilados, y, por tanto, la permanencia de recursos en el fondo, *prima facie*, garantizaría la sostenibilidad del fondo presupuestario de pensiones.
41. Respecto de la idoneidad, (ii), a criterio de esta Corte, una medida es idónea en cuanto es conducente a lograr el fin perseguido. Es decir, debe existir un nexo claro y explícito entre la limitación o restricción y el fin legítimo que se persigue. Esta Corte advierte que dictar medidas para bajar el beneficio a recibir

¹¹ *Ibidem*, párr. 281.

en un fondo ciertamente garantiza su sostenibilidad. En este sentido, la entidad accionada asegura que las diferencias que no se pagaron a los jubilados permanecen en el fondo presupuestario, como se detalló en el párrafo 17 *supra*; por lo cual se advertiría que existe un nexo causal entre la medida adoptada y el objetivo perseguido, a saber, la sostenibilidad del sistema de seguridad social; de ahí que esta medida *prima facie* sería idónea para la finalidad propuesta.

42. En cuanto a la necesidad (iii), ésta implica que el fin constitucionalmente válido no pueda alcanzarse razonablemente por una medida menos gravosa. La entidad accionada ha proporcionado algunos argumentos para justificar la necesidad de la medida.
43. Indica que antes de la reforma existían afiliados que realizaban aportes de gran valor previo a cesar, para de esta manera aumentar la base de cálculo de la prestación de jubilación (aportes irregulares), lo cual contraría, a su juicio, varios principios de la seguridad social (sostenibilidad, solidaridad, etc.). En esta línea el IESS, afirma que la norma *“fue motivada por los casos identificados de afiliados que, estando próximos a su jubilación, realizaban aportes de gran valor en los últimos meses previo a cesar, para de esta manera aumentar el importe de la prestación de jubilación, vulnerando con esta actuación la naturaleza propia de la seguridad social y los principios de universalidad y solidaridad que la rigen, así como su sostenibilidad”*.
44. Posteriormente, en la audiencia pública, la entidad accionada manifestó que estos aportes afectaban el fondo de jubilaciones y que el cambio de la base de cálculo era necesario para sostener el fondo¹².
45. De lo transcrito se advierte que la reforma a la metodología del cálculo, tuvo sustento en una falacia de “generalización apresurada”¹³, acorde con la cual, el IESS siguió un razonamiento en el que: dado que se habría detectado *ciertos casos particulares* de personas que aumentaban deliberadamente sus aportaciones en los últimos meses previo a cesar para obtener un mejor cálculo jubilar, debía reformarse la metodología de jubilación, a efectos de evitar que *todos* se puedan beneficiar con actos de igual naturaleza.
46. En otras palabras, la categoría que inspiró la diferenciación *sub iudice*, fue la “presunción” de que todas las personas próximas a cesar podían aumentar deliberadamente sus aportaciones para obtener una mejor liquidación en los montos de sus pensiones. Vislumbrándose cierta presunción contraria a la buena fe, sin que existan motivos ciertos y comprobables de que en efecto *todas* las personas iban a incurrir en esta práctica¹⁴. Además de que, como se explicará

¹² Audiencia pública causa 16-18-IN, 14 de agosto de 2019.

¹³ Tipo de falacia lógica consistente en deducir conclusiones generales a partir de premisas individuales o pruebas particulares.

¹⁴ En relación con esto, la Corte Constitucional en la sentencia 22-13-IN/20: “56. *El derecho a la presunción de inocencia no solamente tiene cabida dentro de un proceso penal o con relación a este, sino*

más adelante, el mismo Director Actuarial de la Institución, alertó en su informe sobre posibles afectaciones a derechos con la modificación del método de cálculo.

47. Vistas estas justificaciones, a juicio de esta Corte, la medida no era necesaria; puesto que se sacrifica claramente la suficiencia¹⁵ de la pensión jubilar a recibir de un grupo de jubilados, por tratar de controlar los aportes irregulares de otros afiliados, como si dicho grupo fuere sancionado por una conducta ajena a ellos.
48. Tampoco se considera que era necesario, pues el IESS como entidad tiene suficientes competencias y atribuciones correctivas y sancionatorias como institución de derecho público; inclusive en el mismo Consejo Directivo para emitir la normativa pertinente¹⁶ y hacer frente a aportes irregulares. La misma ley por su parte, por ejemplo, regula en varias normas, las competencias del IESS para el cálculo de aportaciones¹⁷ o competencias de mayor envergadura como la posible declaratoria de afiliación indebida o fraudulenta establecida en la Ley de Seguridad Social¹⁸; a lo cual habrá que añadirse los remedios jurisdiccionales que puede activar el IESS ante este tipo de situaciones de aportaciones irregulares, y los remedios generales con los cuales cuentan las instituciones públicas para revisar aquellas actuaciones contrarias a la ley¹⁹. En definitiva, la propia entidad accionada refiere en sus alegaciones, que se está claramente disminuyendo la pensión jubilar a recibir de un grupo de jubilados con el objeto de hacerle frente a aportes irregulares de otros afiliados, de tal

también posee una dimensión extraprocesal, dado que “la presunción de inocencia puede ser violada no sólo por el juez o una Corte, sino también por otra autoridad pública”. Por tal motivo, esta dimensión extraprocesal –fuera del proceso penal –lleva de suyo el derecho de las personas y la obligación de las autoridades a respetar la presunción de inocencia, y que por ende no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos correspondientes a esos hechos en otras relaciones jurídicas”.

¹⁵ Art. 1 Ley de Seguridad Social y Art. 367 de la Constitución.

¹⁶ Artículo 26 Ley de Seguridad Social. Esta disposición jurídica le confiere amplias competencias al Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para emitir “*las normativas de organización y funcionamiento de los seguros generales administrados por el IESS, el planeamiento estratégico del ahorro previsional, la regulación y supervisión de las direcciones de los seguros generales y especiales aplicados por el IESS, y la fiscalización de los actos de la administración del IESS*”.

¹⁷ Artículo 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley de Seguridad Social.

¹⁸ Ley de Seguridad Social: “**Art. 80.- Afiliación fraudulenta.** En caso de afiliación fraudulenta, el Instituto retendrá, en concepto de multa, los aportes personales y patronales, así como los fondos de reserva que se hubieren consignado. El Instituto exigirá, además, el pago o reembolso de las prestaciones servidas y dará por vencidas y declarará exigibles las obligaciones por préstamos concedidos, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar.

De todas las cantidades que llegare a adeudar el que hubiere incurrido en afiliación fraudulenta, serán solidariamente responsables el falso afiliado y la persona que hubiere figurado como patrono”

“**Art. 81.- Declaración de afiliación indebida o fraudulenta.** Las afiliaciones serán declaradas fraudulentas por la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias, con recurso para ante la Comisión Nacional de Apelaciones

¹⁹ Código Orgánico Administrativo. Art. 105- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. (...). Art. 106- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión. (...).

suerte que se ha disminuido en porcentajes que van desde el 0.01% hasta porcentajes de más del 20% aproximadamente, como lo ha admitido la misma entidad accionada.

49. Adicionalmente, se verifica que el IESS no ha aportado alguna otra razón plenamente justificada en la Constitución o en alguna norma que forme parte del bloque de constitucionalidad, que justifique la necesidad de disminuir en los montos a recibir por pensiones jubilares de cierto grupo de personas, alegando únicamente una construcción argumentativa basada en presunciones y principios de forma abstracta (*véase párrafos 12, 21 supra*).
50. Tampoco observa que exista justificación cuando la entidad accionada invoca la sentencia No. 077-13-SEP-CC caso 0080-10-EP, dado que esta refiere a la jubilación patronal y el presente caso, trata en particular de las prestaciones de jubilación a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Además de que, la sentencia No. 077-13-SEP-CC tuvo lugar en el marco de una acción extraordinaria de protección en el que se realiza el control constitucional de decisiones jurisdiccionales conforme el artículo 94, 437 de la Constitución y 58 y siguientes de la LOGJCC, mientras que en el presente caso estamos frente una acción pública de inconstitucionalidad que tiene como finalidad contrastar las normas impugnadas con las normas y principios constitucionales conforme los artículos 75 y siguientes de la LOGJCC.
51. Respecto de la proporcionalidad de la medida, se exige verificar que (iv) la medida no afecta el contenido mínimo o niveles esenciales del derecho comprometido; y, (v) el beneficio alcanzado por la medida es superior al costo que implica la regresión. Dado que la Corte ha determinado que la medida carece de necesidad se abstiene de continuar con el análisis de proporcionalidad.
52. A la luz de lo anterior, la Corte concluye que la disposición bajo análisis no es necesaria para la consecución de la sostenibilidad del fondo presupuestario de pensiones, ni le hacen frente a la problemática de aportes irregulares mencionada por la entidad demandada.
53. Por las razones antes expuestas, la Corte encuentra que la medida bajo análisis constituye una regresión injustificada, y, por tanto, contraria al principio establecido en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución en concordancia con el derecho a la jubilación universal previsto en el artículo 37.3 de la Constitución.
54. Ahora bien, esta Corte Constitucional, no desconoce que, en un sistema de seguridad social, se puedan hacer ajustes a los aportes y beneficios, *“siempre que estén soportados por estudios técnicos actualizados y su finalidad sea la sostenibilidad del sistema y sus prestaciones en el largo plazo como prescribe el*

*artículo 368 de la Constitución; y, las medidas adoptadas sean proporcionales, razonables (...)*²⁰.

- 55.** Si bien se observa que la medida por la cual se modificó el método de cálculo se encuentra soportado en el informe técnico del Director Actuarial de Investigación y Estadística del IESS, en el mismo reporte se concluye:

“Recomendaciones: Se recomienda que, para determinar la base de cálculo para la concesión de prestaciones económicas del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a fin de gestionar el riesgo legal por el comportamiento inusual de aportes por parte de los afiliados, se aplique el promedio geométrico de los aportes de los cinco mejores años. Procedimiento que no representa una afectación económica que por derecho tiene el afiliado, sino corregir posibles desvíos por la problemática identificada. Es necesario realizar el análisis de 238 pensiones concedidas que presentan diferencias que superan los USD 200. Es necesario contar con el pronunciamiento de la Procuraduría General del IESS²¹, con el fin de que la parte técnica esté alineada con los aspectos legales, a fin de no vulnerar los derechos de los afiliados”²² (énfasis añadido)

- 56.** Como se observa, en el mismo informe técnico se menciona que la disminución de pensiones en ciertos jubilados pudiera ser superior a los USD 200,00 por lo que es necesario que la parte técnica esté alineada con los aspectos legales para no vulnerar los derechos de los afiliados.
- 57.** En este sentido, el IESS debió considerar los principios que rigen el sistema de seguridad social previstos en los artículos 367 y 368 de la Constitución, pero también el artículo 371 de la Constitución que trata del financiamiento de las prestaciones de la seguridad social y el principio de no regresividad previsto en el artículo 11 numeral 8 de la Constitución, pues una disminución considerable del beneficio de pensiones para un jubilado, sin justificación, menoscaba los fines de la prestación y genera una afectación a la jubilación universal.
- 58.** Por otra parte, la Corte ya ha manifestado que a partir del artículo 371 de la Constitución: *“no permite que el financiamiento de las prestaciones sea deducido de las pensiones de los jubilados (...)*²³, que *“(...) las prestaciones en dinero del seguro social (...) no pueden ser objeto de retención injustificada, por mandato constitucional”²⁴ y que “Los derechos constitucionales cuya satisfacción se expresa en la percepción de un beneficio económico -como en el presente caso la pensión-, no puede ser disminuido sino únicamente cuando*

²⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 23-18-IN/19 del 18 de diciembre de 2019, párr. 40.

²¹ No consta adjunto en el expediente constitucional el pronunciamiento de la Procuraduría General aquí referido.

²² *“Informe técnico del Análisis de la Base de cálculo para la concesión de prestaciones económicas en el seguro de invalidez, vejez y muerte”*, Dirección actuarial de Investigación y Estadística del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. (fojas 40-48 vuelta, expediente constitucional 16-18-IN)

²³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 23-18-IN/19 del 18 de diciembre de 2019, párr. 45.

²⁴ *Ibidem*, párr. 54.

exista una razón plenamente justificada como lo prescribe el numeral 8 artículo 11 de la Constitución (...)” por lo que por mandato constitucional, no es admisible que el IESS haya adoptado la medida de disminuir las pensiones de un grupo de jubilados para hacerle frente a aportes irregulares de otros afiliados, más aún cuando contaban con otras medidas menos gravosas.

- 59.** En conclusión, del análisis de los principios precitados, con relación al contenido del derecho a la seguridad social, la Corte comprueba que además se ha transgredido la intangibilidad de las prestaciones de seguridad social prevista en el artículo 371 de la Constitución.
- 60.** Finalmente, si bien el artículo 76 de la LOGJCC, establece que la Corte debe procurar en lo posible la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico agotando todas las interpretaciones que permitan la vigencia de la norma en el ordenamiento jurídico y, solo recurriendo a la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso; en este caso, es evidente que la norma transgrede derechos y principios constitucionales sin que sea posible alguna otra interpretación pues se modificó la base de cálculo teniendo como resultado la disminución del beneficio de pensiones jubilares a recibir para un grupo de jubilados, sin cumplir los requisitos para que tal medida sea constitucional y respetuosa de los derechos constitucionales. Por otra parte, esta Corte no observa que se cumplan los presupuestos excepcionales establecidos en el artículo 95 de la LOGJCC para retrotraer los efectos de la sentencia. En tal virtud, el IESS debe adecuar sus actos y normas a la Constitución a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, cumpliendo los plazos establecidos en la presente decisión; lo contrario, podría afectar el interés general y el mismo fondo de pensiones referido en la presente sentencia.

6. Decisión

- 61.** En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:
- 1. Aceptar** la acción pública de inconstitucionalidad No. 16-18-IN
 - 2. Declarar la inconstitucionalidad** del segundo inciso del artículo 2 sustituido por la resolución 554 CD del 4 de agosto de 2017 expedida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. De conformidad con el artículo 96.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la presente sentencia produce efectos generales hacia el futuro. En tal virtud, se otorga al IESS el plazo de **hasta ciento ochenta días** para adecuar sus actos y normas del método de cálculo a la Constitución conforme lo señalado en la presente sentencia.

3. **Reiterar** que en la tutela del derecho a la seguridad social incluye la protección del principio de intangibilidad de las prestaciones de seguridad social, en concordancia con el principio de desarrollo progresivo de los derechos y no regresión. En esta línea, de conformidad con lo señalado por esta Corte en sentencias previas, cualquier tipo de disminución de este derecho a través, por ejemplo, de ajustes a los aportes y beneficios, solo puede adoptarse cuando exista una razón plenamente justificada en la consecución de otro derecho constitucional, y siempre que las medidas adoptadas sean proporcionales y razonables sobre la base de estudios actuariales²⁵.
4. **Disponer que, en el plazo de ciento ochenta días**, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social informe sobre el cumplimiento de esta sentencia, la fórmula de cálculo aplicada para las pensiones jubilares y las medidas o políticas tomadas para asegurar la sostenibilidad del fondo presupuestario de pensiones y para hacerle frente a los aportes irregulares de afiliados con la finalidad de demostrar que dichas medidas o políticas no afecten a jubilados o afiliados que no se encuentran involucrados en dichos aportes, que no se transgreden principios ni derechos constitucionales y que no se ha vuelto incurrir en las vulneraciones detectadas en la presente sentencia.
5. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social informará a esta Corte sobre el cumplimiento de esta sentencia; sin perjuicio de las fases de seguimiento y verificación.
6. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

²⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 83-16-IN/21 de 10 de marzo de 2021, párr. 280.

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 28 de abril de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL