



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

DOCTOR ENRIQUE HERRERÍA BONNET JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE DEL CASO No. 63-22-IN CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

FABIÁN POZO NEIRA, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto con Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, por los derechos que represento del señor Presidente de la República, en el marco del **Caso No. 63-22-IN**, intervengo en la presente **acción pública de inconstitucionalidad** (en adelante, “API”) propuesta **por el fondo** en contra de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto de 2018 (en adelante, “Disposición Impugnada”); en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 En el Suplemento del Registro Oficial No. 309 de 21 de agosto de 2018, se publicó la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (en adelante LOFP).
- 1.2 El 21 de julio de 2022, los señores André Mauricio Benavides Mejía y David Eduardo Villacís Jurado presentaron una acción pública de inconstitucionalidad por razones de fondo en contra de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal.
- 1.3 El 11 de noviembre de 2022, el Tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador conformado por el juez constitucional Enrique Herrería Bonnet y las juezas constitucionales Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín, avocó conocimiento de la causa, disponiendo que la Presidencia de la República intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad de la norma impugnada en el término de quince (15) días desde la notificación del auto.
- 1.4 Se alega que la Disposición Impugnada contradice los artículos 11 numeral 4 y 9; 26; 82; y, 328 de la Constitución de la República (CRE); así como el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); y, el artículo 2 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Con respeto de sus señorías, las siglas serán usadas en adelante en el texto.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 1.5 Sobre la base de lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica presenta el siguiente análisis sobre control constitucional para el caso que nos ocupa, ratificando desde este momento que sostendremos la constitucionalidad de la Disposición impugnada.

II.

DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

2.1. Sobre la supuesta afectación al derecho de participación de utilidades.-

- 2.1.1 La Disposición Impugnada, a la letra, manda:

“TERCERA.- El pago o desistimiento efectuados al amparo de esta ley no implican ni constituyen aceptación de los conceptos contenidos en los actos de determinación que los originaron; y al tratarse de un régimen de remisión excepcional de rango legal, no alterarán la utilidad del ejercicio declarada por el contribuyente para los efectos de la aplicación del artículo 97 del Código del trabajo.”.

- 2.1.2 Por su parte, el inciso final del artículo 328 de la CRE que se alega vulnerado, dispone:

“Art. 328.- [...] Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley.”.

- 2.1.3 De manera general, los Legitimados Activos sostienen que la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal transgrede el derecho de las personas trabajadoras del sector privado a participar de las utilidades de las empresas, previsto en el último inciso del artículo 328 de la Constitución de la República, porque, a su decir:

“28. [...] las empresas que podían acogerse a la remisión tributaria evidentemente eran aquellas que mantenían deudas con el Servicio de Rentas Internas. En julio de 2018, previa a la aprobación de la Ley Orgánica para el



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Fomento Productivo, se registraron 214 Grupos Económicos, de ellos, 203 (95%) que mantenían deudas en impuestos ante el Servicio de Rentas Internas (SRI).

29. Las grandes empresas que mantienen o mantenían deudas con la administración tributaria, generalmente se encontraban en procesos de litigio respecto de la determinación de la obligación tributaria. Muchos de ellos amparados en prácticas de presunta elusión o evasión fiscal [...]

37. Acogerse a la remisión tributaria descrita en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo implicaba aceptar el monto de impuesto a la renta determinado por la autoridad tributaria y desestimar cualquier litigio en el que se encontrarán (sic) en función de esa discrepancia. Es decir, la empresa estaba dispuesta a reconocer el monto de ganancias que la autoridad tributaria determinó y pagar el impuesto a la renta correspondiente a ese nivel de ganancia, con el beneficio de que ese monto de ganancias no debía reconocer la participación de utilidades de los trabajadores en la misma [...]

45. Por las razones expuestas vemos que el legislador y la iniciativa normativa presidencial tributaria a través de la Disposición General Tercera de la Ley de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, vulneró directamente la participación de las utilidades a los trabajadores, siendo además, una norma contraria a los principios de aplicación de los derechos como la no afectación del núcleo esencial y prohibición de no regresividad de los derechos y, evidentemente, la seguridad jurídica [...]”.

2.1.4 Sobre los derechos, en general, y sobre el derecho de los trabajadores en particular, a participar de las utilidades de las empresas, diremos, en primer lugar, que no son absolutos, sino que necesariamente deben ser regulados normativamente. Así lo afirman tratadistas como Castañeda Gutman, cuando señala que: *“Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”*¹.

2.1.5 Los derechos fundamentales, si bien no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites; así, por ejemplo, en palabras de José Luis Cea, estos derechos se tratan *“[...] de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos”*².

¹ Castañeda Gutman, en Dalla Via, Alberto Ricardo; “Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; pág. 25; disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30080.pdf>

² Cea, José Luis; “Derecho constitucional chileno: Tomo II”; Ediciones UC, 2012; pág. 62.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

2.1.6 Bajo tales consideraciones, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 133 numeral 2, establece que a través de una ley orgánica se debe regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; de manera concordante, el artículo 328, inciso final (*ibídem*), mencionado, determina que: “Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades líquidas de las empresas, **de acuerdo con la ley (...)**” (negrillas fuera del texto original); es decir, tal disposición constitucional, remite a la ley la regulación del derecho a participar de utilidades.

2.1.7 Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-150, detalla que:

“[...] La función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social. El ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia. La regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades.”³ (Cursiva añadida).

2.2.1 En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional del Ecuador, mencionando que:

“[...] es permisible que los derechos constitucionales se encuentren limitados en actos normativos de carácter general, en cuanto dicha limitación se justifique en la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. Por esta razón, el artículo 132 numeral 1 de la Constitución de la República consagra la atribución de la Asamblea Nacional para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”⁴ (Negrilla añadida).

³ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-150, de 2003.

⁴ Corte Constitucional del Ecuador; Caso No. 0014-13-IN y acumulados No.0023-13-IN y No. 0028-13-IN; Sentencia No. 003-14-SIN-CC, de 17 de septiembre de 2014.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 2.1.8 Más específicamente aún, la misma Corte, en sentencia No. 002-18-SIN-CC de 21 de marzo de 2018, establece que: *“El contenido no restringible del derecho de la persona trabajadora a la percepción de las utilidades, por la propia condición de éstas, no está determinado por un valor económico mínimo que pueda ser cuantificable y se aplique por igual a todos los casos (...) Es así, que el monto a recibir por este concepto variará de año a año y de trabajador en trabajador, de acuerdo al rendimiento de la empresa, a la cantidad de trabajadores, al número de cargas familiares que ellos tengan, o al porcentaje de participación que la ley establezca (...) sin que por ello se considere que el mismo ha sido restringido inconstitucionalmente (...)”* (Énfasis añadido).
- 2.1.9 En efecto, el derecho constitucional consiste en **“participar de las utilidades líquidas de las empresas”**, mas no en la fijación inamovible de un valor mínimo, ni siquiera de un porcentaje que, lógicamente, puede variar dependiendo de múltiples factores. Por ello, la pretensión de los accionantes se cae por sí sola. La Disposición Impugnada **no desconoce el derecho a percibir o participar de las utilidades**; al contrario, para dicho efecto, la misma disposición hace una remisión al Código del Trabajo, es decir, a la ley que regula este derecho -que no es fundamental-, por mandato constitucional.
- 2.1.10 Teniendo en consideración tanto las normas como los argumentos previamente desarrollados, es claro que la Disposición Impugnada no vulnera ninguna disposición constitucional, y que los accionantes, en su afán de anteponer intereses personales y particulares, están a su arbitrio, suponiendo la existencia de una contradicción constitucional de una norma que, lejos de transgredir derechos, no tiene otro fin que precautelarlos a la par de garantizar el bien común.

2.2. Sobre la supuesta afectación a los principios de no restricción y desarrollo progresivo de los derechos.-

- 2.2.1 El artículo 11 de la Constitución de la República, en los numerales 4 y 8, establece:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
[...]
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”.*

- 2.2.2 La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 26, señala:



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

2.2.3 El número 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, determina:

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

2.2.4 En su libelo, los accionantes arguyen:

“46. El legislador en el Estado constitucional está obligado a adecuar formal y materialmente las leyes a los derechos previstos en la constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos conforme lo dispone el artículo 84 de la Constitución de la República; no obstante, esta no será una tarea sencilla, ya que al ser principios abiertos, genéricos y abstractos pueden entrar en contradicción, lo cual ha determinado que el legislador en ejercicio de su libertad de configuración normativa y política deba regular su contenido a través de medidas de intervención legislativa, como es el caso de la participación de las utilidades de los trabajadores, derecho reconocido en el artículo 328 de la Constitución de la República.

47. En dicho contexto, se ha señalado que la intervención legislativa en el derecho podría implicar su violación al no existir un fin constitucional legítimo que lo justifique y por restringir su contenido más allá de lo constitucionalmente permitido como en el presente caso, en el cual, la participación de las utilidades de los trabajadores no se compadece con la realidad de los contribuyentes determinados por la Administración Tributaria, sino, con las meras declaraciones del impuesto a la renta, lo cual evidentemente contradice los numerales 4 y 8 del artículo 11 de la Constitución de la República.

56. [...] la diferencia entre una limitación legítima y una restricción inconstitucional, está determinada, entre otros aspectos, por el grado de



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

invasión al derecho en cuestión. La violación al principio se configura al momento en que la limitación legislativa es tan aguda, que el derecho se vuelve irreconocible, o no diferente a una declaración formal, por haber sido vaciado de su contenido, propósito o razón de ser, como en el presente caso.

75. Complementando lo dicho, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 049-16-SIN-CC señaló que el principio de no regresividad conlleva a que, si un derecho en su configuración legislativa alcanzó determinado nivel de protección, ese nivel no puede ser menoscabado de forma injustificada, en consecuencia, este principio supone que sea un límite a la potestad legislativa y a la libertad de configuración normativa; en ese sentido, la Asamblea Nacional cuando tramitó la Ley Orgánica para el Fomento Productivo [...], debía realizar todos los esfuerzos para respetar ese grado o nivel de protección de los trabajadores que ejercían su derecho a la participación de utilidades de acuerdo a (sic) los actos de determinación tributaria, más no, (sic) con las meras declaraciones que fueron objeto de observación y control por parte del Servicio de Rentas Internas, ya que no se compadecía con la realidad contable y tributaria de las empresas.”.

- 2.2.5 La parte accionante considera también que la Disposición Impugnada constituye una regresión y limita el ejercicio progresivo de los derechos; frente a tal afirmación, debemos precisar una vez más que **el derecho consiste en participar de las utilidades, no en un monto, valor o porcentaje**, el cual necesariamente es variante, porque como dejo dicho, su fijación depende de muchos factores.
- 2.2.6 El principio de progresividad establece la obligación que tiene el Estado de procurar todos los medios posibles para la satisfacción plena de un derecho, quedando prohibida cualquier barrera injustificada, o medida regresiva para la eficacia del mismo.
- 2.2.7 En el presente caso, la aplicación de este principio se refiere a la obligación que tiene el Estado de posibilitar el acceso **al derecho a percibir utilidades** por parte de los trabajadores de las empresas privadas. En este marco, toda la estructura, normativa que forma parte de la institucionalidad del Estado, se mantiene intacta para garantizar el acceso a este derecho. No se ha impuesto nuevos requisitos, condiciones o barreras que podrían afectar su plena vigencia, ni se han adoptado medidas regresivas como la eliminación del derecho a participar de las utilidades.
- 2.2.8 Claramente, los accionantes confunden el contenido material del derecho, con el mero monto económico al cual se accede. Por lo tanto, no es posible afirmar que exista una limitación al ejercicio progresivo de los derechos y, bajo tales premisas, no se puede hablar de una regresión de derechos, como lo afirman los actores. Por lo tanto, queda demostrado que no hay regresión de derechos de ningún tipo, bajo



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

ninguna forma y a ningún título, por la simple y llana razón de que las condiciones para ello no se han configurado de manera alguna.

2.3. Sobre la supuesta afectación al derecho a la seguridad jurídica.-

2.3.1 El artículo 82 de la Constitución de la República, en su tenor literal, dispone:

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”.

2.3.2 En su demanda, los legitimados activos sostienen:

“89. [...] en el caso de declaraciones tributarias de las empresas que no hayan sido observadas por el Servicio de Rentas Internas, distribuirá las utilidades a favor de los trabajadores en función de los valores declarados; sin embargo, en aquellos casos en los cuales exista un acto de determinación tributaria, se lo realizará a partir de este.

90. En el presente caso vemos que existe una situación bastante particular, porque los montos de los actos de determinación tributaria sirven para efectos de pagar el impuesto a la renta pero, las declaraciones cuestionadas y observadas por la Administración Tributaria en cambio para la distribución de utilidades, lo cual afecta al derecho a la seguridad jurídica de los trabajadores previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República, toda vez, que las situaciones jurídicas ya regladas fueron modificadas por la aplicación de la Disposición General Tercera de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo [...]”.

2.3.3 Los accionantes señalan que la Disposición Impugnada modificó una situación jurídica ya reglada. Para desvirtuar esta afirmación, es necesario, en primer lugar, identificar cuál o cuáles son las situaciones jurídicas regladas.

2.3.4 Nuevamente, debemos enfatizar que la situación jurídica reglada a la que se refieren los actores, es **el derecho a participar de las utilidades, no un monto, valor o porcentaje de dichas utilidades**; situación jurídica que **NO** ha sido modificada y, como ya se anotó, se mantiene **intacta**.

2.3.5 Otra situación jurídica reglada que se puede identificar, es **cómo determinar las utilidades**. Esto se encuentra regulado, como bien señalan los accionantes, en el artículo 104 del Código del Trabajo que dispone que para el cálculo de las utilidades se tomarán como base las declaraciones o determinaciones que se realicen para el pago del impuesto a la renta. Norma (situación jurídica) que



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

TAMPOCO ha sido modificada y que, por lo tanto, resulta incomprensible e impertinente la alegación realizada por los legitimados activos.

III.

Sobre el alcance de la acción pública de inconstitucionalidad

Finalmente, de los términos de la acción planteada, parecería que los demandantes en realidad lo que impugnan son las malas prácticas empresariales, y no la transgresión del derecho de los trabajadores de las empresas privadas a participar de las utilidades. De allí se entiende la carga emotiva y subjetiva plasmada en un documento con características más de ensayo socio político, que de acción de inconstitucionalidad.

En efecto, “las grandes empresas”, “prácticas de presunta elusión o evasión fiscal”, “evasión de impuestos”, “incumplimiento tributario”, “existe un problema importante de evasión fiscal en el país”, “la concentración de los beneficios en un grupo de beneficiarios”, “grandes grupos económicos”, “esto indudablemente era un excelente negocio para muchas de estas empresas”, “una forma de sortear el régimen tributario vigente”, “otra de las figuras creadas por compañías ecuatorianas para eludir impuestos”, “las empresas vinculadas con estas prácticas de elusión fiscal”, “ya se conocía de sus prácticas elusivas”, y tantas otras afirmaciones que los accionantes plasman en el escrito de su demanda, que bien pueden ser legítimas expresiones del libre pensamiento y podrían hasta tener ciertas dosis de acierto, demuestran la clara inconformidad de los legitimados activos con el accionar de ciertas empresas; situación perfectamente válida, pero que de ninguna manera se solucionan con una acción de inconstitucionalidad de una disposición que, como ya que quedó ampliamente demostrado, se enmarca en los parámetros constitucionales vigentes.

Por tanto, equivocan la vía los accionantes, pues sus alegatos, de ser ciertos, podrían hasta activar la vía penal; aspiraciones legítimas pero que, lamentablemente, nada tienen que hacer frente a la justicia que otorga el máximo órgano de justicia constitucional, ergo, nada que ver con la acción de inconstitucionalidad planteada, pues recordemos que conforme el artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico; siendo ese su alcance y su limitación.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

IV. PETICIÓN

De la argumentación expuesta en los acápites anteriores, quedó demostrada la inexistencia de violación a norma constitucional alguna, por lo que la demanda deberá ser desechada de plano, más aún, considerando la insuficiente justificación del actor para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las normas, por lo que se solicita a su Autoridad declare la constitucionalidad de tales disposiciones. Asimismo, respetuosamente manifestamos que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

V. AUTORIZACIÓN

Autorizo a los abogados Isabel Noboa Nowak, Carla Guerra Barreiro, Yolanda Salgado Guerrón, María Mercedes Idrovo, asesores de esta Secretaría General Jurídica, para que intervengan y suscriban cuanto escrito fuere necesario dentro de la presente causa.

Notificaciones que me correspondan, las seguiré recibiendo en la casilla constitucional No. 001 y en las siguientes direcciones electrónicas: nsj@presidencia.gob.ec y sgj@presidencia.gob.ec

Fabián Pozo Neira
SECRETARIO GENERAL JURÍDICO
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA