



SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Dr. ANDRÉS SANTIAGO PEÑAHERRERA NAVAS, ecuatoriano, de profesión Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, con cedula de ciudadanía Nro. 0501592901, domiciliado en esta ciudad de Quito, D.M., dirección electrónica: andres.penaherreran@iess.gob.ec, de conformidad con la Procuración Judicial contenida en la Resolución Administrativa No. IESS-DG-2021-0012-RA, que adjunto, en mi calidad de PROCURADOR JUDICIAL, DE LA DIRECTORA GENERAL DEL IESS, Eco. OLGA SUSANA NÚÑEZ SÁNCHEZ ecuatoriana, con cédula de ciudadanía Nro. 1703700961, domiciliada en esta ciudad de Quito, REPRESENTANTE LEGAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, con RUC No.: 1760004650001, domiciliado en esta ciudad de Quito, en la calle 9 de Octubre N20-68 y Jorge Washington, edificio Zarzuela, piso No.4; acorde al Art. 30 de la Ley de Seguridad Social, que dispone: “(...) El Director General ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial, y la titularidad para el ejercicio de la jurisdicción coactiva del IESS, en todo el territorio nacional, directamente o por delegación al Director Provincial competente (...)”; comparezco ante ustedes con la finalidad de interponer la siguiente DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD de la “LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO”, publicada en el R. O. No. 153, de 21 de marzo de 1989; y, de la “LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO”, publicada en el Suplemento del R. O. No. 956, de 06 de marzo de 2017; (en adelante la “Disposiciones Jurídicas Impugnadas” o “Ley”), en los siguientes términos, acorde a los Arts.: 78.2, 79; y, 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

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

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

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

Los datos del legitimado activo se encuentran consignados en el encabezado de la presente demanda; quien comparece acorde al Art. 439 de la Constitución de la República del Ecuador; más aún, acorde al Art. 370 *ibidem*, mi representada es una entidad autónoma

creada por la Constitución responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados; por tanto, constitucionalmente habilitada para recurrir ante la Corte Constitucional.

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

Conforme lo establece la Constitución de la República, los órganos que intervinieron en el proceso de formación de la ley impugnada fueron: el órgano emisor de la disposición legal cuya inconstitucionalidad demandamos es la Asamblea Nacional; como colegislador a través de sanción el señor Presidente de la República; y, al señor Procurador General del Estado, en calidad de representante judicial del Estado ecuatoriano.

Consecuentemente, una vez admitida a trámite la demanda, deberá correrse traslado y notificarse con el respectivo auto de admisión al órgano emisor de la disposición jurídica impugnada, al órgano colegislador; y, a la Procuraduría General del Estado, en las personas de sus representantes legales, en las siguientes direcciones:

1. **A la Asamblea Nacional** se le correrá traslado y citará con esta acción en la persona de su Presidente, Sra. abogada Esperanza Guadalupe Llori Abarca, en su despacho ubicado en el Palacio Legislativo, Av. 6 de Diciembre y Piedrahita, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.
2. **Al Presidente de la República**, Guillermo Alberto Santiago Lasso Mendoza, se le correrá traslado y citará con esta acción en su despacho ubicado en el Palacio de Carondelet, calle García Moreno N10-43 entre Chile y Espejo, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.
3. **Al Procurador General del Estado**, Dr. Iñigo Salvador Crespo, se correrá traslado y notificará con esta acción, en su despacho ubicado en la Av. Amazonas N39-123 y Arízaga, ciudad de Quito, provincia de Pichincha.

4. INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS COMO INCONSTITUCIONALES.

En cumplimiento del Art. 79.4 de la LOGJCC, procedo a indicar las disposiciones cuya inconstitucionalidad se acusa en la presente demanda, las cuales se detallan a continuación:

4.1. LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO. (Publicada en el R. O. No. 153, de 21 de marzo de 1989).

“Art. 1.- Establécese en beneficio de los trabajadores de la industria del cemento, el derecho de jubilación especial a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, una vez que hayan acreditado, por lo menos, trescientas imposiciones, cualquiera sea su edad.”

Art. 2.- Las imposiciones a las que refiere el artículo 1 deberá provenir, exclusivamente, de las actividades ejercidas en la industria del cemento.

Art. 3.- Quienes se acojan al derecho de jubilación especial establecido en esta Ley, gozará de una pensión mensual equivalente al ciento por ciento del último sueldo o salario que hubiere percibido.

Art. 4.- Incrementese en dos centavos el precio ex fábrica de cada kilo de cemento, cuyos valores, incluyendo la proporción correspondiente a la aplicación del impuesto existente a las Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios, se destinarán en su totalidad a financiar el beneficio de jubilación especial que se establece en esta Ley.

Nota: La Ley del impuesto a las transacciones mercantiles y a la prestación de servicios fue derogada por el Art. 121, numeral 4, de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno (R.O. 463-S, 17-XI-2004).

Art. 5.- Las empresas que conforman la industria del cemento serán los agentes de retención del incremento establecido en el artículo 4 de esta Ley, debiendo remitir mensualmente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la totalidad de los valores recaudados.

Art. 6.- La falta de reglamentación no impedirá el ejercicio del derecho establecido en esta Ley.

Artículo Final. La presente Ley, por su carácter de especial, prevalecerá sobre las disposiciones legales que se le opongan y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.”

4.2. LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO. (Publicada en el Suplemento del R. O. No. 956, de 06 de marzo de 2017).

“**Art. Único.-** Interpretese el artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, publicada en el Registro Oficial No. 153 de 21 de marzo de 1989, en el sentido de que para establecer el valor en dólares de los Estados Unidos de América del incremento en dos centavos de sucre del precio ex fábrica de cada kilo de cemento, a partir del 13 de marzo de 2000 se requiere obtener la proporción del valor adicional al precio, que representaban los dos centavos de sucre, respecto del precio promedio del kilo de cemento al año 1989; para luego mantener dicha proporción y aplicarla al precio promedio del kilo de cemento de cada año a partir del año 2000. El cálculo de los respectivos intereses se hará en atención al monto del correspondiente capital cuantificado conforme lo señalado en este artículo.”

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el plazo máximo de ciento ochenta días contados a partir de la expedición de esta Ley interpretativa, recaudará los valores que a esa fecha estuvieren pendientes de pago por parte de los agentes de retención determinados en el artículo 5 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, aplicando la fórmula de cálculo prevista en el artículo único de la Ley interpretativa.”

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente Ley interpretativa entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.”

5. FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN.

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

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

1.- *“Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:*

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

Alcance: La seguridad social como un derecho se encuentra garantizado por el Estado ecuatoriano; y, la norma constitucional prevé que se lo debe realizar sin discriminación alguna para lograr su efectivo goce.

2.- *“Art. II.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)”*

2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

Alcance: La norma constitucional recoge el principio de igualdad, el cual dota de contenido al conjunto de derechos constitucionales; así mismo, establece la obligación estatal de adopción de acciones afirmativas para lograr el efectivo goce de los derechos en igualdad de condiciones; en el presente caso, se evidenciarán diferentes condiciones de desigualdad conforme se explicará adelante.

3.- *“Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”*

Alcance: El derecho a la seguridad social debe ser garantizado por el Estado ecuatoriano en las diferentes prestaciones que componen el mismo; por lo tanto, el IESS como responsable de la entrega de estas, debe velar que los principios que rigen el sistema de seguridad social sean respetados por todos los actores de la sociedad ecuatoriana, con la finalidad de asegurar la sostenibilidad de los fondos del IESS para la entrega de las prestaciones del seguro general obligatorio.

4.- *“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)*

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

Alcance: Esta norma por su parte, recoge a la igualdad como un derecho de libertad, efectuando la diferenciación entre sus diferentes tipos; y, estableciendo la prohibición de no discriminación.

5.- *“Art. 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.*

El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.”

Alcance: Los principios que guían el sistema de seguridad social producen que el mismo sea sostenible con la finalidad de garantizar el derecho a la seguridad social de toda la población; y, proteger así las contingencias del seguro universal atendiendo así a los instrumentos internacionales que regulan este derecho.

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

Alcance: El criterio de sostenibilidad permite que el sistema de seguridad social pueda cumplir su fin primordial, que es la entrega de las prestaciones de cada uno de los regímenes del seguro general obligatorio; las normas que se acusan como inconstitucionales forman parte de este sistema; por tanto, deben ser analizadas a la luz de la Constitución de la República del Ecuador.

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

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

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente.

La creación de nuevas prestaciones estará debidamente financiada.”

Alcance: La norma contiene la naturaleza constitucional del sistema de seguridad social, coberturas que prevé el mismo y lo más importante, la disposición mandatoria de necesidad del debido financiamiento para la entrega de nuevas prestaciones; puesto que, sin este elemento es imposible la entrega de las mismas.

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

5.2.1.- LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO, EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PRINCIPIOS QUE LOS REGULAN.

La Constitución vigente reconoce en su Art. 34 el derecho a la seguridad social como un derecho humano, dentro de los llamados derechos del buen vivir y claramente dispone que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación.

Para la realización del derecho a la seguridad social, dentro del régimen del buen vivir, se incluyen disposiciones relativas a la forma en que se debe manejar el sistema de seguridad social. Así por ejemplo, el Art. 367 de la norma constitucional a más de regular sobre sus características, fija nuevamente los principios por los que se rige: equidad social, obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

El derecho a la seguridad social ha sido reconocido en varios tratados internacionales, dentro del Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), así como se recogió en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 9, que reza:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos encontramos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. En este instrumento regional se reconoce en el Art. 9 numerales 1 y 2, el derecho a la seguridad social, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”

De igual manera, se debe indicar que en nuestro tiempo y conforme a la estructura constitucional adoptada por el Estado ecuatoriano no puede concebirse la noción de

Estado de derecho como equivalente a imperio de la ley y división de poderes con prescindencia de los principios que rigen la aplicación de los derechos constitucionales así como de los sistemas creados por la carta constitucional para el ejercicio y otorgamiento de los mismos por las instituciones del Estado, como es el caso del sistema de seguridad social, el cual a partir de las disposiciones constitucionales genera el marco propicio de acción para garantizar el derecho a través del seguro general obligatorio, bajo una concepción social, sostenible y solidaria en el tiempo y otros principios, enfocados a la generalidad de sus afiliados, beneficiarios y jubilados para de esta manera garantizar condiciones de vida digna, es decir dirigido a la generalidad y no en beneficio particular de un grupo determinado.

Las leyes acusadas afectan el derecho a la seguridad social, toda vez que propenden a que se les excluya a sus beneficiarios tempranamente de la aportación que deben al sistema de seguridad social, a través del establecimiento de requisitos ambiguos, poco claros, desfinanciados, desproporcionados tanto con la generalidad de afiliados como de aquellos que por otras leyes reciben un “beneficio especial” similar por actividades laborales que realizan, incluyendo dentro del sector beneficiario, a todos los trabajadores del sector, los cuales no todos presentan por su actividad la característica de riesgo que sirvió como fundamento motivacional para el establecimiento de la jubilación especial; existiendo la posibilidad de que en la aplicación de la norma se rompa el espíritu excepcional y se le dé un carácter general que afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones lo cual le convierte en inaplicable, existiendo una afectación directa a los siguientes principios constitucionales que rigen tanto al derecho como al sistema de la seguridad social.

5.2.2.- AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y UNIVERSALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

De conformidad con el Art. 1 de la Ley de Seguridad Social, que desarrolla estos principios constitucionales, se deben entender a la solidaridad, como:

“(...) la ayuda entre todas las personas aseguradas, sin distinción de nacionalidad, etnia, lugar de residencia, edad, sexo, estado de salud, educación, ocupación o ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del Seguro General Obligatorio.”

En jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional Colombiana desarrolló este principio, de la siguiente manera:

“(...) Así, pretende desarrollar el principio de solidaridad, porque en este subsistema se da la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos y las comunidades, bajo la protección del más fuerte hacia el más débil. El objetivo entonces es que se pueda obtener una pensión adecuada que ampare al afiliado en su vejez o invalidez y que los beneficiarios de una pensión de sobrevivientes en caso de muerte puedan alcanzar esa prestación. Pero además el sistema pretende obtener los recursos de financiamiento para aquellos afiliados cuyos recursos son insuficientes, quienes también tienen derecho a las prestaciones propias del sistema. (...)”¹

¹ Sentencia C-760 de 2004, Corte Constitucional de Colombia.

Por otro lado, doctrinariamente se la entiende de la siguiente forma:

“Es unánimemente aceptada como “principio básico” o “fundante” de la seguridad social. Aunque algunos autores limitan el alcance de este principio solo al financiamiento del sistema, debe reconocérsele una proyección mayor que trasciende el mero aspecto financiero, ya que la solidaridad social es una manifestación de la fraternidad entre los hombres que impone que quienes conviven en sociedad se presten recíproca ayuda.”²

“La solidaridad como principio se encuentra en el punto de partida de todo plan o institución de la Seguridad Social. De esa manera se explica que las generaciones en actividad tomen a su cargo el sostenimiento de las que se encuentran en pasividad. Es el resultado de una nueva concepción individualista, del principio de redistribución de la riqueza, en virtud del cual todos deben dar en la medida de sus fuerzas y, por el contrario, recibir en la medida prudencial de sus necesidades.”³

Bajo los conceptos establecidos, las leyes acusadas prevén una jubilación especial que reduce el tiempo de vida laboral con una cuantía excesiva sin límite máximo; es decir, con su último sueldo y sin el debido financiamiento; de esta manera, no existe la ayuda que como miembros del sistema deben a todas las personas aseguradas, como por ejemplo, a los futuros trabajadores de la industria del cemento, de otras labores similares insalubres y a los afiliados en general; inclusive, se debe recordar que esta cooperación mutua que se deben entre los integrantes del sistema de seguridad social se la debe realizar sin distinción de ocupación, riesgos e ingresos, con el fin de financiar conjuntamente las prestaciones básicas del seguro general obligatorio.

Hay que señalar que las leyes acusadas desnaturalizan la prestación de jubilación y el sistema de seguridad social adoptado por la legislación ecuatoriana; toda vez que, las aportaciones mensuales de los trabajadores de la industria del cemento no generan un aporte para una solidaridad intergeneracional; sino por el contrario, la norma pretende asegurar una pensión futura individualista y acrecentada utilizando el sistema para beneficio de un determinado grupo, sin importar la cooperación que exige nuestro sistema; es decir, crea un fondo exclusivo de la industria del cemento que no es suficiente para cubrir ni si quiera sus propias pensiones de jubilación, peor aún, para coadyuvar en el financiamiento del resto de trabajadores, contrariando los artículos 1 y 83 numeral 7 de la Constitución que señalan que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, así como se debe promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular conforme al buen vivir; violentando de esta manera la razón de ser y los fines constitucionales de la seguridad social y aquellos derivados de los tratados internacionales que regulan a la misma.

Lo manifestado, guarda concordancia con una afectación a otro principio, el de universalidad, en virtud de que no va a existir garantía de igual oportunidades para las generaciones futuras de los mismos trabajadores de la industria del cemento y otros, al ser un fondo que se ve afectado en su sostenibilidad por la falta de debido financiamiento y excesiva cuantía de la prestación, sin un análisis técnico; lo que dificultará a corto y mediano plazo, la entrega de jubilaciones a trabajadores de la misma industria y a todos

² ETALA, Carlos Alberto, Derecho de la Seguridad Social, Buenos Aires, Ed. Astrea -2da edición-, pág. 58.

³ FERNÁNDEZ Pastorino, “Seguridad Social”, Buenos Aires, Editorial Universidad, pág. 81.

los beneficiarios del fondo de pensiones, conforme lo desarrolla el Art. 1 de la Ley de Seguridad Social.

5.2.3.- AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

La seguridad social conforme reza del propio texto constitucional así como de los diferentes tratados internacionales que regulan la materia, se constituye y ha sido elevado a un rango de derecho humano, mismo que debe ser protegido por el Estado, convirtiéndose en un elemento que le permite brindar una solución a la inequidad social, producto de la cual, no todos los individuos pueden gozar o tener acceso a las mismas condiciones de vida o contar con los recursos necesarios para financiar su porvenir; es bajo esta concepción que al estructurarse un sistema de seguridad social que se debe tomar en consideración para el establecimiento de las prestaciones que brindará el sistema, aquellas disposiciones del ordenamiento jurídico internacional, específicamente las constantes en el Convenio 102 de la OIT⁴ de 1952, buscando con ello garantizar a sus habitantes el acceso a diversas prestaciones con el objeto de que puedan alcanzar un nivel mínimo de desarrollo, una vida digna, anclado a un proyecto de vida acorde al derecho del buen vivir.

A su vez, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁵ al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)⁶ disponen que toda medida legislativa referente a los derechos por ellas recogidas, entre ellos el de la seguridad social, deben propender a la plena efectividad del mismo, es decir, que en lo referente a las prestaciones que este sistema brinda estas deben ser claras, aplicables y principalmente ser sustentables y sostenibles en el tiempo, evitando a cualquier costo y a sobre manera cualquier afectación directa o indirecta a su estabilidad, especialmente en un sistema de reparto como es el fondo de invalidez, vejez y muerte del cual salen las prestaciones de jubilación que en la actualidad el IESS brinda.

A pesar de ello, el Congreso Nacional de 1989 a través la “*Ley de Jubilación de los Trabajadores de la Industria del Cemento*”, modifica el régimen de seguridad social vigente a la fecha, estableciendo en su Art. 1, un beneficio dirigido a los trabajadores de la industria del cemento, generando un derecho de “*jubilación especial*” a cargo del IESS, y por lo tanto debía hacer frente al pago de dichas pensiones, bajo condiciones carentes de estudios actuariales y técnicos que garanticen la sostenibilidad de la misma en el tiempo, más aún, desnaturalizando la figura de la prestación de jubilación al no determinar claramente bajo

⁴ Convenio 102 OIT, relativo a la norma mínima de seguridad social, adoptado en Ginebra, el 28 de junio de 1952; ratificada por Resolución Legislativa s/n, publicada en el registro oficial No. 293, de 19 de agosto de 1961 (R.O. 29 de 12 de diciembre de 1961)

⁵ “Art. 2.-1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)”.

⁶ “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”.

un estudio pormenorizado y minucioso de la situación particular para la calificación de riesgo por puesto, y de esta manera conceder el derecho a quienes conforme al espíritu de la Ley son realmente sus beneficiarios.

Así mismo, en comparación con leyes de otros sectores considerados de riesgo y del universo de jubilados en su generalidad tanto a dicha fecha como en la actualidad, con el ordenamiento jurídico vigente, en su artículo 3 restringe taxativamente a que la cuantía de la jubilación o pensión jubilar mensual “*será equivalente al ciento por ciento del último sueldo o salario que hubiere percibido*”, condiciones especiales que no encuentran sustento en estudio actuarial alguno y de impacto, principalmente al fondo de pensiones, el cual al ser de reparto y bajo una concepción de carácter de solidaridad intergeneracional convierte en inaplicable dicha prestación.

Capital importancia en este punto merece indicar que, a pesar de que el artículo 4 de la referida Ley pretende establecer supuestas fuentes de financiamiento para que el IESS pueda dar ejecución y “financiar” dicha prestación de carácter especial e inaplicable desde su creación hasta la presente fecha, a través de: a) Incremento en dos centavos⁷ el precio ex – fábrica de cada kilo de cemento; y, b) incluyendo la proporción correspondiente a la aplicación del impuesto existente a las Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios (ITM), las mismas ya desde dicha fecha no eran suficientes para garantizar la sostenibilidad y financiamiento tanto de la prestación en su conjunto como del fondo de pensiones.

Más aún cuando, la fuente de financiamiento relativa al impuesto existente a las Transacciones Mercantiles y Prestación de Servicios, fue eliminado y reemplazado con la Ley No. 56 de Régimen Tributario Interno publicada en Registro Oficial No. 341 del 22 de diciembre de 1989, que crea el Impuesto al Valor Agregado (IVA) con características similares al ITM, es decir a finales del mismo año de creación de la prestación de jubilación especial para los trabajadores de la industria del cemento, el propio legislador eliminó una de sus “fuentes” de financiamiento, acrecentando con ello su insostenibilidad y afectando a futuro al fondo de pensiones.

En lo relativo a la fuente de financiamiento del incremento de los dos centavos del precio ex – fábrica de cada kilo de cemento, que conforme al Art. 5, de la referida Ley las empresas que conforman la industria del cemento se convierten en agentes de retención del mismo, debiendo remitirlo de manera mensual al IESS, es importante indicar que no existió estudio actuarial o de impacto técnico financiero que permita determinar que la multiplicación entre el volumen total de ventas en el sector cementero y el incremento de kilo dispuesto en la Ley confirmaban que el porcentaje determinado para el supuesto “*financiamiento*”, en efecto cumpliría con su propósito y sostenibilidad en el tiempo de la prestación, más aún, cuando la supuesta pensión de jubilación se constituía en el último sueldo o salario del trabajador de la industria, convirtiéndola en una prestación anticipada que superaba la expectativa de vida, elemento sustancial para determinar

⁷ Los 0,02 relativos al incremento del precio ex-fábrica de cada kilo de cemento desde 1989 hasta el año 2000 eran en Suces, tal como lo disponía la Ley de Régimen Monetario de 31 de marzo de 1976, cuyo artículo 6 señalaba que: “*la unidad monetaria del Ecuador es el Sucre, cuyo símbolo es S/. El Sucre se divide en cien partes iguales denominadas centavos*”, moneda de curso legal en el Ecuador hasta la dolarización en el año 2000.

beneficios especiales en una prestación como la jubilación, y que solo puede partir de estudios actuariales.

Es decir, obligando al IESS a garantizar una jubilación de por vida que por sus características peculiares y anti técnicamente generadas puede llegar a superar los años de aportación del afiliado, cuya carga termina recayendo en prestaciones exacerbadas e insostenibles, afectando de esta manera el interés general y desnaturalizando las funciones y principios que rigen al derecho a la seguridad social y es discriminatoria con el resto de jubilados, incluidos grupos de atención prioritaria o trabajadores de sectores con jubilación especial cuyos regímenes y cuantía se acoplan al sistema y estas sí cumplen su función social.

Es importante manifestar en este punto, que a partir del año 2000, cuando el Ecuador entra en una fase de dolarización, la fuente de financiamiento *ibidem* ahonda más la crisis de sostenibilidad de la prestación, recién en el año 2017 la Asamblea Nacional promulga la Ley Interpretativa del artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento⁸, normativa que en vez de corregir el déficit y falta de financiamiento de la jubilación especial, exclusiva y nuevamente sin estudio actuarial o técnico alguno que lo sustente señala:

“(…) en el sentido de que para establecer el valor en dólares de los Estados Unidos de América del incremento en dos centavos de sucre del precio ex fábrica de cada kilo de cemento, a partir del 13 de marzo de 2000 se requiere obtener la proporción del valor adicional al precio, que representaban los dos centavos de sucre, respecto del precio promedio del kilo de cemento al año 1989; para luego mantener dicha proporción y aplicarla al precio promedio del kilo de cemento de cada año a partir del año 2000. El cálculo de los respectivos intereses se hará en atención al monto del correspondiente capital cuantificado conforme lo señalado en este artículo”.

Es decir, interpretando una fuente de financiamiento de una prestación inaplicable, contrariando flagrantemente el ordenamiento constitucional, especialmente los principios que rigen al sistema de seguridad social de sostenibilidad, suficiencia, integración y solidaridad consagrados en los artículos 368, 369 y 370 de la Constitución de la República.

Ante ello, considerando la nueva estructura del Estado ecuatoriano a partir de la expedición de la Constitución de la República del año 2008, en su artículo 1, se manifiesta que: *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”*, a través del cual, el texto constitucional en su estructura dogmática y orgánica cambia completamente la sujeción al principio de legalidad propio del Estado de derecho al principio de juridicidad, mismo que en su concepción contempla al ordenamiento jurídico en su integralidad, no dejando a un lado al principio de legalidad, pero otorga primacía a las disposiciones constitucionales relativas a derechos, garantías y principios como un fin de protección por parte de todos los ciudadanos y principalmente de aplicación directa e inmediata por parte de todo servidor público en su accionar, quienes se encuentran en la obligación de aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia,

⁸ Registro Oficial Suplemento N. 956, de 06 de marzo de 2017

desarrollando de manera progresiva políticas públicas y normas que permitan generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Las leyes impugnadas no se acoplan en su concepción formal o material a los principios rectores del sistema de seguridad social dispuestos tanto en la norma constitucional del año 2008, como en el sistema adoptado por la Ley de Seguridad Social del año 2001, convirtiéndolas no solo por su ambigüedad y falta de claridad en inaplicables, principalmente la Ley impugnada del año 1989, que se convierten en inconstitucionales por no haber contado para su creación y posterior interpretación con estudios técnicos y actuariales debidamente fundamentados que permitan determinar claramente la cuantía de pensión, beneficiarios por sus condiciones de trabajo inminentes de riesgo, y principalmente su sostenibilidad y financiamiento suficiente en el tiempo que permitan viabilizar su otorgamiento, afectando directamente la estabilidad del fondo de pensiones y peor aún el poder garantizar las prestaciones del universo de los afiliados.

Dentro de este marco de ideas, es imperioso recalcar que el rol del Estado cobra importancia en el momento en que se encamina a evitar el desfinanciamiento de la seguridad social, ya sea a través de aportes obligatorios fijos o a través de estructuras sostenibles en el tiempo, toda vez que la finalidad del Estado, en este caso, a través del IESS, conforme el Art. 370 de la Constitución de la República como entidad autónoma regulada por ley, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio, es la de propender y garantizar a que todos sus asegurados, en cualquier tiempo, puedan acceder y gozar de su derecho bajo condiciones de igualdad, sostenibilidad y financiamiento, mismas que se encuentran afectadas.

Ante lo cual, el Estado a más de asegurar la protección de las personas frente a los riesgos a los que están expuestas durante su vida, a través del sistema de seguridad social, se encarga de equiparar la desigualdad socioeconómica de sus habitantes: *“necesidad de llegar a una solidaridad más extensa, que no puede alcanzarse si las cotizaciones están basadas únicamente sobre salarios o sobre ingresos de las personas económicamente activas”*⁹, lo que para el caso *in examine* se convierte en una realidad e inclusive justifica su inaplicabilidad e inconstitucionalidad ya que las aportaciones de los trabajadores de la industria del cemento a falta de fuentes claras y suficientes de financiamiento y determinación objetiva del universo de beneficiarios a partir del riesgo generado por su actividad laboral, se convierten en insuficientes para garantizar su prestación, más aún cuando su cuantía de pensión es el 100% de su último sueldo o salario.

Generando con ello, *ergo*, que la prestación de jubilación de los trabajadores de la industria del cemento debe ser otorgada casi en su totalidad en función de los recursos aportados por los mismos sobre la base de la aportación mensual durante su vida activa, y en un porcentaje reducido casi a la mínima expresión del financiamiento sin sustento determinado en las leyes impugnadas, generando una diferencia entre ingresos percibidos por el fondo de pensiones, que ya provoca en la actualidad un riesgo al no existir los recursos suficientes para financiar dicha prestación.

⁹ Zelenka, Antonio, (1952). Organización Financiera de la Seguridad Social, recuperado el 11 de agosto de 2021, de: http://biblioteca.ciess.org/adiss/r673/la_organizacion_financiera_de_la_seguridad_social

Conforme se lo ha mencionado, para la adopción de cualquier medida legislativa, el numeral 3 del Convenio 102, de la OIT, establece que a cada Estado le corresponde “garantizar la realización periódica de estudios actuariales relativos al equilibrio del seguro”, con anterioridad a cualquier creación o modificación de prestaciones, de tasas de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión.

Al respecto, el “Estudio Actuarial de la Sostenibilidad de la Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento”, realizado por la Dirección Actuarial, de Investigación y Estadística del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con corte al 19 de octubre de 2020, concluye y recomienda:

“(…) 9.1. Conclusiones

Del presente estudio se obtienen las siguientes conclusiones:

1. Al 31 de agosto de 2020, se registran 2.035 trabajadores y ex trabajadores de la industria del cemento con cargos operativos expuestos al ruido y polvo; de los cuales 1.554 trabajadores activos que no cumplen aún los requisitos, 357 trabajadores jubilados por vejez, 49 cesantes y 75 activos con derecho.
2. Al 31 de agosto de 2020, el Fondo de la Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento dispone de USD 11.007.889,78 aportados por las empresas: HOLCIM, UCEM y UNACEM, según lo dispone la Ley Interpretativa del Artículo 4 de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento y la Resolución No. C.D. 554.
3. En aplicación de la Ley Interpretativa, las empresas UNACEM y UCEM se encuentran al día en sus obligaciones; en cambio, se ha establecido que la empresa FIOLCIM adeuda al IESS una suma de USD 9.116.395,04; de los cuales USD 7.790.895,76 por concepto del pago del capital e intereses del período marzo de 2000 a diciembre de 2010 y USD 1.325.499,28 corresponden a multas e intereses del período enero 2011 a julio 2017.
4. El resultado de la valuación actuarial refleja una quiebra financiera, los recursos económicos financieros recaudados a la fecha de corte son USD 11.007.889,78. Estos valores son insuficientes hoy en día para la cancelación de sus obligaciones iniciales por (deuda por reliquidaciones y liquidaciones). Su año de desfinanciamiento es 2020. El resultado del estudio actuarial determina un déficit financiero igual \$96.435.345,42 a 2045.
5. Si existieran los fondos suficientes para poder cancelar las obligaciones iniciales, indicadas en el punto anterior, la prima media nivelada suficiente, aplicada a las ventas totales de cemento, destinada para el financiamiento de la Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria de Cemento debería ser igual a 0,5 %.
6. Se concluye que la Jubilación Especial de la Industria del Cemento, bajo las condiciones o requisitos establecidos en la Ley de Jubilación Especial y su interpretativa (pensión igual al 100 % del último sueldo, sin límite de edad y cumplidas mínimo 300 impositivas en la industria del

cemento; con el aporte establecido); **NO es suficiente para otorgar la prestación ni siquiera en sus obligaciones iniciales y consecuentemente no es sostenible en el tiempo.**

7. El resultado de la valuación actuarial refleja una quiebra financiera, los recursos económicos financieros recaudados a la fecha de corte son USD 11.007.889,78. Estos valores son insuficientes hoy en día para la cancelación de sus obligaciones iniciales por \$ 19.493.042,38 (deuda por reliquidaciones y liquidaciones). Su año de desfinanciamiento es 2020. El resultado del estudio actuarial determina un déficit actuarial igual a \$ 21.184.234,36.
8. Se concluye que la única alternativa sostenible en el tiempo de horizonte del estudio es considerar solo a los trabajadores y extrabajadores de la industria del cemento expuestos al riesgo (ruido o polvo) y no otorga el derecho a los extrabajadores con una pensión de vejez del IESS. Además, se deben establecer pensiones máximas iguales a las pensiones de vejez del IESS y su base de cálculo es el último sueldo, sin incluir el pago de horas extras, bonos y otros ingresos. También se cancela una deuda igual a USD 941.890,13 liquidaciones a los extrabajadores cesantes por haberes adeudados por la Jubilación Especial de la Industria del Cemento. Este escenario presenta un superávit actuarial igual a USD 3.779.149,52 y su año de des-financiamiento es más allá del 2045.

9.2. Recomendaciones

1. Sugerir a la Dirección General se interpongan los buenos oficios ante la Asamblea Nacional a fin de procurar el financiamiento suficiente para la entrega de esta prestación, en los términos que establece la Constitución de la República.
2. Que para esta jubilación especial, la Ley establezca un financiamiento propio, destinado a cubrir la reducción de tiempo en edad y aportes; que el fondo sea independiente del Seguro General Obligatorio, con contabilidad y administración propias.
3. Que se determine la contribución para las nuevas empresas de la industria de cemento.
4. Sugerir que este informe se traslade a la Corte Constitucional y a la Corte Nacional de Justicia para que se ponga en conocimiento de jueces y tribunales respectivos”.

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional el principio de sostenibilidad financiera tiene como finalidad que exista correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez¹⁰.”

Para dicho efecto, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 83-16-IN y acumulados señaló: “Es claro para la Corte que una reforma sobre los mecanismos de financiamiento de las prestaciones del sistema de seguridad social, es un aspecto que necesariamente debe estar basado en datos técnicos amparados en estudios actuariales específicos, rigurosos y actualizados, a fin de asegurar la sostenibilidad del sistema”¹¹, por lo que, a la luz de las normas constitucionales constantes

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana No. SU143/20 de 13 de mayo de 2020, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU143-20.htm>.

¹¹ Ibidem.

en los Arts. 368 y 369, el sistema de seguridad social debe funcionar con base en criterios de sostenibilidad, considerando tanto lo relativo a aportes, como a las prestaciones para cumplir dicho principio.

Siendo para este efecto que conforme el estudio actuarial específico y actualizado *ut supra* se refleja una quiebra financiera de dicha prestación comprometiendo la sostenibilidad del sistema, afectando a la generalidad del derecho a la seguridad social de todos los afiliados y jubilados del IESS.

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

“La sostenibilidad financiera del sistema pensional supone [...] la adecuada correspondencia entre los recursos que ingresan al sistema de seguridad social y los recursos que deben destinarse a la protección de las personas que han asegurado su contingencia de vejez. En esa dirección, es relevante a la luz de tal exigencia, el modo en que se arbitran recursos provenientes de aportes parafiscales para el financiamiento de prestaciones asistenciales [...]. Por regla general, el control de la validez constitucional de una medida legislativa acusada de desconocer la sostenibilidad financiera o fiscal debe encaminarse a verificar si en el proceso de valoración, explicación y discusión en el Congreso de la medida se cumplieron condiciones mínimas de deliberación. Ello impone determinar si en el trámite en el que se plantearon reservas relacionadas con los impactos negativos de determinada medida sobre la sostenibilidad fiscal fueron considerados de manera pública, informada y explícita los efectos fiscales, valorando los costos de las medidas y los instrumentos o mecanismos para asumirlos. [...] No le corresponde a esta Corte, prima facie, realizar valoraciones de la utilidad y oportunidad del gasto, ni comparar su cuantía con el marco fiscal de mediano plazo. Su tarea, al estudiar el eventual desconocimiento de la sostenibilidad financiera del sistema pensional en su dimensión hetero-referente o del criterio de sostenibilidad fiscal (arts. 48 y 334 de la Constitución), consiste en asegurar que el debate en el Congreso haya permitido identificar (a) el impacto de la medida en las finanzas públicas y (b) las razones del Congreso para no atender el concepto negativo emitido por el Gobierno en el curso del trámite legislativo. En ese contexto, advierte este Tribunal, es obligación del Congreso propiciar y desarrollar una deliberación específica y explícita sobre el impacto fiscal de la reforma propuesta, que aborde los siguientes asuntos: (i) los costos fiscales de la iniciativa, (ii) su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo y (iii) las posibles fuentes de financiación. Esto, en todo caso, no supone reconocer un poder de veto por parte del Gobierno Nacional en tanto, como se ha dejado dicho, lo que se activa es una obligación particular de deliberación”¹².

5.2.4.- EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO A LA IGUALDAD.

La igualdad constituye una categoría jurídica de muy amplio espectro y se expresa a lo largo del texto constitucional ya sea como principio, derecho o conjunto de reglas dentro de las cuales se pretende concretar sus dimensiones y dotar de contenido a otros derechos.

Es de tal magnitud este concepto que en la mayoría de instrumentos internacionales de derechos humanos, constituciones, leyes y jurisprudencia, se ha desarrollado ampliamente su contenido. En sus inicios y partiendo de un concepto estrictamente

¹² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia No. C-110/19 de 13 de marzo de 2019.

formal, se asumía que con solo garantizar que la ley sea aplicada para todos, quedaba ya satisfecha la igualdad; sin embargo, sobre la base de esta concepción, se cometieron abusos enormes, pues no todas las personas gozan de las mismas oportunidades, ni se encuentran en condiciones paritarias o similares; por ello, se desarrolló la dimensión material de la igualdad, siendo la formulación actual la más aceptada, conforme a la cual, “*los iguales han de ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales*”; axioma que tiene el mérito de no invisibilizar las diferencias, sino por el contrario, de hacerlas explícitas para atenderlas prioritariamente o de equipararlas y reducirlas, cuando impliquen brechas de injusticia inaceptable.

De tal manera, no toda diferenciación es ilegítima y tampoco toda igualación es justa, sino que tal evaluación debe hacerse a la luz del principio de razonabilidad, que será en último término el que permita catalogarlas como discriminatorias o justificadas.

En lo que respecta al derecho a la seguridad social, el Art. 3 numeral 1 de la Constitución dispone al Estado la garantía sin discriminación del efectivo goce de este derecho.

Por su parte, el Art. 11 numeral 2 *ibidem*, regla el ejercicio de todo derecho constitucional, eliminando la discriminación por diferentes condiciones propias de cada ser humano o colectivo, cuando se menoscabe o anule el reconocimiento, ejercicio o goce de derechos, dentro de los cuales está el de seguridad social.

De esta manera, la igualdad como principio se encuentra dotando de contenido al derecho a la seguridad social; lo cual, va íntimamente ligado con otro de los principios previstos en el Art. 34 de la Constitución, el de universalidad, que posibilita la garantía de iguales oportunidades a toda la población asegurable para acceder a las prestaciones del seguro general obligatorio, sin distinción de ocupación o ingresos.

La igualdad como derecho se encuentra regulada en el Art. 66 numeral 4 de la Constitución, al determinarlo en su ámbito formal y material, recalando la no discriminación en su generalidad.

La Observación General No. 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, contiene varias declaraciones sobre el derecho a la seguridad social y condiciones que deben cumplir los Estados parte:

“9. 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, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales.”

De igual manera, impone obligaciones a los Estados, en las cuales, recalca a la igualdad como eje transversal del derecho a la seguridad social, entre otras:

✓ **La obligación de respetar:**

“(...) supone, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada; interfiera arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales, o basados en la autoayuda (...)”.

✓ **La obligación de proteger:**

“(...) incluye, entre otras cosas, la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces, por ejemplo, para impedir que terceras partes denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellas o por otros y que impongan condiciones injustificadas de admisibilidad; interfieran arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda que sean compatibles con el derecho a la seguridad social; (...)”.

Conforme se puede observar, la regulación del derecho a la seguridad social debe otorgarse en condiciones de igualdad entre todos los integrantes del sistema de seguridad social; obviamente con el trato diferenciando que merece la actividad laboral que desempeña cada persona, en razón de su riesgo y con sustentos de estudios técnicos.

En el caso de las leyes objeto de la presente acción, existen varias vulneraciones constitucionales referentes a la igualdad de esta prestación:

5.2.4.1.- Igualdad en razón de riesgos de trabajo: Industrias con similares condiciones y, actividades insalubres en general que tienen prevista una jubilación especial.

La Ley de la Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, de 21 de marzo de 1989, se creó bajo el imperio de la Constitución de 1978, que contenía el derecho de igualdad ante la ley.

En el ámbito de la seguridad social se encontraba vigente la Ley del Seguro General Obligatorio, publicada en el Suplemento del R. O. No. 21 de 08 de septiembre de 1988, que respecto de actividades insalubres disponía:

“Art. 51.- Jubilación de trabajadores en actividades insalubres.

Los afiliados al Seguro Social que trabajaren en actividades que en razón de los riesgos que contienen, fueren calificadas como insalubre, tendrán derecho para efecto del Seguro de vejez, a que del límite mínimo de edad para jubilación se les rebaje un año de edad por cada cinco de imposiciones que tengan en esta clase de actividades. El estado entregará al Instituto el valor de la reserva matemática correspondiente a esta compensación, en la forma indicada en el primer inciso del Artículo 168 de esta Ley.

“Art. 52.- Aporte adicional.

Los afiliados comprendidos en el artículo anterior y sus patronos estarán obligados a aportar para el financiamiento de un seguro adicional con el IESS que aumente su pensión jubilar en el 0,50% del promedio mensual de los cinco mejores años de imposiciones, por cada año de servicio en dicha actividad. La aportación adicional necesaria para financiar el contrato será cubierta en esta proporción: el 75% por el patrono y el 25% por el afiliado.

Art. 53.- Cálculo de pensiones. Las pensiones de los seguros de invalidez y de muerte de los afiliados mencionados en el Art. 51, se calcularán tomando en cuanta (sic) los aumentos de pensión al seguro de vejez, contemplado en el Artículo anterior. El Consejo Superior del IESS calificará las actividades insalubres a que se refiere esta Ley, como la de mineros, gráficos, etc.”

Es decir que, el régimen jurídico de la jubilación por actividades laborales que perjudican a la salud del trabajador, como las desempeñadas en la industria del cemento, se encontraba ya prevista como una jubilación especial que tenía por característica la reducción del límite de edad, un año por cada cinco de imposiciones, en relación a estas actividades.

De igual manera, la vigente Ley de Seguridad Social publicada en el Suplemento del R. O. No. 465 de 30 de noviembre de 2001, también prevé una jubilación de trabajadores en actividades insalubres:

“Art. 231.- JUBILACIÓN DE TRABAJADORES EN ACTIVIDADES INSALUBRES.- Los afiliados que trabajaren en actividades calificadas, como insalubres, tendrán derecho, para efecto del Seguro de Vejez, a que se les rebaje, del límite mínimo de edad para jubilación, un año (1) de edad por cada cinco (5) años de imposiciones que tengan en esta clase de actividades.

Los afiliados comprendidos en este artículo sus patronos estarán obligados a aportar para el financiamiento de un seguro adicional con el IESS que aumente su pensión jubilar en el cero punto cincuenta por ciento (0,50%) del promedio mensual de los cinco (5) mejores años de imposiciones, por cada año de servicio en dicha actividad. La aportación adicional necesaria para financiar el contrato será cubierta en el setenta y cinco por ciento (75%) por el patrono y en el veinte y cinco por ciento (25%) por el afiliado.

Para el cálculo de las pensiones de los seguros de invalidez y de muerte de los afiliados comprendidos en este artículo, se tomarán en cuenta los aumentos de pensión al seguro de vejez previsto en el inciso precedente.”

Bajo estas normas legales, el derecho a la igualdad se desarrolló al considerar que existen ciertas actividades que provocan perjuicio a la salud del trabajador y que es razonable que sus condiciones de acceso a la jubilación sean flexibles; es decir que, se creó una acción afirmativa en pleno respeto de la disposición contenida en el Art. 2, numeral 2, inciso tercero de la Constitución de la República, que dispone:

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.”

Ahora bien, si se efectúa una comparación entre trabajadores que se desempeñan en la industria del cemento, con aquellos que lo hacen en las industrias de minería, hidrocarburos, construcción o trabajos con exposición constante a sustancias tóxicas; se podrá evidenciar que no existe una diferencia marcada en el tipo de actividades insalubres que efectúan este universo de trabajadores, la afectación a la salud es similar en todos estos casos; por lo que, el otorgar una jubilación especial a un único grupo miembro de una industria específica se constituye en un trato discriminatorio, pues no se está tratando de manera igualitaria a quienes comparten condiciones iguales, más aún, cuando no todos los trabajadores de la industria del cemento tienen el mismo riesgo.

A pesar de lo manifestado, la intención de la entidad responsable de las prestaciones del seguro general obligatorio no pretende encaminar la discusión acerca de posibles jubilaciones para cada sector de la industria del país, puesto que, esto no es recomendable

dentro de un sistema de seguridad social solidario conforme a normativa internacional. Recalcando que, la norma si prevé una jubilación especial por trabajos insalubres que es plenamente aplicable a los trabajadores de la industria del cemento, puesto que:

- a) Reduce el tiempo de labores de los trabajadores
- b) Existe un aporte adicional a cargo del empleador.
- c) Existe un aporte adicional a cargo del trabajador
- d) Se calcula en base al promedio de los 5 mejores años.

Es decir que, se generan condiciones propicias como acciones afirmativas para garantizar el acceso al derecho a la jubilación atendiendo al tipo de actividades de determinadas profesiones y oficios, atendiendo así al derecho a la igualdad.

Y no como pretenden las leyes acusadas como inconstitucionales que tienen las siguientes características:

- a) Su jubilación es el último sueldo sin límites máximos y mínimos.
- b) No existe un aporte adicional por parte del trabajador.
- c) El aporte adicional es el establecido en la Ley No. 19 y su Ley Interpretativa a cargo del consumidor final, dependiendo del flujo de venta del cemento; por lo que, es inestable e insuficiente; inclusive, se eliminó la segunda fuente de financiamiento que era el Impuesto a las Transacciones Mercantiles.
- d) Reduce el tiempo de labores del trabajador sin atender a los aspectos técnicos determinados en los literales anteriores.

5.2.4.2.- Igualdad en relación a los trabajadores que componen la industria del cemento. Puestos con y sin exposición.

Bajo la premisa de que la “(...) igualdad material parte de la distinción de cada individuo con la finalidad de evitar cualquier tipo de trato injusto, considerando que no todas las personas deben ser tratadas de idéntica forma, sino más bien que todas deben de gozar de las mismas oportunidades, (...)”¹³; la ley que crea la jubilación especial de los trabajadores de la industria del cemento no hace ninguna diferenciación en cuanto a qué actividades efectivamente se encuentran en riesgo por exposición y aquellas que son meramente administrativas y no tienen este agravante en su desempeño cotidiano; lo cual produce que la especialidad de la prestación se desnaturalice y se incluya a todos los trabajadores bajo las mismas condiciones sin atender a la igualdad material.

Esta cuestión de carácter técnico es advertida por el IESS, determinando que: “(...) Es importante indicar que en la Ley de Jubilación de los Trabajadores de la Industria del Cemento y su Ley Interpretativa, no indica una distinción de los puestos de trabajo, tanto de los puestos operativos como administrativos, es decir que un Gerente o Administrador también formaría parte del universo para la

¹³ Carlos Alarcón Cabrera, "Reflexiones sobre la igualdad material", en Anuario de Filosofía del Derecho, 4, 1987, 34, en sentencia No. 012-13-SIN-CC, caso No. 0027-10-IN.

entrega y pago de esta pensión jubilar, sin embargo en los antecedentes de la referida Ley Especial se consideró como sustento para su creación, el factor de riesgo laboral a causa del ruido y polvo de los trabajadores de la industria cemento. (...)”¹⁴; es decir que, la prestación es injustificadamente extensible a todos los trabajadores de la industria, en clara contraposición al derecho a la igualdad.

En los considerandos de la Ley de Jubilación Especial para los Trabajadores de la Industria del Cemento, se hace eco a este criterio de la exposición que tiene determinado grupo de la industria.

“Que los estudios y evaluaciones médicicosociales realizados por el Departamento Médico del Trabajo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la industria del cemento, arrojan altos índices de riesgos y enfermedades profesionales, haciéndose necesario modificar el régimen de seguridad social de sus trabajadores, especialmente en lo que hace relación con su jubilación.”

Sin embargo, en el articulado no se segmentó al personal conforme los criterios técnicos de exposición a los diferentes peligros propios de la industria, como lo considera y sugiere el IESS; corriéndose el riesgo que en su aplicación el derecho de carácter especial se convierta en general.

Adicionalmente a ello, la Dirección del Seguro General de Riesgos del Trabajo emitió informes técnicos que sirvieron de insumos para contar con una primera visualización del estado actual de las condiciones en las que laboran los trabajadores de la industria del cemento; siendo necesario para la focalización de la prestación a sus reales beneficiarios realizar un análisis de puesto individual (ATP) a la totalidad de la industria; recordando que el análisis de los puestos de trabajo se define como el proceso de identificación a través de la observación, la entrevista y el estudio de las tareas, actividades, factores técnicos y ambientales del puesto de trabajo.

5.2.4.3.- Igualdad en razón del principio constitucional de solidaridad en relación a la universalidad de los afiliados y las jubilaciones especiales existentes.

Conforme se dejó manifestado en líneas anteriores, el sistema de seguridad social funciona en base al principio constitucional de solidaridad y el derecho a la seguridad social debe ser garantizado sin ningún tipo de discriminación.

Ese principio de solidaridad implica la necesaria ayuda que debe existir entre todas las personas aseguradas sin ningún tipo de distinción que no fuese razonable; más aún, la solidaridad intergeneracional abarca el mismo concepto pero entre generaciones.

El principio constitucional de equidad obliga al sistema de seguridad social, a la entrega de prestaciones en proporción directa al esfuerzo del contribuyente y a la necesidad de amparo de los beneficiarios, en función del bien común.

Bajo estos criterios de índole constitucional, la prestación creada por las leyes acusadas inconstitucionales vulnera cada uno de los mismos; ya que mientras el común de los afiliados realiza una aportación ordinaria y tiene la obligación de esperar 60 años de edad y un mínimo de 360 imposiciones para recibir máximo el **75% del promedio mensual de**

¹⁴ Informe No. IESS-DSP-2021-0045-1

sus cinco mejores años de sueldo,¹⁵ el trabajador de la industria del cemento, con la misma aportación ordinaria, debe cumplir 300 imposiciones sin límite de edad para recibir el 100% del último sueldo percibido, que en muchos casos incluye una serie de bonificaciones que pese a que forman parte de la materia gravada, no son ordinarias, inflando el monto y obteniendo pensiones jubilares sin techos máximos; evidenciándose de esta manera, una vulneración al derecho a la igualdad, lo cual adicionalmente afecta a la sostenibilidad.

En el mismo orden de ideas, mientras la jubilación especial de trabajadores de la industria del cemento, financiada única y exclusivamente con el aumento al valor del kilo del cemento, genera de manera indirecta un fondo de ahorro individual que no es sostenible y no permite el cumplimiento de los fines de la seguridad social a través de la solidaridad intergeneracional, convirtiendo al IESS en un ente recaudador que se ve en la obligación de utilizar recursos del fondo de pensiones, aplicable al común de los afiliados, para suplir la falta de financiamiento de la prestación especial; por tanto, quienes se encuentran amparados en el fondo ordinario de pensiones son discriminados al prestar este auxilio para un beneficio desproporcionado que no tiene sustento técnico.

Por otro lado, considerando otra jubilación especial generada en el año de 1960, que es la de los trabajadores de la industria de las telecomunicaciones, se puede distinguir que, existen condiciones para que esta cumpla con los principios y criterios constitucionales del sistema de seguridad social, como se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

TRATO DESIGUAL CON OTRA JUBILACIÓN ESPECIAL ANTIQUISIMA.

Jubilación	Años	Imposiciones	Cálculo	Beneficiarios
Telecomunicaciones 1960. Dispone reglamentación	Sin límite	300	75% del promedio de los 5 mejores años	Focalizado a actividad de riesgo con cargos definidos.
Industria del Cemento 1989.	Sin límite	300	100% del último salario	Sin focalizar actividad de riesgo, desnaturalizando la especialidad de la prestación.

Como se ha manifestado, la forma de cálculo incide directamente en el principio de solidaridad del sistema que es la base para el acceso al derecho a la seguridad social sin discriminación alguna, atendiendo al derecho a la igualdad formal y material y lo más importante, con el establecimiento de techos en base al seguro de invalidez, vejez; y, muerte, previstos en la Ley de Seguridad Social y la Resolución de Consejo Directivo No. C.D. 100.

“(…) en la Ley Especial no se establece una base de cálculo similar a la fijada para la jubilación ordinaria de vejez del Seguro General y de las jubilaciones especiales de Telecomunicaciones, Zafreiros y Gráficos, es decir no existe un coeficiente de jubilación por los años aportados y el promedio de los cinco mejores

¹⁵ Art. 229 de la Ley de Seguridad Social; y, <https://www.iess.gob.ec/es/web/guest/jubilacion-ordinaria-vejez>

años de sueldo, así como el establecimiento de pensiones mínimos y máximos según lo indica la Ley de Seguridad Social. Condiciones que generan una desigualdad en las cuantías de las diferentes jubilaciones que brinda el Seguro General.”¹⁶

Peor aún, en comparación con la jubilación que otorga el IESS por discapacidad, a partir de la Ley Orgánica de Discapacidades a este grupo que por disposición constitucional merece un trato sumamente diferenciado en razón pertenecer a grupos de atención prioritaria e inclusive con doble grado de vulnerabilidad, por su condición física o mental y por la edad; se determinó legalmente condiciones que prevén un límite en las pensiones que reciben.

Jubilación	Años	Imposiciones	Cálculo	Beneficiarios
Discapacidad permanente y absoluta	Sin límite	0	Mínimos, máximos y ajustes que efectúe el IESS para la jubilación por invalidez.	Grupo de atención prioritaria
Discapacidad por vejez.	Sin límite	300	(68.75%) del promedio de los cinco (5) mejores años de remuneración básica unificada de aportación; y, mínimos, máximos y ajustes periódicos que efectúe el IESS.	Doble grado de vulnerabilidad, edad; y, condición física, visual, psicosocial o intelectual.
Industria del Cemento	Sin límite	300	100% último salario	Sin focalizar actividad de riesgo, desnaturalizando la especialidad de la prestación.

Vale recalcar que estos afiliados pertenecientes a los grupos de atención prioritaria aportan, al igual que todos, al fondo de pensiones en condiciones de igualdad.

Sin lugar a dudas, existe una discriminación aún más marcada en este caso, permitiendo un trato desigual a los trabajadores de la industria del cemento sin justificativos razonables, ni técnicos, económicos y peor aún jurídicos, siendo inconstitucional a la luz del Art. 3 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

5.3.- SOBRE EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

¹⁶ Informe No. IESS-DSP-2021-0045-1

El derecho humano a la seguridad social ha sido reconocido en varios tratados internacionales. Dentro del Sistema Universal de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) consta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). El derecho a la seguridad social se reconoce específicamente en el Art. 9, que dice:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos encontramos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. En este instrumento regional se reconoce, en el Art. 9 numerales 1 y 2, el derecho a la seguridad social, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

5.4.- Bloque de constitucionalidad y principios sobre el ejercicio de los derechos

La Constitución del Ecuador en su Art. 424 establece la prevalencia de los tratados de derechos humanos *“que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”* sobre cualquier norma o acto del poder público.

“Esta remisión ha sido identificada en la doctrina como la institución del bloque de constitucionalidad, el cual puede ser definido como: “el instrumento jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro ser humano”¹⁷.

El bloque de constitucionalidad se evidencia en el Art. 11 del texto constitucional, pues la Constitución siempre debe ser interpretada sistemáticamente. En dicho artículo se enumeran los principios para el ejercicio de derechos humanos, entre los cuales se puede mencionar a manera ejemplificativa, la igualdad y no discriminación (numeral 2), la titularidad individual y colectiva de los derechos humanos (numeral 1), su inmediata aplicabilidad (numeral 3), etc. Para el presente caso, tienen vital importancia, los principios de la prohibición de restricción normativa, de progresividad, pro ser humano y de igualdad, este último que se desarrollará más adelante.

¹⁷ Danilo Caicedo Tapia. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos humanos más allá de la Constitución". Foro: Revista de Derecho, Número 12, Quito, 2009: págs.: 5 - 29. Internet. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

El principio de no restricción normativa, contenido en el numeral 4, determina que "ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales", lo cual, como se encuentra literalmente afirmado significa que ninguna norma que forme parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, podrá disminuir o menoscabar el contenido, goce, garantía o ejercicio de los derechos de las personas. El principio pro ser humano consagrado en el numeral 5 prescribe que los derechos siempre deben ser aplicados y/o interpretados para favorecer de mejor manera la efectiva vigencia de los mismos.

Finalmente, el principio de progresividad, implica que los derechos deben ser mejorados del estatus anterior para su mayor vigencia, goce y garantía.

El numeral 8 del artículo 11 establece lo siguiente:

"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. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

En otras palabras, el deber de progresividad significa para el Estado, adoptar medidas claras que incrementen la efectividad de los derechos, y por lo tanto, una obligación de proceder de manera expedita y eficaz para lograr el objetivo de garantizar los derechos a las personas.

La aplicación de los principios establecidos en el Art. 11 de la Constitución de la República antes referidos deben propender a garantizar el bien común conforme lo establece el Art. 83 numeral 7 *ibidem* y consecuentemente se recalca la importancia de que en las leyes, políticas, resoluciones y otros instrumentos jurídicos que regulan derechos o prestaciones de la seguridad social observen el criterio de sostenibilidad y así no afectar a sus beneficiarios y terceras personas.

Al mismo tiempo, el principio de progresividad implica el deber de prohibición de regresividad¹⁸. Para entender a las medidas regresivas, se puede establecer que:

<Por "políticas o medidas regresivas" se entiende "aquellas que tengan por objeto o como efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales"; implican, por lo mismo, "un retroceso de tales derechos"¹⁹.

En sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre el deber de no adopción de medidas regresivas:

La Comisión ha reconocido el deber de no adoptar medidas regresivas en materia de DESC, al manifestar que los Estados miembros deberán adoptar '*todas las medidas necesarias*

¹⁸ Melish, Tara. La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos. Ed: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales. Quito, 2003, pág.: 200

¹⁹ Declaración de Quito, citado en *ibidem*.

para garantizar que la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales no sea disminuida en ningún aspecto con el transcurso del tiempo²⁰.

De todo lo anterior se desprende que los derechos no pueden ser menoscabados por normas inferiores a la Constitución o al bloque de constitucionalidad, y su cumplimiento debe ser progresivo, sin que los actos del poder público posteriores puedan implicar una regresión y perjuicio para el goce de los derechos.

Como parte del bloque de constitucionalidad, hay que tomar en cuenta, además, a la institución conocida como el *corpus iuris* de los derechos humanos que ha sido desarrollada desde la jurisprudencia de órganos internacionales, y también desde la doctrina.

La Corte Interamericana a través de una de sus Opiniones Consultivas, la define así:

“El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones²¹”.

Por lo tanto, para interpretar las normas que versen sobre derechos humanos se deben tomar en cuenta los tratados internacionales de derechos humanos, los estándares que han sido desarrollados por la jurisprudencia internacional, los instrumentos no vinculantes, las observaciones y comentarios de los comités y comisiones especializadas²².

Así mismo, se debe señalar que las normas acusadas inconstitucionales implican regresividad del derecho a la seguridad social de todos los afiliados y principalmente jubilados del IESS toda vez que al crearse una jubilación especial desde 1989 y su Ley Interpretativa del año 2017 sin financiamiento claro, suficiente y sin que se garantice el principio de sostenibilidad y suficiencia pone en riesgo, como se desprende del estudio actuarial con corte 19 de octubre de 2020, no solo a la propia prestación sino al fondo de pensiones en su generalidad, y por ende, a las futuras prestaciones de jubilación que el IESS debe otorgar.

5.5.- REGRESIVIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO Y DE LA LEY INTERPRETATIVA AL ARTÍCULO 4 DEL REFERIDO CUERPO NORMATIVO, HOY LEYES IMPUGNADAS.

Como se ha venido manifestando en el libelo de la presente demanda de inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, el fondo de pensiones se ve directamente afectado en su liquidez, financiamiento y sostenibilidad al reducir significativamente el

²⁰ Ibidem.

²¹ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

²² O'Donnell, Daniel. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Ed: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. México D.F., 2012, pág. 58

número de aportes necesarios para la jubilación especial creada por la impugnada ley y desnaturalizando la prestación por riesgo laboral, generalizando al universo de los trabajadores del sector, sin haberse tomado en consideración la naturaleza de cada puesto de trabajo y por ende el espíritu de la creación de dicho beneficio singularizado a la generalidad del resto de afiliados; sin obviar, que el sistema de seguridad social ecuatoriano no solo se financia con el aporte estatal sino con los aportes que cada afiliado realiza y la entrega de prestaciones va en directa relación con el esfuerzo de dicha aportación bajo un principio de solidaridad intergeneracional, y que para este caso en específico no permite garantizar su efectividad y viabilidad, ya que por beneficiar a un grupo en particular, bajo condiciones desproporcionadas, se afecta el interés general de los futuros pensionistas.

En igual sentido, ante la falta de financiamiento suficiente a una cuantificación de pensión mensual generada sin sustento técnico sobre el 100% del último sueldo o salario que inclusive es mal interpretado en su aplicación por los beneficiarios al concepto de sueldo o salario y sus componentes dispuestos en el Código de Trabajo, agravan las afectaciones al fondo de pensiones, tanto en su financiamiento como en su sostenibilidad, recordando que al verse afectado dicho fondo, el IESS se ve en la obligación de generar desinversiones que sustentan los servicios financieros del Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social como son entre otros, créditos hipotecarios, créditos prendarios, préstamos de consumo, etc., que otorga a todos sus afiliados los cuales se verían afectados generando una regresión de derechos no solo a la seguridad social de todos los afiliados, beneficiarios y jubilados del IESS, sino también a su derecho a una vida digna.

El sistema que la Constitución ha ideado en adición a los principios que ella misma contiene, implica que no existe una jerarquía entre derechos, y las medidas que adopte el Estado, sean estas normativas o de políticas públicas en general, deben lograr eliminar esta brecha o diferencia entre los derechos civiles y políticos y los DESC, para lo cual, a su vez, según esta lógica, las medidas que adopte el Estado deben propender a que estos últimos se cumplan con una mayor efectividad y puedan garantizarse de manera más cierta y específica. Únicamente así, se responde al ideal del Estado constitucional de derechos y justicia establecido en el Art. 1 de la Constitución.

De igual manera, propende a generar una armonía material, objetiva, sustantiva y adjetiva en su integralidad de que todas las normas que componen e integran el ordenamiento jurídico no se contrapongan ni en forma o fondo con los derechos, garantías y principios que consagra tanto la Constitución de la República vigente, así como el bloque de constitucional que integra a las mismas y a los tratados internacionales de derechos humanos, en este caso particular a los desarrollados sobre la seguridad social.

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

6.1.- Como quedó especificado, la LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO"; y, la "LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO", violan expresa y groseramente varias normas

constitucionales y de instrumentos internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano referentes a la seguridad social, la sostenibilidad del sistema y financiamiento de la nueva prestación dispuesta a otorgar por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación; ya que su aplicabilidad pone el peligro la liquidez del fondo de pensiones de pensiones; así como el otorgamiento de las jubilaciones ordinarias y la de jubilación especial de la industria del cemento, esta última, conforme a los estudios actuariales a octubre de 2020, adjunto, reflejó una afectación financiera, puesto que los recursos económicos recaudados a la fecha de corte son USD 11.007.889,78, mientras que para la cancelación de las obligaciones iniciales, se requiere un monto de USD 19.493.042,38, determinando que el desfinanciamiento es ya existente con un déficit financiero igual a USD. 96.435.345,42 al 2045.

Cabe recalcar que por el poco desarrollo de este derecho, no se determinó si es necesario la creación de un fondo especial; sino que al ser parte de las prestaciones de jubilación por vejez, se incluye dentro de estas; por lo tanto, se incrementaría el déficit del fondo de pensiones que conforme al “Estudio Actuarial del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio”, tendrá un déficit de USD 24.266.680.553,36, al año 2058.

“El pago de las pensiones de jubilación especial de los trabajadores de la industria del cemento depende de la liquidez del Fondo IVM, por cuanto todos los ingresos que entran al Fondo son utilizados para pagar los egresos del mismo, sin considerar la fuente, por lo cual, se recomienda que el IESS debe seguir realizando las gestiones administrativas para el pago inmediato del 40% y 100% de las pensiones pendientes de transferirse al IESS desde el año 2019 hasta junio 2021, y continuar solicitando el pago oportuno de los meses restantes, sin que sea necesario desinvertir más los recursos del Fondo IVM y se desapitalice el mismo.”²³

6.2.- La necesidad de conceder una suspensión provisional de las normas acusadas como inconstitucionales, nace de varias sentencias de garantías jurisdiccionales que han dispuesto que se otorgue la prestación:

“En aplicación a las sentencias emitidas los respectivos organismos judiciales y considerando los requisitos establecidos en la Ley Especial, a pesar de no contar con la reglamentación interna del IESS que regule y viabilice la entrega y sostenibilidad económica de la jubilación especial, se han realizado las gestiones de 31 solicitantes de las cuales a 28 han cumplido con las condiciones para la otorgación de la jubilación especial, y actualmente se encuentran dos asegurados fallecidos; mientras que 3 solicitudes no cumplieron las condiciones y se negó el derecho.”²⁴

Adicionalmente, se debe destacar que estas pensiones de jubilación especial ya son entregadas considerando el último sueldo certificado, y no valores totalmente irreales como advierte la Dirección del Sistema de Pensiones del IESS:

“Considerando la información del último sueldo certificado por la empresa cementera, las planillas de aportes de Historia Laboral del IESS, se constata que en varios trabajadores de la industria del cemento, el último aporte incluye valores extras, bonificaciones y otros conceptos adicionales que están por fuera del sueldo o salario nominal del trabajador, los mismos que se incorporan con planillas de aportes de

²³ Informe No. IESS-SDNFSP-2021-0096-1

²⁴ Informe No. IESS-DSP-2021-0045-1

ajustes, lo cual genera, que los trabajadores soliciten una jubilación totalmente distorsionada en relación al verídico valor del último sueldo que la misma empresa cementera ha procedido con la respectiva certificación, ocasionando una afectación económica al Fondo de Pensiones IVM.”

APellidos y Nombres	Último Sueldo	Última Base de Aportación
ACHINA GALLEGOS SEGUNDO RAMIRO	488.94	1,783.65
ALARCON CUASPA CESAR PATRICIO	924.42	2,884.29
BORJA FREIRE JULIO ENRIQUE	1,445.00	1,478.59
CALLE CASTILLO HUGO FERNANDO	1,497.20	1,621.75
CARRILLO QUIMBA SEGUNDO DANIEL	488.94	1,763.08
CAZAR ESCOBAR JORGE MAURICIO	573.31	2,081.57
CHICAIZA ACOSTA JUAN CARLOS	653.45	2,252.04
CHICAIZA TOAPANTA SEGUNDO ADRIAN	360.83	454.98
FREIRE DONOSO JUAN ANTONIO	500.24	1,499.71
GUAMAN MINCHALA WILSON PATRICIO	1,411.20	2,468.04
GUERRA SIXTO BOLIVAR	488.94	2,094.87
JACOME GUEVARA LUIS RAMIRO	488.94	1,680.13
LEMA ARCENTALES CESAR AUGUSTO	1,387.00	1,548.36
LEMA CHAVEZ JORGE GERARDO	1,528.80	2,535.90
LOMAS PONCE FERNANDO PATRICIO	488.94	1,724.99
MACANCELA ARIZAGA LUIS HUMBERTO	1,608.00	2,147.20
MOLINA ENCALADA ZOILA MARINA	1,501.00	1,501.00
OCHOA CARDENAS JAIME JAVIER	1,486.20	1,838.34
OCHOA CARDENAS ZAIDA DE LA NUBE	1,400.00	1,753.86
RECALDE GALLEGOS LUIS ADRIANO	491.96	1,797.74
ROCHA ECHEVERRIA CARLOS EDMUNDO	587.66	2,324.16
ROJAS REA LUIS ANTONIO	488.94	1,714.84
ROMERO ROJAS OSCAR PATRICIO	1,430.20	1,697.15
RUIZ RUIZ GALO ALFONSO	573.31	2,035.91
SANMARTIN VERDUGO LUIS ANIBAL	1,500.80	1,685.27
VALLEJOS POSSO MARCELO VINICIO	924.45	2,681.18
VINUEZA TERAN ZOILA PATRICIA	952.18	2,339.13
YEPEZ LASTRA CESAR ANDRES	667.44	1,141.27

Dentro del proceso de reparación económica 17811-2020-00013, varias de las personas a las que se les otorgó la jubilación especial se encuentran efectuando una reliquidación retroactiva de la misma y dentro de los informes periciales se está determinando la última base de aportación; que no es constitucional, debido a que no solo considera el último sueldo certificado por UNACEM, sino también el sueldo extra/subrogación/encargo, generado con planillas de ajustes de aportes de forma extemporánea, pretendiendo pagos que superan el millón y medio de dólares.

6.3.- La preocupación de continuar con la entrega de esta prestación que genera déficit en los fondos del sistema de seguridad social, nace en virtud de que los beneficiarios de la ley continúan presentando garantías jurisdiccionales; así por ejemplo dentro del caso No. 17250-2021-00124, comparecen 21 legitimados activos que demandan al IESS para

jubilarse en las mismas condiciones que los anteriores; en este caso la audiencia quedó suspendida hasta el 01 de septiembre de 2021, porque el Tribunal que conoce la garantía abrió el término de prueba con la finalidad de corroborar quienes cumplen con las 300 imposiciones.

6.4.- Adicionalmente, existe una demanda de acción por incumplimiento signada con el No. 0056-19-AN, presentada por Oswaldo Trajano Maldonado Chagnay, en calidad de presidente de la Asociación de Ex Empleados y Trabajadores Jubilados de Cementos Chimborazo C.A.; Wilson Fernando Romero Argudo, por sus propios derechos y en calidad de presidente de la Asociación de Desarrollo Social y Participación de Ex Trabajadores de la Compañía Industrias Guapán y Ciudadanía del Cantón Azogues; y, Edgar Luis Sarango Correa, en calidad de presidente de la Confederación de Trabajadores del Ecuador.

Mediante auto de 18 de noviembre de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la garantía jurisdiccional; de igual manera mediante auto de 02 de agosto de 2021 se convocó a audiencia pública; sin embargo el IESS no contaba con la información actualizada y previamente se iniciaron los estudios correspondientes para presentar esta demanda, conforme al memorando No. IESS-PG-2021-0886-M, de 30 de julio de 2021, dirigido a las direcciones técnicas del IESS y el oficio No. IESS-DG-2021-0484-OF, de 02 de agosto de 2021, dirigido a la Presidenta de la Asamblea Nacional, adjuntos.

Mediante auto de 05 de agosto de 2021, la Corte Constitucional dispuso el diferimiento de la audiencia de la acción por incumplimiento para el 19 de agosto de 2021.

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

Se debe tomar en consideración que sobre la procedencia de esta clase de solicitudes la Sala de Admisión de la Corte Constitucional en las acciones públicas de inconstitucionalidad No. 0002-11-IN, 0067-11-IN, 002-12-IN, 0011-12-IN y 32- 21-IN y 34- 21-IN, acumulados, que guardan relación con la temática de este caso sí dispuso como medida cautelar la suspensión provisional de la aplicación de las normas jurídicas acusadas como inconstitucionales.

7. PETICIÓN



En virtud de los fundamentos expuestos en esta demanda, solicitamos que de conformidad con el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República, en concordancia con los Arts. 74, 90 y 91 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se declare mediante sentencia la inconstitucionalidad por el fondo de “LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO” y de la “LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO”; sin perjuicio de la atribución que el artículo 76, numeral de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le otorga a la Corte, con la finalidad de que se efectúe un control integral.

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

8.- DECLARACIONES Y AUDIENCIA.

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

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 87 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicito ser escuchado en audiencia pública, para ampliar la fundamentación de la presente demanda.

9.- AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES.

Autorizo a los profesionales de derecho: Galo García Calderón, Subdirector Nacional de Patrocinio del IESS; Daniel V. Ruiz Sandoval y José J. Boada Suraty, para que suscriban y presenten los escritos que sean necesarios en defensa de los intereses institucionales.

Notificaciones que correspondan las recibiremos en el casillero constitucional No. 005 y en los correos electrónicos: andres.penaherreran@iess.gob.ec; galo.garcia@iess.gob.ec; jose.boada@iess.gob.ec; daniel.ruiz@iess.gob.ec, patrocinio@iess.gob.ec y casillero electrónico No. 03517010001.

10.- PRUEBAS.

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

10.1. De la Secretaría General de la Asamblea Nacional:

- ✓ Copia certificada del expediente integro de la “LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO”.
- ✓ Copia certificada del expediente integro de la “LEY INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE JUBILACIÓN ESPECIAL DE LOS TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL CEMENTO”.

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

- ✓ Valuación Actuarial del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio.
https://www.ies.gov.ec/documents/10162/14444609/IESS_IVM_estudio_actuarial_011.pdf
- ✓ Análisis, revisión y aprobación de la valuación actuarial del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte del Seguro General Obligatorio.
https://www.ies.gov.ec/documents/10162/14444609/IESS_IVM_estudio_actuarial_02.pdf
- ✓ Estudio Actuarial de la Sostenibilidad de la Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, con corte a 19 de octubre de 2020.
- ✓ Oficio No. IESS-DG-2021-0484-OF. (Requerimiento a la Asamblea Nacional).
- ✓ Memorando No. IESS-PG-2021-0886-M. (Requerimiento a áreas técnicas)
- ✓ Memorando No. IESS-DG-2021-1616-M. (Requerimiento a áreas técnicas)
- ✓ Memorando No. IESS-PG-2021-0906-M
- ✓ Memorando No. IESS-DG-2021-1640-M
- ✓ Memorando No. IESS-SDG-2021-0697-M
- ✓ Memorando No. IESS-DNAC-2021-0617-M y su anexo, “Informe Afiliados Activos en Empresas de Producción de Cemento entre enero y junio de 2021”
- ✓ Memorando No. IESS-DSP-2021-0918-M y sus anexos: “Informe No. IESS-DSP-SDIFSP-2021-0096-I, que contiene el “Informe Reservas Económicas de los Trabajadores de la Industria del Cemento” e Informe No. IESS-DSP-2021-0045-I, que contiene el “Informe de Análisis de la Aplicación de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento”
- ✓ Memorando No. IESS-DSGRT-2021-1123-M y sus anexos.
- ✓ Informe de análisis de cargos de trabajadores de la industria del cemento de 12 de septiembre de 2018.



- ✓ Informe de análisis, riesgos y de cargos de trabajadores de la industria del cemento de 04 de octubre de 2018 y sus anexos.
- ✓ Procedimiento para la calificación de los años de servicio en la rama de telecomunicaciones de los ex trabajadores, técnicos y operadores de la CNT EP que han presentado solicitud para acceder a la jubilación especial de telecomunicaciones.
- ✓ Reglamento de Jubilación para Trabajadores de Telecomunicaciones.
- ✓ Documentos habilitantes.

DR. ANDRÉS SANTIAGO PEÑAHERRERA NAVAS
PROCURADOR GENERAL DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD
SOCIAL.

Dr. Galo García Calderón
MAT. F.A. No. 17-1996-122

Mgs. Daniel V. Ruiz Sandoval
MAT. F.A. No. 17-2012-73

Abg. José J. Boada Suraty
Mat. F.A. No. MAT. F.A. No. 17-2018-1172