Quito, a 12 de agosto de 2020
Of. No. 00130– 2020– UJPETCQPP-DS.

SEÑORAS JUEZAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

Doctor Carlos Alfonso Dávila Ortega, en mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de Trabajo con sede en la parroquia de Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a ustedes remito el expediente signado con el No. 1737-2020-02224, que por Acción de Protección, instaura la señora MARJORI MISHELL HERRERA SUAREZ en contra de la señora Coordinadora provincial de Prestaciones de Pensiones, Riesgos del Trabajo, Fondos de Terceros y Seguro de Desempleo de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y del señor Director provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por motivo de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 428 de la Constitución de la República del Ecuador, concordante con lo señalado en el artículo 142 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ANTECEDENTES.

Mediante acta de fecha 15 de julio de 2020, se sortea la causa signada con el No. 17371-2020-02224, mediante la cual la señora MARJORI MICHELL HERRERA SUAREZ interpone Acción de Protección en contra de:

- Coordinadora provincial de Prestaciones de Pensiones, riesgos de trabajo, fondos de Terceros y Seguro de Desempleo de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en la persona de la señora JOHANNA PAOLA DE LA CADENA LOPEZ.

- Director Provincial de Pichincha del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en la persona del señor ANDRES CAMPAÑA REMACHE.

- Del señor Procurador General del Estado doctor IÑIGO SALVADOR CRESPO.

DEL ACTO IMPUGNADO.

El acto que se ataca en la acción constitucional es el Oficio No. IESS-CPPPRTFRSDP-2020-0841-0 de 1 de julio de 2020, con el cual se le da a conocer la negativa de parte de la institución al acceso a su petición para acceder al seguro de desempleo, en razón que los empleadores se encuentran en mora con el pago de los aportes desde septiembre del 2011 a abril de 2020.

DE LOS HECHO NARRADOS EN LA ACCION DE PROTECCION.

La accionante señala haber laborado para la señora Susana del Rocío Ramírez Hernández, hasta el mes de junio de 2013.

Posteriormente ha laborado para la empresa UMPACTO CIA. LTDA., desde el mes de agosto de 2014 hasta el mes de julio de 2016.

Luego ha laborado para la compañía Soluciones Totales de Ingeniería Soteling Cia. Ltda., desde enero de 2018 hasta el 1 de abril de 2020, cuando ha sido notificada con la terminación del vínculo laboral por recorte de personal por motivos de la pandemia del COVID 19, siendo éste su último empleador.

Que habiendo esperado los 61 días de no tener empleo, ha solicitado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS el acceso al seguro de desempleo, ante la difícil situación económica que afronta.

Que conforme el Oficio No. IESS-CPPPRTFRSDP-2020-0841-0 de 1 de julio de 2020, se le da a conocer que incumple el requisito señalado mediante Resolución del Consejo Directivo No. 518, la cual en su artículo 15 establece entre los requisitos para el acceso al seguro de desempleo: "Acreditar al menos 24 aportaciones acumuladas y no simultáneas en relación de dependencia de las cuales al menos 6 deberán ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia".

DE LA AUDIENCIA PUBLICA.

Se convoca para el día 29 de julio de 2020, en la cual la defensa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social indica que el Reglamento General del Seguro de Cesantía y Seguro de Desempleo, en su artículo 13 señala:

"Del Financiamiento.- El Seguro de Desempleo se financia con los aportes del empleador del 1% de la remuneración del trabajador, obrero o servidor privados y públicos en relación de dependencia; con los que se constituye un fondo de carácter solidario. Este Fondo Solidario cubrirá el 70% del salario básico unificado vigente a la fecha del evento, el cual se cancelará de manera fija y mensual, por todo el período que dure la prestación".

Que el artículo 14 de la misma norma establece:

"De las Aportaciones.- Para efectos del Seguro de Desempleo en su componente fijo, se entenderá por aportación el pago mensual efectuado independientemente del número de días. Los aportes simultáneos se considerarán como un solo aporte. Los afiliados que cuenten con más de un empleador y hayan aportado de manera simultánea, el pago mensual de la prestación de desempleo correspondiente al 1% del fondo solidario no superará el setenta por ciento (70%) del salario básico unificado vigente a la fecha de cada evento. Las personas jubiladas que retomen las actividades productivas y que se afilien al IESS, no aportarán para el Seguro de Desempleo, ni tendrán acceso a este beneficio, toda vez que cuentan con ingresos de su jubilación.".

Que el artículo 15 Ibídem indica: *"Del acceso al Seguro de Desempleo.- Para acceder a la prestación del Seguro de Desempleo, por cada evento, las personas afiliadas en relación de dependencia por pérdida de ingresos generada por un cese temporal de actividades productivas por causas ajenas a su voluntad, deberán cumplir los siguientes requisitos: a.- Acreditar al menos 24 aportaciones acumuladas y no simultáneas en relación de dependencia de las cuales al menos 6 deberán ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia; b.-*

Encontrarse en situación de desempleo por un período no menor a 60 días; y, c.- Realizar la solicitud para el pago de la prestación a partir del día 61 de encontrarse desempleado y hasta en un plazo máximo de 45 días posteriores al plazo establecido en este literal.".

Es en base entonces a esta normativa por la cual el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, adopta la Resolución No. 518, la cual transcribe las reglas ya textualizadas ut supra.

Por su parte la Procuraduría General del Estado al contestar la acción argumenta que existe una norma de aplicación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, misma que goza del principio de legalidad y constitucionalidad y que la corte constitucional reconoce el principio de seguridad jurídica, por lo cual se debe aplicar dicha normativa al caso.

DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRESENTE CONSULTA.

El artículo 428 de la Constitución de la República que al texto señala:

"Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. ...", facultad exclusiva de la Corte Constitucional, para realizar el control concentrado, conforme lo desarrolla la propia Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-13-SCN-CC, en referencia al caso No. 0535-12-CN, de 6 de febrero de 2013.

La misma consideración la encontramos en el artículo 142 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

DE LA CONSUTA EN CONCRETO Y SU ANALISIS.

i) Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.

Las normas cuyo análisis constitucional solicito son:

1. El artículo 6 de la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 720 de 28 de marzo de 2016, que al efecto señala:

"En el Título IX, a continuación del artículo 275 añádase el siguiente Capítulo y los artículos innumerados:

"CAPITULO DE LA CESANTIA Y EL SEGURO DE DESEMPLEO

Artículo ....- Del Seguro de Desempleo.- El Seguro de Desempleo es la prestación económica que protege a los afiliados del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, bajo relación de dependencia por la pérdida de ingresos generada por un cese temporal de

actividades productivas por causas ajenas a su voluntad y se regirá por los principios de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad. Artículo ... .-

*De los requisitos. - La persona afiliada para acceder a la prestación de Seguro de Desempleo deberá cumplir los siguientes requisitos en cada evento de desempleo: **a) Acreditar 24 aportaciones acumuladas y no simultáneas en relación de dependencia, de las cuales al menos 6 deberán ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia**; b) Encontrarse en situación de desempleo por un período no menor a 60 días; c) Realizar la solicitud para el pago de la prestación a partir del día 61 de encontrarse desempleado, y hasta en un plazo máximo de 45 días posteriores al plazo establecido en este literal; y, d) No ser jubilado. ... ".*

2. El Reglamento General del Seguro de Cesantía y Seguro de Desempleo, publicado en el Registro Oficial No. 803 de 22 de julio de 2016, y que corresponde a la Resolución No. 518 del Consejo Directivo mismo que en el artículo 15 establece:

*"Del acceso al Seguro de Desempleo.- Para acceder a la prestación del Seguro de Desempleo, por cada evento, las personas afiliadas en relación de dependencia por pérdida de ingresos generada por un cese temporal de actividades productivas por causas ajenas a su voluntad, deberán cumplir los siguientes requisitos: **a.- Acreditar al menos 24 aportaciones acumuladas y no simultáneas en relación de dependencia de las cuales al menos 6 deberán ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia**; b.- Encontrarse en situación de desempleo por un período no menor a 60 días; y, c.- Realizar la solicitud para el pago de la prestación a partir del día 61 de encontrarse desempleado y hasta en un plazo máximo de 45 días posteriores al plazo establecido en este literal. ".*

ii) Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos, y las circunstancias, motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

La normativa constitucional que se presume se encuentra violentada con las normas transcritas anteriormente son:

a) *"Artículo 367.- El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiariedad".* (El resaltado es agregado).

Motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

La norma constitucional asegura que el sistema de seguridad social protegerá las contingencias a través del seguro universal obligatorio, por lo que el hecho de que la actora de la Acción de Protección No. 17371-2020-02224 se encuentre en el desempleo debido al despido intempestivo, constituye justamente una contingencia prevista en la Constitución de la República, acontecimiento que se encuentra garantizado a través del seguro universal obligatorio por el cual se le ha descontado de forma mensual de su rol de pagos es decir, si a un afiliado a la Seguridad Social, se le descuenta su aporte personal, se entiende que éste

trabajador cumple con el pago del proporcional que debe ser transferido al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de su empleador.

b) *"Artículo 368.- El sistema de seguridad social comprenderá las entidades públicas, normas, políticas, recursos, servicios y prestaciones de seguridad social, y funcionará con base en criterios de sostenibilidad, eficiencia, celeridad y transparencia. El Estado normará, regulará y controlará las actividades relacionadas con la seguridad social".* (El sub lineado se encuentra fuera del texto).

Motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

El criterio de sostenibilidad se traduce lógicamente en que las prestaciones (en este caso el seguro de desempleo) debe contar con los fondos que permita atender dichas contingencias.

En el caso del seguro de desempleo se cubre con los aportes a la seguridad social obligatoria que provienen del pago persona del trabajador y del empleador. Si el afiliado asegurado, cumple con el pago de su aporte, no se le podría endilgar que adicionalmente cumpla con el pago que le corresponde cubrir a la parte empleadora, porque el trabajador afiliado si ha cancelado por el mismo, por tanto ha cumplido con su responsabilidad de cubrir su aporte para acceder a la prestación social.

En cuanto al criterio de eficiencia se debe entender que es el sistema integral de la seguridad social el que debe ser eficiente, lo que significa que es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el que debe tener la capacidad de cumplir adecuadamente su función; en este sentido entonces debería requerir del afiliado que justifique su cumplimiento en cuanto al pago de su aporte personal que le es descontado de forma directa por su empleador. Adicionalmente en el caso que sea el empleador el que inclusive a pesar de haber descontado el aporte personal para la seguridad social y que no hubiere transferido dicho valor; y/o, en el caso que el empleador no hubiere cubierto su porcentaje patronal que le corresponde cumplir para con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, es la institución encargada de la prestación, la que debe procurar el pago de dichos valores para poder sostener la prestación del servicio, recordando que para ello inclusive tiene la facultad coactiva directa que la debe ejercer conforme a la Ley.

c) *Artículo 369.- El seguro universal obligatorio cubrirá las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindarán a través de la red pública integral de salud. El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado. La ley definirá el mecanismo correspondiente".* (El resaltado es mío).

Motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

Como se observa el seguro universal y obligatorio conforme la Carta Magna, asegura la contingencia del desempleo que pudiere un afiliado sufrir, lógicamente debe entenderse cuando dicho estado de desempleo, no sea por decisión propia.

En este sentido el desempleo no decidido o propiciado por el afiliado, corresponde justamente a una contingencia que conforme la Constitución de la República debe ser cubierto como prestación social, por el cual el afiliado cancela su aporte personal que le es descontado de forma directa del rol de pago inclusive, por lo que no sería responsabilidad del afiliado que su empleador transfiera dicho valor al Instituto, puesto que aquel ejercicio, le corresponde de forma íntegra a la parte empleadora.

d) "Art. 370.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social". (El interlineado es fuera del texto original).

Motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

Esta norma constitucional establece responsabilidad directa al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, brindar las prestaciones por la contingencia del desempleo que proviene de la afiliación al IESS a través de la afiliación obligatoria a dicha institución, por lo que la Institución, debería atender solamente el texto constitucional de forma directa y adecuar sus decisiones al mandato legal supremo que es la Constitución de la República.

e) "Art. 371.- Las prestaciones de la seguridad social se financiarán con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado. Los recursos del Estado destinados para el seguro universal obligatorio constarán cada año en el Presupuesto General del Estado y serán transferidos de forma oportuna. Las prestaciones en dinero del seguro social no serán susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

Motivos y razones por las cuales dichos principios resultarían infringidos.

La disposición constitucional señala que el financiamiento de las prestaciones como en el presente caso el seguro de desempleo, proviene de los aporte personales de los asegurados como de los aportes del empleador, por tanto si es el trabajador quien justificar su aporte a través del descuento que se lo realiza, la parte que le corresponde se encuentra cumplida; sin embargo el empleador no transfiere el descuento que ya le ha realizado al trabajador; y o, si el empleador no cumple con su aporte que le corresponde cubrir por cualquier motivo que fuere, no se le podría endilgar dicha falta al asegurado, a quien le correspondería el derecho a solicitar la prestación del seguro de desempleo como se trata en el presente caso.

iii) Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta respecto de la decisión

definitiva de un caso concreto, o la imposibilidad de continuar con el procedimiento de aplicar dicho enunciado.

Como ya se ha señalado anteriormente, las disposiciones cuya constitucionalidad se solicita sean analizadas, estarían restringiendo derechos consagrados en la Constitución de la República, ya que al introducir requisitos cuyo cumplimiento no le corresponderían al trabajador afiliado a la seguridad social, ciertamente se le impide al acceso a las prestaciones que por contingencias como en el presente caso, le impiden gozar del seguro de desempleo, dentro de los rangos establecidos en la norma infra constitucional como no puede ser de otra manera, sin embargo, se le coartaría el acceso directo a la prestación que se requiere.

En el presente caso la norma infra constitucional establece como requisito:

"a.- Acreditar al menos 24 aportaciones acumuladas y no simultáneas en relación de dependencia de las cuales al menos 6 deberán ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia".

En cuanto a la acreditación de al menos 24 aportaciones acumuladas, es lógica esta consideración debido que debe existir el financiamiento suficiente para la prestación de esta contingencia, y para ello debe haber existido algún cálculo actuarial que le permita llegar a dicha consideración.

Sin embargo que al menos 6 deban ser continuas e inmediatamente anteriores a la contingencia, conlleva dos escenarios probables:

1. Que el empleador haya cancelado las 6 últimas aportaciones, que no son de responsabilidad del afiliado, sino del propio empleador.

2. Que habiéndose descontado al trabajador no se haya transferido al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por cualquier motivo que sea.

Ninguna de las probabilidades serían responsabilidad del trabajador afiliado, por lo que mal podría una norma legal que desarrolla los derechos garantizados por la Constitución de la República, restringir el acceso a derechos asegurados en la Carta Fundamental del Estado.

PETICION CONCRETA.

En base a los fundamentos relatados, solicito de la forma más comedida a la Honorable Corte Constitucional, analice las posibles inconstitucionalidades que se expresan, pues dependerá del reconocimiento de la norma que se denuncia, como una que ostente el principio de constitucionalidad y seguridad jurídica, para resolver el caso señalado dentro de los antecedentes.

Si bien los Jueces pueden advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, es obligación consultar previamente a la Corte Constitucional, para que sea ésta la que se pronuncie respecto de la constitucionalidad, por lo que al existir normas ya transcritas cuyo reparo constitucional se advierte, el Juzgador, se encuentra impedido de inaplicar de forma directa, debiendo necesariamente elevar a consulta, como en el presente caso ocurre.

De los Señores Jueces de la Corte Constitucional.

Firmado.- Dr. Carlos Alfonso Dávila Ortega

Juez de la Unidad Judicial de Trabajo, sede parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha.

Lo que comunico para los fines de ley.

Atentamente.-

4

Dr. David Sanchez Santillan
SECRETARIO

RAZON: Siento por tal y para los fines legales consiguientes que, dentro de la causa signada con el número 17371-2020-0224 por materia Constitucional que sigue HERRERA SUAREZ MARJORI MIDHELL en contra de INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL – IESS Y OTRO, se apareja en un (1) cuerpo en noventa y tres 93 fojas, incluyendo la presente Razón con dirección a la Corte Constitucional del Ecuador para que en uso de sus competencias tipificados en el Art. 428 de la Constitución de la República del Ecuador concordante con el Art. 142, inciso segundo de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional proceda al trámite pertinente.- Quito, 12 de agosto de 2020. **Certifico.**

Dr. David Sánchez Santillan
SECRETARIO