

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Gómez de la Torre Muñoz Mauricio, Portador de la cédula de ciudadanía No. **1704071792**, ex trabajador de PETROECUADOR, sujeto al Código del Trabajo, me dirijo comparezco ante ustedes, para de la manera más comedida y respetuosa, al tenor de lo dispuesto en el Art. 93 de la Constitución de la República del Ecuador y de los artículos 52 y siguientes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, proponer **Acción de Incumplimiento**, al tenor de los siguiente elementos fácticos y jurídicos:

I

NOMBRES COMPLETOS DE LAS PERSONAS ACCIONANTES, DIRECCIONES, CASILLERO CONSTITUCIONAL Y DESIGNACIÓN DEL PROFESIONAL DEL DERECHO QUE NOS PATROCINARÁ.

Gómez de la Torre Muñoz Mauricio, Portador de la cédula de ciudadanía No. **1704071792**,. **nuestros correos electrónicos para notificaciones son:** mgomezdelatorre@yahoo.es y frdibarraserrano@gmail.com, fijo como dirección las oficinas ubicadas en la ciudad de Quito D.M., Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina), Edificio FINANDES, Piso 10 - OFC CEDOC-CLAT, y el casillero constitucional No. **335**, delego al Ab. Fernando Ibarra Serrano, para que en mi representación, con su sola firma realice todas las acciones para la defensa de mis derechos.

II

NORMA LEGAL CUYO CUMPLIMIENTO REQUIERO

CÓDIGO DEL TRABAJO

"Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, **tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:**

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Nota: En el primer inciso del numeral 2 del artículo 216, se dice: "remuneración básica mínima unificada medio", debiendo corregirse por la siguiente expresión: "remuneración básica unificada media. Incluida Fe de Erratas, publicada en Registro Oficial 340 de 23 de Agosto del 2006.

Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.

Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.

3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta."

III

IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA NATURAL Y JURÍDICA PÚBLICA DE QUIEN SE EXIGE EL CUMPLIMIENTO

La presente Acción de Incumplimiento la propongo en contra del **MBA. Pablo A Flores** en su calidad de GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA PÚBLICA PETROECUADOR y a E.P. PETROECUADOR.

Por tratarse de una Acción Constitucional propuesta contra una institución del Estado, deberá citarse también con la presente demanda al Señor Procurador General del Estado.

IV

PRUEBA DEL RECLAMO PREVIO

Con fecha 24 de diciembre de 2019 de conformidad con lo dispuesto en el Art. 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presenté a PETROECUADOR E.P. el siguiente reclamo previo:

"Señor MBA

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Pablo A Flores

GERENTE GENERAL DE PETROECUADOR

Presente.

Señor Gerente General:

Gómez de la Torre Muñoz Mauricio, Portador de la cédula de ciudadanía No. **1704071792**, ex trabajador de PETROECUADOR, sujeto al Código del Trabajo, me dirijo a su autoridad para de la manera más comedida y respetuosa, al tenor de lo dispuesto en los artículos 52 y siguiente de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, solicitar el siguiente requerimiento de cumplimiento normativo.

I

NORMA LEGAL CUYO CUMPLIMIENTO REQUIERO

CÓDIGO DEL TRABAJO

“Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, **tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:**

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

- a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
- b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Nota: En el primer inciso del numeral 2 del artículo 216, se dice: "remuneración básica mínima unificada medio", debiendo corregirse por la siguiente expresión: "remuneración básica unificada media. Incluida Fe de Erratas, publicada en Registro Oficial 340 de 23 de Agosto del 2006.

Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.

Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta.”

II

ANTECEDENTES

1. *Ingresé a laborar a PETROECUADOR desde el 01 de abril de 1981 hasta el 09 de septiembre de 2010, y posterior reingreso el 26 de julio de 2011 hasta su retiro definitivo el 30 de abril de 2014, con cargo de Analista de Presupuesto, sujeto al Código del Trabajo.*
2. *Con fecha 20 de octubre de 2008, en el Registro Oficial No. 449, se publicó y entró en vigencia la nueva Constitución de la República de Ecuador. En la nueva Constitución, se estableció la posibilidad que el Estado constituya empresas públicas, con personería jurídica propia, autonomía económica, financiera, administrativa y de gestión.*
3. *Con fecha 16 de octubre de 2010, en el Registro Oficial No. S-48, se publica la Ley de Orgánica de Empresas Públicas, la misma que dispone que el personal de Servidores de carrera y los obreros de regirán por la LOEP y en materia laboral por el Código del Trabajo.*
4. *Con fecha 6 de octubre de 2010, en el registro oficial No. 2S-294, se publica la Ley Orgánica del Servicios Público - LOSEP, en cuyo cuerpo normativo, de manera expresa se excluye de su regulación y amparo al personal de las empresas públicas.*
5. *La Corte Constitucional en la Sentencia No. 0007-11-SCN-CC CASO N.º 0086-10-CN de 31 de mayo de 2011, dictamina la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, y aclara el régimen laboral que regula a los servidores de carrera y a los obreros, determinando que están amparados por el Código del Trabajo.*
6. *La Procuraduría General del Estado, mediante oficio No. 11163, de 20 de diciembre de 2012, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Aseo de Máchala, aclara que de conformidad con la sentencia dictada por la Corte Constitucional mencionada en el numeral anterior, los servidores de carrera estamos regidos por el Código del Trabajo, criterio que ha ratificado hasta la presente.*
7. *La denominación de “servidores de carrera” creó confusiones en algunas empresas públicas, incluyéndolos en las regulaciones de la LOSEP, pese a que los dos cuerpos legales, LOEP y LOSEP, tienen su propio ámbito de aplicación en cuanto a la gestión del talento humano, siendo la primera un régimen especial exclusivamente para las empresas públicas del Estado, incluidas las del régimen*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

seccional autónomo, y que en la segunda se excluye expresamente de su regulación al personal de la LOEP.

8. *El Ministerio del Trabajo, en múltiples ocasiones procedió de manera ilegal e inconstitucional a calificar a los servidores de carrera y obreros como regulados por la LOEP y la LOSEP, con lo que ahondó las confusiones legales sobre esta materia y generó problemas a la hora de reconocer derechos a los servidores de carrera.*
9. *PETROECUADOR tenía suscrito el IV Contrato Colectivo con sus trabajadores, en el cual se estableció como JUBILACIÓN PATRONAL ESPECIAL, un Fondo Previsional con el aporte bipartito de empleador y trabajadores, al que equivocadamente se lo asumía como remplazo de la Jubilación Patronal garantizada en el Código del Trabajo. Esta confusión llevó a que PETROECUADOR, se negara inicialmente a reconocer la Jubilación Patronal establecida en el Art. 216 y siguientes del Código del Trabajo.*
10. *El Ministerio del Trabajo emitió la liquidación técnica sobre la pensión que por Jubilación Patronal PETROECUADOR debe pagarme; sin embargo en una interpretación errónea del artículo 216 del Código del Trabajo, puso como límite el monto del Salario Mínimo Unificado del trabajador en General vigente al año 2014.*
11. *Como producto de esta confusión, presenté una demanda laboral ante la Unidad Judicial del Trabajo, la misma que fue aceptada pero con el límite establecido por el Ministerio del Trabajo. Las partes apelamos la sentencia y el Tribunal de Alzada y el de Casación, negaron mi apelación sosteniendo la aberración jurídica de que no estaba amparado por el Código del Trabajo sino por la LOSEP, pese a que como he señalado, la Corte Constitucional y la Procuraduría General del Estado habían aclarado y ratificado que los servidores de carrera como en mi caso estamos regulados por el Código Laboral.*
12. *He venido esperando a que PETROECUADOR, con base a los criterios emitidos por la justicia ordinaria, el Ministerio del Trabajo y la Procuraduría General del Estado rectifique esa posición, tanto en cuanto al derecho que nos asiste a los servidores de carrera a percibir la jubilación patronal de manera independiente del Fondo previsional administrado por ASOPRE, cuanto al monto que sobre la misma debe pagar y que corresponde a la última remuneración mensual promedio del servidor de carrera que se jubila.*
13. *La Subprocuraduría de Relaciones Laborales de PETROECUADOR, en razón de los múltiples juicios que sobre esta materia viene perdiendo en los tribunales de justicia ordinaria, con fecha 10 de mayo de 2019, mediante MEMORANDO No. 00234-REL-PLA-2019, propuso a la Gerencia General, su criterio jurídico en cuanto a que no cabía seguir esperando más demandas judiciales y lo que*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

correspondía era pagar a todos los obreros y servidores de carrera la jubilación patronal, tal cual lo venía sentenciando los jueces.

14. *En mi caso particular, cuando PETROECUADOR comenzó a implementar dicha política de cabal cumplimiento, me encontré con la noticia de que no constaba en las listas para dicho pago y que la razón era la sentencia espuria e inejecutable que en sus momentos una justicia pública y notoriamente intervenida por el Gobierno del Ex Presidente Rafael Correa, dictara y que carece de toda eficacia jurídica, al tenor de las disposiciones constitucionales y legales vigentes.*

III

BASE JURÍDICA

Constitución de la República

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozaran 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.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales,

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

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.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

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

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. **Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos.** Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

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

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Art. 326.- *El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:*

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.

Art. 424.- *La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Art. 425.- *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Art. 426.- *Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.*

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Art. 427.- *Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.*

Art. 436.- *La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (Esquina)

Edf. Finandes Piso10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Art. 52.- Objeto y ámbito.- La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos.

Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

Art. 53.- Legitimación pasiva.- La acción por incumplimiento procederá en contra de toda autoridad pública y contra de personas naturales o jurídicas particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas, o presten servicios públicos. Procederá contra particulares también en el caso de que las sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos impongan una obligación a una persona particular determinada o determinable.

Art. 54.- Reclamo previo.- Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento.

CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Art. 5.- Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.

Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (Esquina)

Edf. Finandes Piso10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

PRONUNCIAMIENTOS DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

**COMENTARIOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO,
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO INDUBIO PRO LABORO**

**COMPENDIO DE EXTRACTOS DE FALLOS Y RESOLUCIONES
CONSTITUCIONALES – JUDICIALES Y RESOLUCIONES NORMATIVAS.**

TOMO III

PAG. 104

**CASO: No. 387-7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA R.O. SUPLEMENTO
153-18-03-2010**

*“La orientación del Derecho Laboral se encuentra en el Derecho Social y en la Constitución que tienden hacer más justa y equitativa la relación jurídica entre empleadores y trabajadores, por lo cual consta en la Carta Maga y en el Código del Trabajo **la garantía de intangibilidad e Irrenunciabilidad de los derechos laborales, así como el principio in dubio pro laboro que ordena que en caso de duda, la aplicación de las normas legales a favor del trabajador, con el fin que las normas, principios y enunciados tengan aplicación práctica.**” (Lo resaltado es nuestro)*

OFC. NO. PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO 09764 de 14 de septiembre de 2011

Pág. 4.

“... En virtud de que en su consulta hace referencia expresa al “derecho a la jubilación patronal de la Superintendencia de Telecomunicaciones, el cual tiene como fundamento el artículo 216 del Código del Trabajo¹, es necesario diferenciar la jubilación patronal de la jubilación o pensión jubilar que otorga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de la jubilación complementaria.

La jubilación patronal es un derecho establecido en el artículo 216 del Código del Trabajo, exclusivamente para los trabajadores regidos por dicho Código y que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o ininterrumpidamente a un mismo empleador, de acuerdo con las regías que establece el mismo artículo, correspondiéndole al empleador el pago de la misma.

La jubilación o pensión jubilar que prevé la Ley de Seguridad Social en su artículo 171 y siguientes ampara a toda la población

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (Esquina)

Edf. Finandes Piso10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

asegurable por el IESS contra las contingencias de invalidez, vejez y muerte que protege el Seguro General Obligatorio.

Concordante con las disposiciones de la Ley de Seguridad Social, en el caso de los funcionarios y servidores públicos, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Servicio Público, reconoce a favor de los servidores públicos, el derecho a la jubilación de acuerdo con la ley.

En relación con la jubilación complementaria, algunas entidades y organismos del sector público crearon fondos de jubilación complementaria bajo distintas denominaciones, tales como: fondos especiales de jubilación, fondos de cesantía privados, fondos de jubilación complementaria, entre otras, a favor de funcionarios y servidores, cuya finalidad principal es la concesión de una pensión adicional a la que de acuerdo a la Ley de Seguridad Social y su Reglamento otorga el IESS. Dichos fondos se financiaban principalmente con aportes institucionales y subsidiariamente con aportes individuales de sus partícipes."

Pag. 5.

"En consecuencia de lo expuesto, los recursos destinados a financiar fondos privados de jubilación patronal y de cesantía privada prevista en el Decreto Ejecutivo No. 1493 y regulada en su forma de pago conforme al Decreto Ejecutivo No. 172, que usted menciona en su consulta, es distinta a la jubilación patronal, regulada por el artículo 216 del Código del Trabajo.

Con esta aclaración, atiendo la consulta formulada por usted, en los siguientes términos:

El artículo 229 de la Constitución de la República dispone que:

"Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función, o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (Esquina)

Edf. Finandes Piso10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia".

Del tenor de la norma constitucional citada se desprende que, si bien el término "servidor público" se aplica en forma genérica para referirse a toda persona que preste servicios en las instituciones del sector público, dentro de la administración pública los servidores están sujetos a diferentes regímenes jurídicos; y, conforme dispone el tercer inciso de la citada disposición constitucional, los obreros del sector público se rigen por el Código del Trabajo.

En este sentido se expresa el artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Público³, estableciendo en su Disposición General Décima Octava que, para la aplicación de esta Ley y su Reglamento, se tenga como tal, entre otros conceptos, los siguientes:

Pag. 6

"Obrera/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, bajo el Régimen del Código del Trabajo.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción".

*En relación con los servidores públicos, a través del Decreto Ejecutivo No. 1493-3 reformado por el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1406-4, se establece que: "A partir del 1 de enero de 2009 no se egresará, a título alguno, recursos del Presupuesto General del Estado **destinados a financiar fondos privados de jubilación patronal y de cesantía privada de entidades del sector público**". (El resaltado me corresponde)*

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1684-5 se dispone en su artículo 1 que:

*"Mientras la ley no disponga lo contrario, aclárese que los Decretos Ejecutivos 1406, 1493, 1647 y 1675 de octubre 24 y diciembre 19 del 2008, marzo 25 y abril 15 del 2009, respectivamente, **no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por Ley**", (El resaltado me corresponde)*

*El Decreto Ejecutivo No. 172-6, mencionado en su consulta, en uno de sus considerandos prescribe que: "es necesario corregir los privilegios ilegítimos e ilegales que se han generado a través de los **fondos complementarios de jubilación creados, en instituciones públicas**, que se han nutrido de recursos públicos y cuyo manejo ha sido anti técnico, sin sustento en*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

cálculos actuariales y sin ajustarse a los requisitos establecidos para acceder a los beneficios de jubilación de la seguridad social". (Él resaltado me corresponde)

Pag. 10

"Por lo expuesto, teniendo en cuenta que los Decretos Ejecutivos Nos. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre del 2009, y 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, se refieren al pago de una transferencia mensual denominada transferencia solidaria a ex servidores que han venido percibiendo una pensión jubilar de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, se concluye que dichos decretos ejecutivos no son aplicables a la Jubilación Patronal que tiene como fundamento el artículo 216 de la Codificación del Código del Trabajo.

Oficio No. 06112 de 04 de octubre de 2019 dirigido al Sr. Defensor del Pueblo

Respecto de la TERCERA consulta, mediante oficio No. 09764 de 14 de septiembre de 2012, cuya copia acompaño, la Procuraduría General del Estado se pronunció sobre la aplicación del Decreto Ejecutivo No 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de septiembre de 2009, cuyos textos conservan vigencia, y tratan sobre la transferencia solidaria. En dicho pronunciamiento se concluyó:

"(...) del Decreto Ejecutivo No. 172 aplicable a los obreros del sector público, se establece que los ex servidores o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre de 2008 venía percibiendo una pensión jubilar, ya sea de Fondos Privados de Jubilación Complementaria o de Cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasan a percibir una transferencia mensual denominada transferencia solidaria, calculada conforme lo dispone la citada disposición, lo cual responde a una situación distinta a la jubilación patronal prevista en el artículo 216 del Código del Trabajo."

"Por lo expuesto, teniendo en cuenta que los Decretos Ejecutivos Nos. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre del 2009, y 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, se refieren al pago de una transferencia mensual denominada transferencia solidaria a ex servidores que han venido percibiendo una pensión jubilar de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, se concluye que dichos decretos ejecutivos no son aplicables a la Jubilación Patronal que tiene como fundamento el artículo 216 de la Codificación del Código del Trabajo.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia N.º 007-11-SCN-CC CASO N.º 0086-10-CN

*“Por mandato del artículo 315 de la Constitución de la República, las empresas públicas deben funcionar como sociedades de derecho público y con criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales. De esta manera, el constituyente, en base a los principios mencionados, ha previsto que el Estado constituya <empresas> en el estricto sentido de la **palabra**, las cuales para poder competir con la empresa privada, deberán ser manejadas con criterios similares a los de estas últimas, precisamente para poder adaptarse a la dinámica y versatilidad del mercado que exige flexibilidad administrativa para adoptar las decisiones necesarias para hacer realidad los objetivos planteados para estas entidades, constituyendo su funcionamiento una de las formas de organización de la producción en la economía, esto es, las empresariales públicas. (Lo resaltado es nuestro)*

Conforme se observa, lo que ha procurado el constituyente para que efectivamente las empresas públicas no compitan en inferioridad de condiciones con el resto de empresas, es que éstas sean manejadas de diferente manera que la administración general, pues las empresas públicas buscan, entre otros objetivos, ser competitivas y con alta rentabilidad social y rendimiento, siendo una forma de gestión de recursos para lograr la consecución de los objetivos para los que fue creado el Estado, esto es, la realización de los derechos de sus coasociados. (Lo resaltado es nuestro)

Esta norma constitucional dispone que el Estado constituya empresas de carácter público para el desarrollo de diversas actividades. Al efecto se ha dispuesto que sea la ley –delegación expresa al legislador- la que regule su organización y funcionamiento. Asimismo, el legislador de forma expresa, cuenta con la potestad normativa de configuración de las normas al respecto, con los límites que le imponen los preceptos constitucionales. (Lo resaltado es nuestro)¹

(...) “Uno de ellos es que al ser la Ley Orgánica de Empresas Públicas una normativa que regula la organización y funcionamiento de estas entidades -empresas públicas- creadas por la Constitución, ésta debe, como en efecto lo es, tener el carácter de <orgánica>, misma que al regular un ámbito específico -funcionamiento de las empresas públicas- también posee carácter especial en virtud de que la generalidad ha sido desplazada por la particularidad (régimen propio y especial de las Empresas Públicas).” Lo resaltado es nuestro)¹

“El artículo 229 de la Constitución establece que toda persona que en cualquier forma o título trabaje, preste servicios o ejerza un cargo, función o dignidad dentro del sector público, es un servidor público. (El resaltado es nuestro)

¹ SENTENCIA N.º 007-11-SCN-CC CASO N.º 0086-10-CN, pg. Corte Constitucional Para el Período de Transición.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

*El consultante duda que sea constitucional el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que prevé que los servidores públicos de libre designación y remoción, **así como los de carrera de las empresas públicas, en cuanto a la competencia y procedimiento, deben estar sometidos conforme la remisión de dicha norma al artículo 568 y siguientes del Código de Trabajo, pues indica que conforme el artículo 229 de la Constitución, este tipo de servidores públicos deberían estar sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, competente para conocer y resolver lo concerniente a las violaciones de la ley que regula la carrera administrativa (la actual Ley Orgánica del Servicio Público -LOSEP- que derogó a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, LOSCCA). (Lo resaltado es nuestro)***

En este punto cabe señalar que la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica del Servicio Público tienen su propio ámbito de aplicación; es más, el literal k del artículo 83 de la Ley Orgánica del Servicio Público determina que son servidores excluidos de la carrera del servicio público "el personal de las empresas sujetas a la Ley Orgánica de Empresas Públicas". Este presupuesto está en concordancia con los artículos 56, penúltimo inciso, y 575 último inciso, y fundamentalmente con el artículo 3 de la Ley Orgánica del Servicio Público, que en el penúltimo y último inciso sobre el ámbito de aplicación de esta ley dispone:

"Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos (...).

En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas." (El resaltado fuera del texto).

*Siendo así, **lo que el artículo 229 de la Constitución establece es que la ley "defina el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación defunciones de sus servidores". Es decir, le concede al legislador potestad normativa para configurar y legislar sobre este aspecto, y en ejercicio de esta atribución constitucional ha establecido la normativa aplicable para regular a los servidores públicos pertenecientes a la administración pública en general en la Ley Orgánica de Servicio Público, así como la normativa aplicable al personal de las empresas públicas en la Ley Orgánica de Empresas Públicas (régimen propio y especial). (Lo resaltado es nuestro)***

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

En este sentido, la Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo), que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además, no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresa Pública y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última, en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso, 57 último inciso y 83 literal k ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas. (Lo resaltado es nuestro) (...)

Del análisis de control concreto de constitucionalidad se considera que:

(...)

b) En relación al artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la Corte encontró que la Asamblea Nacional actuó bajo la aplicación del principio de potestad normativa de configuración legislativa, y con autorización de los artículos 315 en relación con el inciso último del artículo 178 de la Constitución, **para crear una Ley Orgánica que constituye un régimen propio y trabajo y las autoridades laborales sean los competentes para dirimir los conflictos derivados de las relaciones del personal de las empresas públicas**, conforme lo previsto en el prenombrado artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Al ser claro que la competencia nace de la ley, **la Corte Constitucional no encuentra que este desarrollo normativo sea inconstitucional**". (Lo resaltado es nuestro)

OF. PGE. N°: 14861 de 27-09-2013

CONSULTANTE: CONSEJO PROVINCIAL DE PICHINCHA

(...)La Procuraduría General del Estado, oficio No. 11163, de 20 de diciembre de 2012, dirigido a la Empresa Pública Municipal de Aseo de Máchala:

"En atención a los términos de su consulta se concluye que, la gestión del talento humano de la empresa pública se rige por la normativa que para atender los requerimientos empresariales específicos expida el Directorio de la entidad, en aplicación del inciso segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, normativa que debe guardar conformidad con esa Ley, el Código del Trabajo y las demás leyes que rigen para toda la administración pública y que en consecuencia, está sujeta al control posterior del Ministerio de Relaciones Laborales conforme al inciso final del citado artículo 17 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas".

Con similares fundamentos jurídicos que los analizados en el oficio No. 11163, antes citado, en el pronunciamiento contenido en el oficio No. 11004 de 11 de diciembre de 2012, respecto del régimen del talento humano en las

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

empresas públicas, este Organismo concluyó:

*"Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal **de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo**, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral I del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas" (...). (Lo resaltado es nuestro)*

De acuerdo con los artículos 29 y 32 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las controversias que se originaren en las relaciones laborales entre las empresas públicas y el personal que labora en ellas, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo; mientras que, en su artículo 33 dispone que, en materia de administración del talento humano, se estará a lo que dispone la Codificación del Código del Trabajo en lo relativo a la contratación individual.

La Corte Constitucional en la parte resolutive de la Sentencia No. 007-1 1-SCN-CC6, respecto del régimen jurídico aplicable a los servidores de las empresas públicas, manifestó que:

'La Corte Constitucional encuentra que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas no vulnera el artículo 229 de la Constitución, sino que en su lugar ha establecido un régimen propio y especial para el personal de empresas públicas, razón por la cual no cabe distinguir una jurisdicción para los servidores y otra para los obreros, cabiendo una sola jurisdicción (la de los jueces laborales, en virtud del artículo 568 del Código del Trabajo) que guarda concordancia con la remisión específica que el artículo 315 de la Constitución de la República en el inciso segundo confiere a la ley para la regulación de empresas públicas. Además, no existe la aparente antinomia entre la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley Orgánica de Servicio Público, pues esta última en los artículos 3 inciso final, 56 penúltimo inciso. 57 último inciso y 83 letra k) ha reconocido el régimen propio y especial del personal de empresas públicas'.

Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral 1 del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas" (Lo resaltado es nuestro)

IV

ANÁLISIS JURÍDICO DEL CASO

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Mi relación laboral con PETROECUADOR, siempre estuvo enmarcada en las regulaciones y amparo del Código del Trabajo, tal cual lo determinaron en su momento, el contrato de trabajo suscrito por las partes en ejercicio de nuestro derecho constitucional y legal de libertad de contratación; tanto es así que mi afiliación a la seguridad social se enmarcó en este cuerpo legal y los descuentos que en su momento se me hicieron correspondieron a los aportes establecidos por el IESS para los afiliados con relación laboral del Código del Trabajo.

Durante el periodo en que desarrollé mis labores, siempre la ley y la jurisprudencia ubicaron de manera inequívoca mi vínculo contractual en el marco de la Ley Laboral, en los primeros años hasta la promulgación de la Constitución de Montecristi y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, fallos de triple reiteración de la Corte nacional de Justicia así lo ratificaron:

Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (R.O. 412, 6-IV-90)

“Resuelve: Que el Art. 242 (253) del Código del Trabajo no es aplicable a los empleados de Nivel directivo o administrativo de las entidades privadas con finalidad social o pública.”

Resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia (R.O. 412, 6-IV-90)

“Resuelve: Que el contrato colectivo de trabajo ampara a todos los trabajadores, aunque no estuvieren afiliados a la asociación de trabajadores que lo suscribió.

Esta resolución, adoptada por unanimidad, será generalmente obligatoria, mientras la ley no disponga lo contrario.”

Fallos de casación:

EXPEDIENTE NO. 201-96. SEGUNDA SALA, R.O. 85, 12-VI-97.

*...SEGUNDO.- Como al tiempo en que terminó la relación de trabajo el actor era Gerente Administrativo del Banco demandado, el recurrente cuestiona que haya estado amparado por el Contrato Colectivo, cuyo artículo 2 determina que **no están protegidos por las disposiciones contractuales quienes desempeñan funciones de administración y dirección del Banco**, de acuerdo con el artículo 35 (36) del Código del Trabajo. Al respecto debe tenerse en cuenta que: a) El alcance de las cláusulas de exclusión en un contrato colectivo está limitado por normas expresas, contenidas tanto en los artículos 226 (224) y 252 (263) del Código del Trabajo, **que reconocen el principio de universalidad**, como en las resoluciones de obligatoriedad general expedidas por la Corte Suprema el 8 y 28 de marzo del 1990 (R.O. 412 de 6 de abril de 1990). La primera de estas resoluciones prescribe que la no pertenencia del trabajador a la asociación **laboral contratante, no puede tenerse como fundamento para excluirlo de los beneficios y de la protección contractual**; y en virtud de la segunda, **se declara que el Art. 242 (253) del Código del trabajo no es aplicable a las instituciones privadas con finalidad social o pública. Adviértase que***

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

esta última Resolución delimita a su vez el alcance de una norma prohibitiva del Código del Trabajo, en cuya virtud los contratos colectivos no podían amparar a los empleados directivos de las instituciones del sector público, en concordancia con la norma constitucional que les excluía del amparo de la legislación laboral. Con tal presupuesto, la Corte Suprema declaró que la prohibición no alcanzaba a los ejecutivos de las instituciones de derecho privado, aunque estas persigueran una finalidad social, (...) de manera que cuando la sentencia reconoció al actor la protección del contrato colectivo, no infringió norma legal alguna.”

EXPEDIENTE No 73-94, R.O. 493, 28VII-94

“CUARTO.- ...este Tribunal de Casación aprecia que en el fallo impugnado no hay infracción de norma de derecho alguna, puesto que, la E.E. pertenece al sector privado, no es aplicable para los empleados con nivel directivo o administrativo en las entidades privadas con finalidad social y pública el Art. 242 (253) del código del Trabajo, incluso así lo ordenado la Corte Suprema en Resolución publicada en el Registro Oficial de 6 de abril de 1990; por consiguiente, el actor no obstante haber sido Jefe de Auditoría está amparado por el Contrato Colectivo. De lo dicho se sigue que la indemnización que manda pagar el tribunal de Instancia fundado en el contrato colectivo es pertinente y legal. ...”

Como puede apreciar, cargos análogos los que yo ocupé en esos tiempos estaban plenamente reconocidos por la legislación laboral; en consecuencia, no se podía alegar que en alguna parte de mi relación de trabajo esta cambió de régimen.

Con el advenimiento de la promulgación y vigencia de la nueva Constitución en el año 2008, la Carta Fundamental, en sus artículos 315 y siguientes, crea un régimen especial en el sector público, que son las empresas públicas, dicho régimen se sujeta a su propia normativa legal, la misma que se concreta con la promulgación en el año 2009 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, Ley que reconoce a los servidores de carrera y obreros como sujetos al Código del Trabajo, situación jurídica ratificada por la Corte Constitucional mediante **Sentencia No. 007-11-SCN-CC6**, sobre la constitucionalidad de la LOEP de la misma que sirve de fundamento para varios pronunciamientos vinculantes y obligatorios dictados por el Procurador General del Estado, en los que de manera clara y contundente afirma: Por tanto, conforme a los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la sentencia de la Corte Constitucional previamente transcrita, **el personal de empleados y obreros de las empresas públicas se encuentran sujetos al régimen laboral establecido en el Código del Trabajo, salvo el caso del personal con nombramiento de libre designación y remoción, quienes no tienen relación laboral, según prescribe el numeral I del citado artículo 19 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas”**; como se puede apreciar, en ningún momento, una calificación del Ministerio del Trabajo, pudo haberme cambiado de régimen, puesto que todos los servidores de carrera, sin excepción, estamos directamente regulados por ese régimen especial que es la LOEP y por sus normas subsidiarias que en materia laboral es el Código del Trabajo; es más el propio Ministerio del Trabajo así lo viene reconociendo en distintos procesos y en mi caso particular, no existe acción administrativa alguna que haya posibilitado alguna confusión al respecto.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

No cabe duda que en aplicación correcta de las normas constitucionales y legales vigentes, mi relación laboral con PETROECUADOR estuvo siempre enmarcada en el Código del Trabajo; tal es así que la propia Empresa, en su momento emitió la debida certificación al respecto.

*El problema surgido en mi caso con respecto al pago de mi jubilación patronal tiene como origen, no las supuestas dudas sobre el marco legal regulatorio de mis relaciones laborales con PETROECUADOR, sino, el monto de la pensión a pagarse y la confusión sobre los fondos previsionales especiales creados en la empresa por acuerdo pactado en la contratación colectiva; al respecto, bien vale recordar, que en cuanto a la confusión surgida entre PETROECUADOR y ASOPRE, la Procuraduría General del estado, mediante informes vinculantes y obligatorios ha aclarado y ratificado en el **Oficio No. 06112 de 04 de octubre de 2019 dirigido al Sr. Defensor del Pueblo**: "Por lo expuesto, teniendo en cuenta que los Decretos Ejecutivos Nos. 172, publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre del 2009, y 1701 publicado en el Registro Oficial No. 592 de 18 de mayo de 2009, se refieren al pago de una transferencia mensual denominada transferencia solidaria a ex servidores que han venido percibiendo una pensión jubilar de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, se concluye que dichos decretos ejecutivos no son aplicables a la Jubilación Patronal.*

En lo relacionado al monto techo que debe pagarse por pensión mensual de jubilación patronal, la confusión la creó de manera ilegal el Ministerio del Trabajo, al disponer mediante sus acuerdos Ministeriales que el techo máximo era el del Salario Mínimo Unificado de los trabajadores del Sector Privado y no la Remuneración Mensual Promedio del Trabajador que se jubila patronalmente, tal cual la ha aclarado la justicia ordinaria y el propio Ministerio. Tan cierta es esta afirmación, que PETROECUADOR, ante el elevado número de juicios perdidos sobre esta materia, asumió la decisión legal de reconocer y pagar con efecto retroactivo las pensiones mensuales de jubilación patronal, considerando la última remuneración mensual promedio del trabajador jubilado patronalmente.

Estas confusiones surgidas de una mala y arbitraria interpretación legal por parte del Ministerio del Trabajo y de la Empresa, me obligaron a buscar solución a este innecesario conflicto legal, por la vía judicial; el mismo que en primera instancia, el juez a quo, reconoce mi calidad de servidor de carrera amparado en el Código del Trabajo y dispone se me pague la jubilación patronal; sin embargo, inexplicablemente y en un fallo jurídicamente aberrante, el tribunal de segunda instancia, niega mi derecho a la jubilación patronal afirmando que no estoy regulado por el Código del Trabajo, afirmación apartada de la realidad fáctica y jurídica del país y que como he demostrado en su momento fueron aclaradas mediante sentencias y pronunciamientos vinculantes por la Corte Constitucional y la Procuraduría General del Estado.

Como queda aclarado, no fui yo el que se equivocó en solicitar se me reconozca y pague la jubilación patronal en los términos establecidos en el art. 216 del Código del Trabajo, fue la confusión generada por PETROECUADOR con respecto a los

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

fondos complementarios de jubilación la que me obligaron a acudir a la justicia ordinaria, que lamentablemente en un fallo jurídicamente inconstitucional, ilegal e injusto, asumió que mi condición laboral era regulada por la Ley Orgánica del Servicio Público, fallo que carece de toda eficacia jurídica, puesto que si bien se dictó en el marco de las competencias propias de la justicia ordinaria, no es menos cierto que por no guardar armonía con las normas constitucionales, carece de dicha eficacia jurídica, al tenor de lo dispuesto en el art. 424 del Estatuto Supremo.

*En este punto es necesario analizar: ¿es ejecutable una sentencia a todas luces del derecho, inconstitucional e ilegal?; la Constitución de la República en su Art. 424 primer inciso determina que: "La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. **Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.**"*

Bajo el criterio tradicional de la cosa juzgada, aparentemente una sentencia debe ser ejecutada una vez concluidas todas sus etapas procesales de impugnación; sin embargo, si una sentencia dispone actos claramente contrarios a la Constitución y viola derechos fundamentales de los ciudadanos, resulta un acto de poder público que no guarda armonía constitucional y en consecuencia existiendo y siendo procesalmente válida, no puede ser aplicada por disposición de la Constitución de la República; en este punto es imperativo remarcar que muestra Constitución, garantista de derechos, es de aplicación directa y eficaz, es decir, que lo que ella prohíbe expresa o implícitamente, no puede ser convalidado por acto de poder público; en el presente caso, si de conformidad con la Carta Fundamental, las empresas públicas gozan de autonomía de conformidad con su propia ley y ésta determina que los servidores de carrera sean regulados por el Código del Trabajo y la Corte Constitucional así lo ratifica en sentencia de constitucionalidad, que es de obligatorio acatamiento para todos los ciudadanos; no cabe que juez o tribunal, contrariando su texto y con ello los derechos fundamentales que garantiza a los trabajadores, dicten sentencia claramente contraria a los preceptos constitucionales.

El derecho a la Seguridad Jurídica, garantizado en el Estatuto Supremo dispone contar con normas claras, previas y aplicadas por autoridad competente; ¿un Tribunal de Alzada era competente para determinar el régimen jurídico de un servidor de carrera?, evidentemente que no, por cuanto este conflicto fue resuelto por el máximo Tribunal de Justicia Constitucional del Ecuador y es obligación de todos y en especial de los funcionarios de las instituciones del Estado, acatarlas y cumplirlas; no cabía juzgar un tema ya sentenciado por Corte Constitucional; el problema además, no se centraba en si estaba o no amparado por el Código del Trabajo, sino, si mi empleador tenía obligación legal de pagarme la jubilación patronal o en su reemplazo era un Fondo Previsional el que sea había subrogado en dicha obligación; el otro problema fue, ¿si el monto calculado por el Ministerio del Trabajo era el que legalmente me correspondía?.

Los dos problemas en los que se trabó la litis, fueron resueltos en su momento por autoridad competente, debiendo el Tribunal de Segunda Instancia limitarse a ratificar la obligación legal de PETROECUADOR de pagar la jubilación patronal, tanto cuanto esta es de carácter indelegable, insustituible e imprescriptible; y consecuentemente a verificar la procedencia o no del cálculo efectuado por el Ministerio del Trabajo. El Tribunal de Alzada, desvió su atención más allá de lo que

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

se le pedía expresamente y produjo una sentencia que viola derechos como la seguridad jurídica y el debido proceso en cuanto a la debida motivación; violentando con ello derechos adquiridos por el servidor de carrera, constitucional y legalmente son irrenunciables e intangibles; es decir que no se pueden tocar, menoscabar o desconocer.

*Una sentencia claramente injusta, ilegal e inconstitucional, violatoria de derechos humanos fundamentales puede tener validez procesal, pero carece de eficacia jurídica; para analizar y comprender mejor este aspecto, se hace necesario recordar que el Ecuador, con la promulgación de la Constitución de Montecristi, cambió sus paradigmas jurídicos, abandonando el Estado **"Social de Derecho"**, cuyo principal referente era el imperio omnímodo de la ley, lo que en muchas ocasiones generó actos claramente violatorios a los derechos fundamentales de las personas, para en un avance sin precedentes en la historia jurídica del país, asumir su transformación como un **"Estado Constitucional de Derechos y Justicia"**, con una Carta Fundamental profundamente garantista y de aplicación directa e inmediata por parte de quienes están llamados a garantizar el cabal ejercicio de los derechos ciudadanos, mandato imperativo que se recoge vertical y transversalmente en el Texto Magno.*

Para aclarar de manera inobjetable la falta de eficacia jurídica de la sentencia del Tribunal de Alzada, citaré a la Corte Constitucional:

**SENTENCIA N.° 065-10-SEP-CC Quito, D. M., 25 de noviembre del 2010
CASO N.° 0949-09-EP**

*"Sin embargo, no cabe debate en cuanto a que el fundamento de la incorporación de esta acción al ordenamiento jurídico del país, con la que se supera a muchas Constituciones de América, **viene dado por lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, esto es, el principio de la supremacía de la norma constitucional, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias.** Es en razón de este imperio que el legislador **impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la Función Judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional**, para que sea éste el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral." (Lo resaltado es mío)*

*¿Por un error judicial es posible anular derechos humanos fundamentales?; la pregunta podría encontrar una fácil y cómoda salida en la misma vía procesal; sin embargo, si un funcionario público, está obligado a acatar y aplicar la Constitución de manera directa y eficaz, de tal manera que garantice los derechos humanos fundamentales como la Seguridad Jurídica, que establece: **"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las***

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

autoridades competentes.”; si los derechos de los ciudadanos son inalienables, indivisibles, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía y los derechos de los trabajadores son irrenunciables e intangibles; si la Constitución determina que será nula toda acción u omisión que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; y, que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, siendo que el Código del Trabajo en su Art. 216 establece como un derecho de los trabajadores percibir la jubilación patronal y como una obligación de los empleadores cumplirla de manera efectiva en los términos establecidos en dicha disposición; resulta incuestionable que la sentencia del Tribunal de Alzada carece de eficacia jurídica y por ende no se me puede aplicar para imposibilitar el cumplimiento de mi derecho legal y constitucional a la jubilación patronal.

*Si la administración de PETROECUADOR, tiene dudas sobre el alcance de la sentencia de marras y de su supuesta obligación de acatarla aún en perjuicio claro y directo de mi derecho a la seguridad jurídica, a que mis derechos laborales son irrenunciables e intangibles y que es obligación del Estado y de sus funcionarios administrativos aplicar lo más favorable al ejercicio pleno de los derechos, tal cual lo dispone el Estatuto Supremo de la República, es necesario aclarar que para resolver esta suerte de contradicción, basta recordar que de conformidad con la jerarquía normativa establecida en la Carta Fundamental Art. 425, la Constitución y la leyes están en grado superior frente a **cualquier otro acto o decisión del poder público; como en este caso es la sentencia de marras del Tribunal de Alzada.***

Es obligación Constitucional de PETROECUADOR, aplicar de manera directa la Constitución de tal forma que se garanticen plena y efectivamente mis derechos; y si alguna duda hay, basta citar a la Corte Constitucional al respecto:

SENTENCIA N.º 273-17-SEP-CC

CASO N.º 0716-13-EP

“En relación con dicha norma, el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, determina: "Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”.

*Al respecto, este principio es mejor conocido como **indubio pro operario, o pro labore**, en virtud del cual, en caso de duda respecto a la interpretación de una norma, se favorecerá al trabajador; asunto que mediante la sentencia N.º 154-15-SEP-CC emitida dentro del caso N.º 1220-11-EP, esta Corte estableció que:*

*“... en materia laboral rige el principio **in dubio pro labore** previsto en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República que establece: "El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras". Por tanto, en el presente caso, los*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

administradores de justicia se encuentran impedidos de tomar en cuenta lo favorable u odioso de una disposición para ampliar o restringir su interpretación, únicamente corresponde al trabajador alegar una determinada situación jurídica laboral.”

En aquel sentido, la Corte Constitucional determina -a más de lo antes señalado que los jueces de segunda instancia, al establecer de forma principal que la relación contractual entre el señor Fidel Antonio Rangel Monserrate con el IESS, no pudo determinarse si fue como servidor público u obrero, por tanto, era sujeto de una indemnización por despido intempestivo, aplicaron la norma más favorable para el trabajador, conforme lo exigía y exige la Norma Suprema.”

*El principio indubio pro laboro o pro operario, está vigente no solo en cuanto a los derechos laborales, sino también en la obligación de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos tal cual lo manda la Carta Fundamental: **Art. 425.-** (...) En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, **autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.(...)**”; en esta misma línea garantista el **Art. 426.-** manda. **“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.” Y el Art. 427.- dispone: **“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”**; de la lectura del texto constitucional, huelga abundar en más argumentaciones, sobre la obligación de aplicar las normas que mejor garanticen los derechos de los ciudadanos. El temor infundado a ser observados por los organismos de control, debe desvanecerse en la confianza y certeza jurídica que el Texto Magno nos otorga a los ecuatorianos y en particular a los funcionarios administrativos del Estado como garantes de los derechos ciudadanos; cualquier criterio alejado del texto constitucional y arraigado de manera infundada en el viejo paradigma legalista, anula la dimensión garantista del Estado en el marco de un nuevo pacto político social y lo devuelve al viejo y caduco Estado de derecho, en el que los principios y derechos fundamentales de las personas tenía que obligadamente pasar por promulgación legal o por decisiones judiciales; es necesario, que al administración pública, por el bien del país, la plena vigencia de la Constitución y su aplicación integral a favor de los derechos de la población, proceda como la Carta Maga dispone y obliga y no se siga actuado con un temor reverencial ajeno y contrario al mandato constitucional.*

*Si la Constitución de manera reiterada dispone que los derechos garantizados en la misma, son de aplicación directa, inmediata y eficaz, que todo aquello que no guarde armonía con su texto y que es obligación de las autoridades administrativas velar por su cabal cumplimiento; **aferrarse a una discusión dogmática entre validez o eficacia jurídica, resulta innecesario en el marco del modelo garantista del sistema constitucional de derechos y justicia vigente en***

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

nuestro país, por voluntad del soberano; es por lo tanto, posible y así debe asumirse, que PETROECUADOR, al tenor de lo dispuesto en las normas constitucionales invocadas, en garantía al derecho a la seguridad jurídica y a la Irrenunciabilidad de derechos; atendiendo lo establecido en el art. 424 de la Carta Fundamental, y en aplicación del Art. 216 del Código del Trabajo, a la Sentencia Vinculante y obligatoria de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de la LOEP, que en la práctica anula el criterio del Tribunal de Alzada mi supuesto no amparo en el Código Laboral y los pronunciamiento del Procurador General del Estado sobre el carácter distinto de la jubilación patronal y de los fondos previsionales, proceda a cumplir con el pago retroactivo de mi pensión mensual de jubilación patronal.

V

PETICIÓN CONCRETA

Con base a los fundamentos de hecho y de derecho invocados, de la manera más comedida y respetuosa, solicito de su autoridad se disponga el pago de mi jubilación patronal con efecto retroactivo desde la fecha de mi retiro oficial de la Empresa Pública PETROECUADOR."

Con fecha 13 de marzo de 2020 recibimos respuesta negativa mediante **OFICIO N° 03634-REL-PLA-2020**, suscrito por el **Señor Gerente General Subrogante de E.P. PRETROECUADOR**, en los siguientes términos:

"Quito, D.M., 13 FEB, 2020

Señor
Mauricio Gómez de la Torre Muñoz
Ciudad.-

ASUNTO: Atención a su requerimiento de pago de jubilación patronal.

De mi consideración:

En atención a su comunicación s/n ingresada con trámite SIDOC No. 01324170, mediante la cual solicita el pago retroactivo de su pensión mensual de jubilación patronal, indico lo siguiente:

Luego de revisado el archivo de procesos judiciales que mantiene la EP PETROECUADOR, consta que usted presentó en marzo de 2015 una demanda en contra de la EP PETROECUADOR, cuya pretensión fue el pago del derecho de jubilación patronal, constando lo siguiente: [...] *demando la JUBILACIÓN A CARGO DEL EMPLEADOR [...] e/pago de la pensión de jubilación patronal vitalicia, prevista en el Art. 216 del Código de Trabajo; pensión de jubilación que se ordenará se pague partir de la terminación de la relación laboral [...]*".

Ante la pretensión expuesta a la autoridad competente, el Juez de Trabajo, con fecha 11 de junio de 2015, aceptó su demanda, sin embargo, los Jueces de Sala Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, en sentencia emitida el 29 de septiembre de 2015 revocaron la sentencia de primera instancia, rechazando la demanda por usted propuesta, señalando lo siguiente: "[...] *este Tribunal determina que no procede el pago de la jubilación patronal, en los términos del artículo 216 del Código del Trabajo, pues el accionante como ha*

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

quedado señalado en su condición de servidor público, no tiene derecho a un beneficio que se adquiere únicamente por tener la calidad de trabajador u obrero bajo relación de dependencia y sujeto al Código del Trabajo".

Es importante resaltar que, el 19 de octubre de 2015, usted presentó un recurso de casación en contra de la sentencia emitida el 29 de septiembre de 2015, siendo que los Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 6 de enero de 2016, resolvieron inadmitir el recurso de casación interpuesto, siendo que a la fecha la sentencia se encuentra ejecutoriada. No consta en los archivos de la EP PETROECUADOR que usted haya presentado una acción extraordinaria de protección por encontrar vulnerado cualquier derecho constitucional en la decisión judicial emitida.

En este sentido, la EP PETROECUADOR pone en su conocimiento que, su derecho de jubilación patronal ya fue analizado y resuelto por los Jueces de Trabajo, quienes determinaron que usted no tiene derecho al pago de jubilación patronal contemplado en el artículo 216 del Código de Trabajo, decisión jurisdiccional que imposibilita a la EP PETROECUADOR realizar cualquier análisis de lo señalado en su requerimiento."

III

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE NUESTRA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de Coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Art. 10.- Concepto de empleador.- La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades **y demás personas jurídicas de derecho público** tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. **Se entiende por tales obras no sólo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido nombramiento y cualquiera que fuere la forma o período de pago.** Tienen la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares

“Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores.- Los trabajadores que por veinticinco años o más hubieren prestado servicios, continuada o interrumpidamente, **tendrán derecho a ser jubilados por sus empleadores de acuerdo con las siguientes reglas:**

1. La pensión se determinará siguiendo las normas fijadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la jubilación de sus afiliados, respecto de los coeficientes, tiempo de servicios y edad, normas contempladas en los estatutos vigentes al 17 de noviembre de 1938.

Se considerará como "haber individual de jubilación" el formado por las siguientes partidas:

a) Por el fondo de reserva a que tenga derecho el trabajador; y,
b) Por una suma equivalente al cinco por ciento del promedio de la remuneración anual percibida en los cinco últimos años, multiplicada por los años de servicio.

2. En ningún caso la pensión mensual de jubilación patronal será mayor que la remuneración básica unificada media del último año ni inferior a treinta dólares de los Estados Unidos de América (US \$

30) mensuales, si solamente tiene derecho a la jubilación del empleador, y de veinte dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 20) mensuales, si es beneficiario de doble jubilación.

Nota: En el primer inciso del numeral 2 del artículo 216, se dice: "remuneración básica mínima unificada medio", debiendo corregirse por la siguiente expresión: "remuneración básica unificada media. Incluida Fe de Erratas, publicada en Registro Oficial 340 de 23 de Agosto del 2006.

Exceptuase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable.

Las actuales pensiones jubilares a cargo de los empleadores en sus valores mínimos se sujetarán a lo dispuesto en esta regla.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

3. El trabajador jubilado podrá pedir que el empleador le garantice eficazmente el pago de la pensión o, en su defecto, deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el capital necesario para que éste le jubile por su cuenta, con igual pensión que la que le corresponda pagar al empleador, o podrá pedir que el empleador le entregue directamente un fondo global sobre la base de un cálculo debidamente fundamentado y practicado que cubra el cumplimiento de las pensiones mensuales y adicionales determinados en la ley, a fin de que el mismo trabajador administre este capital por su cuenta.”

ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO DEL CASO

Como se puede colegir de la respuesta de la Empresa Pública PETROECUADOR, esta insiste en aplicar una sentencia que carece de eficacia jurídica, puesto que como consta en los argumentos fácticos y jurídicos expuesto en mi petición, por culpa de una mala práctica judicial, producto no solo del error de quienes tuvieron a su cargo dictaminar en las distintas instancias procesales mi caso, sino también por la falta de prolijidad jurídica del profesional que me patrocinó, no se me puede privar de un derecho fundamental para mi existencia digna como es el caso de la jubilación patronal.

Es claro y notorio, que aún con la falta de prolijidad en mi defensa, ha de entenderse que los jueces deben aplicar el principio *iura novit curia* “el juez conoce el derecho” que según el Diccionario del Español Jurídico de la real Academia de la Lengua Española consiste: “*Es un principio medieval de sentido similar a la regla da mihi factum dabo tibi ius* (‘dame el hecho y yo te daré el derecho’): las partes deben exponer los hechos, no siendo necesario que ilustren al juez o tribunal sobre el derecho aplicable ya que lo conocen y tienen la obligación de aplicarlo aunque no haya sido alegado.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la masacre de Mapiripán acude a “su” jurisprudencia para sustentar el uso del principio *iura novit curia*:

“[...] Igualmente, este Tribunal tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio *iura novit curia*, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, “*en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente*”, en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan. 3 (Itálicas añadidas)”

La Corte Constitucional del Ecuador al respecto determina:

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

Caso N." 1739-14-EP Página 14 de 21

"En la tarea de análisis y revisión de constitucionalidad de los procesos ordinarios y constitucionales, el juez tiene la obligación de someterse a los principios procesales que gobiernan la justicia constitucional, entre ellos y para efectos de análisis y resolución del caso sub judice, es pertinente remitirse al principio iura novit curia. Este principio lo consagra el artículo 426 de la Constitución de la República del Ecuador y significa que "el juez conoce el derecho"; consiste en que el juez constitucional, a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, está facultado para fundamentar su fallo en determinadas disposiciones constitucionales, aun cuando las partes procesales no las invoquen de forma expresa.

De igual forma, el principio iura novit curia se encuentra contemplado en el artículo 4 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: "La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional".

Para complementar la norma precitada con respecto al principio iura novit curia, nuestra jurisprudencia constitucional ha expuesto que, con la finalidad de ampliar el alcance del referido principio, la Corte Constitucional está plenamente facultada "para analizar y pronunciarse sobre una serie de aspectos no argüidos por las partes y que podrían devenir en vulneraciones a derechos constitucionales"² • En la misma línea argumentativa, se ha precisado que en virtud del principio iura novit curia "el magistrado no tiene límite en el campo del puro derecho, en razón que frente al error que puedan cometer en enunciación los justiciables, tanto en lo sustancial como en lo procesal, la labor del juez es emendar este error y pronunciarse sobre el mismo"³."

En mi caso, resulta incuestionable que los Jueces de Segunda Instancia, que procesaron y resolvieron el recurso de apelación, así como la Sala de Casación de la Corte Nacional de Justicia, inobservaron la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que en su artículo 17., nos califica **como servidores de carrera** y no como servidores de libre designación y remoción; en consecuencia y tal como en su momento lo había sentenciado la Corte Constitucional, estamos excluidos de las regulaciones de la Ley Orgánica del Servicio Público, siendo nuestro régimen legal el Código del Trabajo; SENTECIA que ha servido de fundamento para que en reiteradas ocasiones de manera vinculante y obligatoria la Procuraduría General del Estado se haya pronunciado en dicho sentido; y, así lo venía acatando mi ex empleador PETROECUADOR; tan cierta es esta afirmación, que la Empresa no impugnó nunca mi derecho a la jubilación patronal ni el régimen laboral en el cual estaba amparado, sino que la litis se trabó por el monto de la pensión mensual que por jubilación patronal debía recibir; aspecto que en función de los muchos fallos de la justicia ordinaria y los pronunciamientos del Ministerio del Trabajo, desde el año 2019, viene reconociendo el monto correcto tal cual lo han señalado las instancias antes mencionadas. Al fallar sobre un punto no propuesto en mi demanda ni en la contestación a la misma y que era totalmente ajena a los puntos del debate, los jueces del Tribunal de Alzada,

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

incurrieron en el vicio de **“extra petita”**, al decidir sobre puntos que no fueron objeto del litigio; sobre este aspecto, el autor, Dr. Santiago Andrade afirma: “estos vicios implican inconsistencia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Por lo tanto para determinar si existe o no estos vicios, el tribunal deberá realizar la comparación entre el **petitium** de la demanda, las excepciones y reconveniones presentadas y lo resuelto en la sentencia.” (Lo resaltado es mío)

De conformidad con lo analizado, se puede concluir enfáticamente, que la sentencia del juez a quo adolece del vicio de *extra petita*, se fundamentó en un análisis sesgado y parcializado de las normas constitucionales y legales, extralimitándose en su accionar procesal en claro perjuicio de mis garantías procesales y consecuentemente de mis derechos constitucionales y legales; lo sin lugar a dudas, torna su sentencia en una afrenta jurídica, que carece de toda eficacia y que por lo tanto, en el marco del severo respeto a las normas contenidas en el Estatuto Supremo, resulta inaplicable, por no guardar la armonía que éste imperativamente obliga mantener a todo acto de poder público.

El Tribunal de Alzada, así como el de Casación, al no aplicar el principio ***iura novit curia***, contemplado en el Art. 426 de la Carta Fundamental, y negar mi apelación, determinando que no tengo derecho a la jubilación patronal por ser servidor público regulado por la Ley Orgánica del Servicio Público, violaron mis derechos fundamentales a la seguridad jurídica y al debido proceso garantizados en la Constitución y con ello mi derecho a una vida digna en mis últimos años de vida, puesto que es lógico suponer soy una persona de la tercera edad, perteneciente a grupos vulnerables de atención y protección especial.

En este punto, bien vale plantearnos: ¿La cosa juzgada puede extinguir un derecho, pese a estar en clara contradicción con los principios y normas constitucionales garantizadas en la Carta Fundamental?; en mi caso, es verdad que la falta de prolijidad jurídica de mi patrocinador legal conllevó a que no propusiera el Recurso Extraordinario de Protección, que era lo que constitucional y legalmente correspondía; sin embargo, estos elementos fácticos no pueden ni deben ser suficientes para privarme del derecho a gozar de mi jubilación patronal ni a liberarlo a mi empleador de su obligación legal de hacerlo, tal cual dispone imperativamente el Código del Trabajo en su Art. 216, por que de ser así, resultaría incuestionable, que se viola mi derecho a la seguridad jurídica, que me mediante la norma laboral invocada, reconoce mi derecho a percibir una jubilación patronal, una vez que he cumplido con todos los requisitos de ley.

Es criterio de los Institutos de Costa Rica para la promoción del Derecho Procesal y del de Estudio e Investigación Jurídica de Nicaragua en su obra de investigación “El Debido Proceso, Derecho Fundamental” que: **“Hasta la santidad de la cosa juzgada debe ceder a la injusticia. De modo que debe admitirse el procedimiento de revisión, ante la contundencia de la**

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

afrenta"; en mi caso, es demasiado evidente, que el error judicial, viene trayendo como nefasta consecuencia la pérdida absurda y jurídicamente injustificable de mi derecho a la jubilación patronal; que mi relación laboral, nunca estuvo en duda que se regulaba por el Código del Trabajo y así lo admitía también mi ex empleador PETROECUADOR, así estuve afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; la litis nunca se trabó sobre ese aspecto, era como ya he mencionado, en cuanto al monto de mi pensión mensual por jubilación patronal, mas, sorpresivamente, sin que medie ningún argumento jurídicamente válido, ningún elemento fáctico o jurisprudencial nuevo o diferente, el Tribunal de Alzada desconoció las disposiciones de la LOEP, la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional y los dictámenes obligatorios del Procurador General del Estado; en consecuencia, y en el marco del valor superior de la justicia, afianzado fuerte y vigorosamente en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que rige por voluntad del soberano desde el año 2008, que en referéndum aprobó una nueva Carta Magna, cuyo Art. 424, dispone que **los actos del poder público, deben guardar armonía con la Constitución, caso contrario carecerán de eficacia jurídica**; resulta incuestionable y evidente, que la sentencia que me priva del derecho a la jubilación patronal, por la afrenta jurídica de ubicarme en un régimen laboral que no me correspondía, carece de toda eficacia jurídica y por lo tanto, NO PUEDE NI DEBE SER APLICADA en detrimento de mi derecho a la jubilación patronal, NI SER UTILIZADA por mi ex empleador, COMO SUSTENTO para **INCUMPLIR** CON SU OBLIGACIÓN LEGAL LABORAL DE PAGARME DICHA JUBILACIÓN PATRONAL.

V

DECLARACIÓN DE NO HABER PRESENTADO OTRA DEMANDA EN CONTRA DE LAS MISMAS PERSONAS, POR LAS ACCIONES U OMISIONES Y CON LA MISMA PRETENCION.

Declaro solemnemente que no he presentado otra acción igual en contra de la accionada **EMPRESA PÚBLICA PETROECUADOR ni contra su Representante Legal, el Gerente General, y Representante Legal de dicha Empresa Pública MBA Pablo A Flores.**

VI

LUGAR EN EL QUE SE HA DE NOTIFICAR A LA PERSONA REQUERIDA.

Al Gerente General y Representante Legal de la Empresa Pública PETROECUADOR, se lo notificará en sus oficinas de E.P. PETROECUADOR, ubicadas en las calles Alpallana E8-86 y Av. 6 de Diciembre, casilla 17-11-5007/17-11-5008 Quito Distrito Metropolitano, provincia de Pichincha.

Fernando Ibarra Serrano

ABOGADO

Of. Av. Eloy Alfaro y Av. Amazonas (esquina)

Edf. FINANDES, Piso 10. Email: frdibarraserrano@gmail.com

VII

PETICIÓN CONCRETA

Con todos los antecedentes fácticos y jurídicos presentados, solicito a la Corte Constitucional, que mediante sentencia disponga:


1. Determine el incumplimiento de mi ex empleador EMPRESA PÚBLICA PETROECUADOR, del Art. 216 del Código del Trabajo, en relación con el pago de mi jubilación patronal.
2. **Que como resultado del reconocimiento del incumplimiento de Art. 216 del Código del Trabajo en relación con el pago de mi jubilación patronal, se disponga a mi ex empleador, que proceda al pago inmediato con efecto retroactivo de mi jubilación patronal, desde la fecha en que dejé de laborar para E.P. PETROECUADOR, con el recargo de los respectivos intereses, por haberme visto obligado a reclamar dicho derecho por vía judicial.**

VI

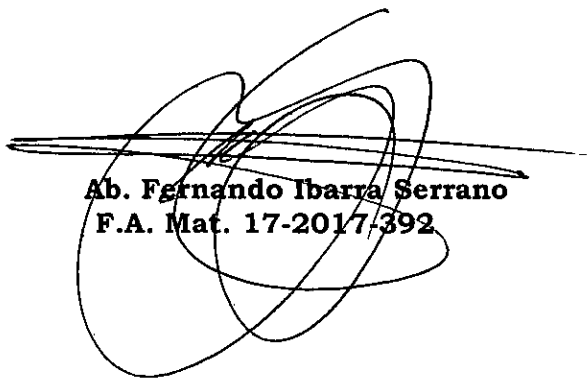
NOTIFICACIONES

Las notificaciones las recibiré al correo electrónico mgomezdelatorre@yahoo.es y frdibarraserrano@gmail.com o en las oficinas del Ab. Fernando Ibarra Serrano, ubicadas en el Edificio FINANDES, Piso 10, Av. Eloy Alfaro y Amazonas (Esquina).

Por ser de derecho y justicia.



Mauricio Gómez de la Torre Muñoz
Ex Trabajador de PETROECUADOR
C.c. 1704071792



Ab. Fernando Ibarra Serrano
F.A. Mat. 17-2017/392

32

SECRETARIA GENERAL
DOCUMENTACIÓN
12 MAR 2021
12:23
Anny 07 Folios
P

