

Quito, D.M., 19 de mayo de 2021

**CASO No. 25-17-AN**

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

**SENTENCIA**

**Tema:** La Corte desestima la procedencia de la acción por incumplimiento del Decreto ejecutivo N° 172, relativo a la transferencia solidaria, en razón de que el accionante no se encuentra en el supuesto de la obligación contenida en dicha norma.

**I. Antecedentes procesales**

1. El 18 de mayo de 2017, Miguel Ángel Ortiz Cobos (“**el accionante**”) presentó acción por incumplimiento de los artículos 1, 2, 3, Disposición transitoria y Disposición final del Decreto Ejecutivo 172 publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre de 2009, en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas (“**MTOP**”).
2. El 06 de junio de 2017, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso y, por sorteo efectuado el 21 de junio de 2017, su sustanciación correspondió a la entonces jueza constitucional Marien Segura Reascos.
3. Una vez posesionados los nuevos jueces de la Corte Constitucional del Ecuador, en virtud del sorteo realizado el 12 de noviembre de 2019, correspondió su sustanciación a la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, quien mediante auto de 06 de abril de 2021 avocó conocimiento y convocó a audiencia pública, misma que se realizó el 13 de abril de 2021<sup>1</sup>.

**II. Norma respecto de la cual se demanda su cumplimiento**

4. El accionante planteó la acción por incumplimiento en relación a los artículos 1, 2, 3 y Disposición transitoria y Disposición final del Decreto Ejecutivo 172 publicado en el Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre de 2009, que determina lo siguiente:

***Art. 1.-** Los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar ya sea de los fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y*

<sup>1</sup> A la audiencia compareció Darío Ordóñez en representación y defensa del accionante, Miguel Ortiz Cobos, Nadia Páez Cordero, en representación del MTOP. No compareció la Procuraduría General del Estado pese a haber sido notificado en debida forma.

*solidaria, en adelante transferencia solidaria, con cargo a su respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los montos y con las limitaciones establecidas en este decreto.*

**Art. 2.-** *Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre del 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de dicha pensión jubilar.*

*Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado.*

*En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado.*

**Art. 3.-** *Estas transferencias solidarias serán fijas y no serán susceptibles de revalorización en el tiempo. Las transferencias solidarias serán suspendidas si el beneficiario se hallare o se reincorporare a prestar servicios laborales bajo relación de dependencia, según lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social.*

**Disposición Transitoria.-** *Para el cálculo de las transferencias establecidas en este artículo el salario básico unificado y el valor referente a la canasta básica familiar serán los establecidos a enero del 2009 (USD 218,00 y USD 512,03, respectivamente).*

**Disposición Final.-** *De la ejecución del presente decreto ejecutivo, que entrará en vigencia a partir del 1 de enero del 2009, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, encárguese a la Ministra de Finanzas.*

### **III. Pretensión y fundamentos**

#### **3.1 Fundamentos del accionante**

5. El accionante señala que, el MTOP no ha realizado el pago respecto a la transferencia solidaria constante en el Decreto Ejecutivo N° 172 mismo que, a su parecer, debe realizarse de forma retroactiva desde el 01 de enero de 2009.
6. Alega que el MTOP, al no conceder la transferencia solidaria, transgredió los artículos 66.2, 35, 36, 37, 38 y 82 de la Constitución que consagran los derechos a una vida digna, atención prioritaria a adultos mayores, buen vivir, derechos de los adultos mayores y seguridad jurídica.
7. Agrega además que, al no concederle la transferencia solidaria, se incumplió los compromisos de mejorar el estilo de vida y crear políticas apropiadas para las personas adultas mayores, contemplados en la resolución de la Asamblea General de Naciones

Unidas sobre los derechos de los ancianos y la Declaración de Copenhague sobre desarrollo social.

8. En esta misma línea, argumenta que se incumplió la cláusula trigésimo primera del Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la referida entidad y la Federación Ecuatoriana de Trabajadores del MTOP, en la que se reconoce el pago de dicha transferencia solidaria a los trabajadores que cumplieran un mínimo de veinticinco años.
9. Como constancia del reclamo previo, el accionante, adjuntó a su demanda una copia del oficio de 11 de diciembre de 2012, mediante el cual el abogado del accionante -a nombre de varios ex servidores públicos- solicitó al MTOP el pago de la transferencia solidaria, conforme lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 172<sup>2</sup>.

### **3.2 Contestación del Ministerio de Transporte y Obras Públicas**

10. El 12 de abril de 2021, mediante escrito comparece Diego Ocampo Lescano, Coordinador General de Asesoría Jurídica, como delegado del Ministro de Transporte y Obras Públicas y señala:

*“1.- Del texto del DECRETO EJECUTIVO No.172, publicado en Registro Oficial No. 90 de 17 de diciembre de 2009, se desprende con absoluta claridad que el pago de la llamada transferencia solidaria corresponderá única y exclusivamente a los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del Sector Público que hasta el 31 de diciembre de 2008, percibieron pensión jubilar ya sea de Fondos Privados de Jubilación Complementaria o de Cesantía, con cargo al respectivo presupuesto institucional.*

*2.- EN EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS, NO HAN EXISTIDO JAMÁS FONDOS PRIVADOS DE JUBILACIÓN COMPLEMENTARIA O DE CESANTÍA, ESTO ES, NI ANTES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2008 NI DESPUÉS DE ESA FECHA.*

*EL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS ha actuado con absoluta legalidad al no reconocer a sus ex trabajadores jubilados el pago de una TRANSFERENCIA SOLIDARIA QUE NO LES CORRESPONDE PERCIBIR, en razón de que el Decreto ejecutivo No. 172 determina que ese pago se dirige única y exclusivamente a ex servidores jubilados del Sector Público que hasta el 31 de diciembre de 2008 percibieron pensión jubilar ya sea de los fondos privados de jubilación complementaria o cesantía, con cargo al respectivo presupuesto institucional. LO QUE NUNCA FUE EL CASO DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS, QUE JAMÁS MANEJÓ ESE TIPO DE FONDOS”.*

11. Argumenta que en el 2014 se realizó una consulta al Ministerio de Trabajo y que, en su respuesta, se señaló que la transferencia solo correspondía a los que recibían fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía privada.

---

<sup>2</sup> Consta, en fojas 30-32 del expediente constitucional.

12. Para respaldar su informe presenta varios oficios, entre los cuales está el Memorando de 09 de abril de 2021<sup>3</sup>, donde se detalla que el accionante presentó su renuncia para acogerse a la jubilación el 10 de diciembre de 2008 y que a partir de enero de 2009 recibió la jubilación patronal por el valor de USD 250 mensuales de acuerdo a lo que determina el artículo 216 del Código del Trabajo y el contrato colectivo respectivo. Con ello indica, además, que el accionante fue beneficiario de la jubilación desde el 01 de enero de 2009, esto es con posterioridad al 31 de diciembre de 2008 que señala el Decreto N° 172.

#### IV. Competencia

13. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las acciones por incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 436, numeral 5 de la Constitución de la República (“CRE”), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 52 al 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

#### V. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

##### 5.1. Consideraciones previas

14. Para tener claro el contexto del presente caso, es necesario señalar los puntos históricos relevantes que justifican la emisión del Decreto 172, ya que este es el séptimo de una serie de decretos que regulan la compensación voluntaria proveniente de fondos privados o llamados fondos complementarios<sup>4</sup>. Así, tenemos que algunas instituciones del Estado crearon fondos privados de jubilación complementaria por Ley o Decreto ley.<sup>5</sup> No obstante, otras instituciones sin tener esta regulación con carácter de ley, se vieron beneficiadas de este tipo de jubilaciones complementarias<sup>6</sup>, razón por la cual a partir del año 2008 se emitieron los siguientes decretos:

<sup>3</sup> Fs. 100 del expediente constitucional.

<sup>4</sup> Ley de seguridad social, promulgada en el año 2001 (vigente), **Art. 220.- DE LA FORMACIÓN DE LOS FONDOS COMPLEMENTARIOS.-** Los afiliados al IESS, independientemente de su nivel de ingresos, podrán efectuar ahorros voluntarios para mejorar la cuantía o las condiciones de las prestaciones correspondientes al Seguro General Obligatorio o a proteger contingencias de seguridad no cubiertas por éste. Los ahorros voluntarios se depositarán directamente en las empresas adjudicatarias administradoras del ahorro previsional, y los fondos acumulados por este concepto se administrarán como fondos separados de conformidad con el Reglamento. Los Fondos Complementarios Previsionales Cerrados que en su origen o bajo cualquier modalidad hayan recibido aportes estatales, pasarán a ser administrados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a través de su Banco, mediante cuentas individuales. (...) Los fondos complementarios mencionados en el párrafo anterior, que cuenten con la petición escrita de por lo menos la mitad más uno del total de los partícipes, podrán solicitar al órgano de control, mantener su propia administración privada, (...) Los fondos privados de pensiones con fines de jubilación actualmente existentes, cualquiera sea su origen o modalidad de constitución, se regirán por la misma reglamentación que se dicte para los fondos complementarios y, en el plazo que aquella determine, deberán ajustarse a sus disposiciones que, en todo caso, respetarán los derechos adquiridos por los ahorristas.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 005-10-SIN-CC dentro del caso 0023-09-IN de 10 de junio de 2010.

<sup>6</sup> Considerandos del Decreto 172.

| DECRETO                                      | FECHA                   | CONTENIDO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| No. 1001                                     | 01 de abril de 2008     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Que los recursos públicos para financiar jubilación patronal y cesantía privada de entidades y organismos del sector público no serán superiores a los del 2007.</li> <li>• La prohibición de nuevos aportes con fondos públicos a entidades que constituyan fondos de jubilación patronal y cesantía privada.</li> <li>• Que el Ministerio de Finanzas, en función de la disponibilidad de recursos públicos, realice el análisis técnico para considerar límites de aportes a fondos de jubilación patronal y cesantía privada que recibían aportes antes del 2008.</li> </ul>                                                                                                                                                     |
| No. 1406                                     | 24 de octubre de 2008   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• A partir de 01 de enero de 2009 no se egresará recursos para financiar fondos de jubilación patronal y cesantía privada de entidades del sector público.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| No. 1493 reforma artículo 1 del Decreto 1406 | 19 de diciembre de 2008 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• A partir de 01 de enero de 2009 no se egresará recursos para financiar fondos privados de jubilación complementaria y cesantía privada, bajo cualquier nombre o denominación, de entidades del sector público.</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| No. 1647 reforma los Decretos 1406 y 1493    | 27 de marzo de 2009     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se excluye a ex empleados beneficiarios de fondos de jubilación complementaria y de cesantía privada, cuya pensión no sea superior a un salario básico unificado.</li> <li>• Si reciben más del SBU el aporte será en el monto correspondiente para sufragar el 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar complementaria y el salario básico unificado. Si es superior a la canasta básica, el aporte estatal se limitará al 70% de la diferencia entre ésta y el SBU.</li> <li>• Los aportes serán reducidos en el monto correspondiente SI el beneficiario se hallare o se reincorporare a prestar servicios laborales bajo relación de dependencia.</li> <li>• El aporte se entregará por el monto que</li> </ul> |

|                                               |                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------------------------------------|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                               |                         | corresponda a las pensiones jubilares de los beneficiarios que, hasta el 31 de diciembre del 2008, han venido percibiendo pensiones jubilares de sus respectivos fondos o cajas. (énfasis agregado)                                                                                                                             |
| No. 1675 sustituye 2º inciso del Decreto 1647 | 15 de abril de 2009     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si la pensión es mayor al SBU el aporte patronal será del 70% de diferencia entre el valor de la pensión jubilar complementaria y el SBU.</li> <li>• Si la pensión es superior a la canasta básica, el aporte será del 70% de la diferencia entre ésta y el SBU.</li> </ul>            |
| No. 1684, Decreto aclaratorio                 | 21 de abril de 2009     | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Aclara que los decretos emitidos con anterioridad no son aplicables a fondos de jubilación creados por ley.<sup>7</sup> (énfasis agregado)</li> </ul>                                                                                                                                  |
| No. 172                                       | 17 de diciembre de 2009 | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se ratifica que los beneficiarios de la pensión jubilar complementaria son ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo este tipo de pensión jubilar. (detalles expuestos en el párr. 4)</li> </ul> |

(Sentencia No. 005-10-SIN-CC más agregados de elaboración de la Corte Constitucional)

## 5.2. Análisis constitucional

15. El accionante sostiene que el MTOP incumplió la obligación de realizar la transferencia solidaria establecida en el Decreto 172.
16. El artículo 52 de la LOGJCC determina que la acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. Además, la sentencia No. 11-12-AN/19 (párrafos 23 y 24) reiteró que “... *la demanda de acción por incumplimiento no procede cuando se busca proteger derechos que pueden ser reclamados mediante otras garantías jurisdiccionales; tampoco cuando existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe de organismo internacional de protección de derechos humanos*”. Y, continúa, “*La acción por incumplimiento no puede ser utilizada como una acción subsidiaria para la protección de derechos que*

<sup>7</sup> El 05 de enero de 2010, la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 11483, en respuesta a la consulta realizada por la Universidad Nacional de Chimborazo aclaró que “*A partir de la promulgación del Decreto Ejecutivo No. 172, este debe aplicarse a los Fondos de Jubilación Complementaria que no han sido creados por Ley*”.

*deben ser declarados en un juicio de conocimiento, en el que se pueden presentar pretensiones y pruebas”.*

17. En este orden, corresponde determinar si los artículos 1, 2, 3, Disposición transitoria y Disposición final del Decreto 172, antes citado contienen una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.

### **Obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible**

18. La obligación de **hacer o no hacer** contenida en la acción por incumplimiento se verifica cuando se establece la realización o abstención de una conducta, por una parte, conforme lo ordenado en la normativa, mientras que la otra parte, debe recibir el beneficio de lo ordenado o exigir su cumplimiento.
19. Ahora bien, es **clara** cuando los elementos de la obligación (el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de la obligación) están determinados o son fácilmente determinables. La obligación debe ser entendible, su contenido evidente y no requerir de interpretaciones extensivas para identificar la obligación<sup>8</sup>. En este sentido, la Corte en las sentencias No. 6-13-SAN-CC<sup>9</sup> y 23-11-AN/19<sup>10</sup> ha señalado, respectivamente, que:

*“La obligación de hacer es clara porque es inteligible, entendible y no presta confusión alguna en cuanto a la pretensión normativa”*

*“Para que una obligación sea considerada clara, los elementos de la obligación, esto es, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la obligación deben estar determinados o ser fácilmente determinables”.*

20. Para que una obligación sea **expresa** debe estar redactada en términos precisos y específicos de manera que no dé lugar a equívocos. El contenido de la obligación debe estar manifiestamente escrito en la ley, la obligación no debe ser implícita ni producto de una inferencia indirecta. Al respecto, la Corte en la sentencia 41-12-AN/19<sup>11</sup> señaló:

*“es expresa en tanto conste explícitamente en la redacción de la norma jurídica; y, es exigible cuando contenga una obligación que no se esté sujeta a una condición o plazo pendiente de cumplimiento. De conformidad con la LOGJCC estos requisitos son concurrentes, por lo cual deben ser cumplidos en su totalidad”.*

21. Finalmente, para que una obligación sea **exigible** no debe mediar plazo o condición que esté pendiente de verificarse.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Corte Constitucional sentencia No. 037-13-AN/19 de 07 de noviembre de 2019.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 6-13-SAN-CC, dentro del caso No. 18-12-AN, de 17 de julio de 2013.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 23-11-AN/19 de 25 de septiembre de 2019.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia No. 41-12-AN/19 de 16 de octubre de 2019.

<sup>12</sup> Corte Constitucional sentencia No. 037-13-AN/19 de 07 de noviembre de 2019.

22. Sobre la existencia de una obligación de hacer o no hacer, se identifica que los artículos 2, 3, la disposición transitoria y la disposición final no contiene una obligación de hacer o no hacer, pues el artículo 2, establece la fórmula de cálculo; el artículo 3, la regla según la cual esta transferencia no se revaloriza o indexa; y la disposición transitoria determina que los valores del salario básico unificado y de la canasta básica familiar, que se consideran para el cálculo de la transferencia solidaria, se traten como una constante, en función de su monto al año 2009, y la disposición final establece el inicio de la vigencia y el organismo encargado de la ejecución del decreto ejecutivo. Por ello, a continuación, se analizará solo el artículo primero del Decreto N° 172 el cual establece lo siguiente:

*“Los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una **pensión jubilar ya sea de los fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía**, bajo cualquier denominación que estos tuvieran, o directamente del presupuesto institucional, pasarán a percibir una transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria, en adelante transferencia solidaria, con cargo a su respectivo presupuesto institucional o Presupuesto General del Estado de ser el caso, en los montos y con las limitaciones establecidas en este decreto”.*

23. De lo citado, y en contexto con los decretos previos, se desprende que la obligación de hacer contenida en el numeral primero del Decreto 172 cumple con determinar:

(i) *el sujeto activo:* los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar ya sea **de los fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, creados por ley, que hasta la fecha señalada venían percibiendo de sus respectivos fondos o cajas de la institución;**

(ii) *el sujeto pasivo:* si bien la norma no determina quiénes son los sujetos pasivos, estos son fácilmente determinables, al identificarse a los sujetos activos. De este modo, por el contexto, el sujeto pasivo sería atribuible al empleador de dichos servidores o trabajadores públicos;

(iii) *la obligación determinada:* consistente en percibir la transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria (**“transferencia solidaria”**).

24. Siendo así, el Decreto 172 cumple con los parámetros fijados por la Corte, para llegar a determinar que la obligación es clara.

25. En relación a si la norma en estudio es expresa se encuentra que la misma indica lo siguiente:

(i) *el mandato a cumplir:* una transferencia, mensual, directa y vitalicia;

(ii) *el cómo se debe ejecutar*: el monto que debe transferirse a los trabajadores se encuentra determinado en el artículo 2 del Decreto 172<sup>13</sup>.

26. Ahora bien, respecto a la exigibilidad, se identifica que la obligación está sujeta a dos condiciones **(i)** que la pensión jubilar que venían percibiendo los ex servidores públicos o jubilados de las entidades del sector público hasta el 31 de diciembre del 2008 provenga de fondos privados de jubilación complementaria o cesantía, creados por ley, que hasta la fecha señalada venían percibiendo de sus respectivos fondos o cajas de la institución; y, **(ii)** que el jubilado, no este reincorporado en servicios laborales bajo relación de dependencia<sup>14</sup>. Solamente una vez que se verifique la condición puede analizarse si es exigible el cumplimiento al accionante.
27. De acuerdo a la documentación presentada, tanto por el accionante como por la entidad accionada, se identifica que en los hechos un grupo de ex trabajadores jubilados del MTOP presentaron una acción de protección<sup>15</sup> que, aunque no les fue favorable, dispuso oficiar al MTOP y al Ministerio de Finanzas para que den cumplimiento del Decreto 172<sup>16</sup>. Producto de ello, al no realizarse desembolso adicional a lo que venían percibiendo, varios jubilados representados por el abogado Darío Ordóñez Aray presentaron una solicitud (reclamo previo) al MTOP -mediante oficio de fecha 11 de diciembre de 2012<sup>17</sup>- exigiendo el cumplimiento del Decreto 172. No obstante, el

<sup>13</sup> **Art. 2.-** Las transferencias solidarias se calcularán en base a la pensión que venía percibiendo el beneficiario jubilado a diciembre del 2008 y considerando los siguientes criterios: para el caso de las pensiones que no superaban un salario básico unificado, se reconocerá el 100% de dicha pensión jubilar. Para aquellas pensiones jubilares superiores a un salario básico unificado e inferiores a una canasta básica familiar, la transferencia solidaria será el valor equivalente a un salario básico unificado más el monto correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar y el salario básico unificado.

En los casos que la pensión jubilar supere la canasta básica familiar, la transferencia solidaria se limitará a un salario básico unificado más el 70% de la diferencia entre la canasta básica familiar y el salario básico unificado.

<sup>14</sup> **Art. 3.-** Estas transferencias solidarias serán fijas y no serán susceptibles de revalorización en el tiempo. Las transferencias solidarias serán suspendidas si el beneficiario se hallare o se reincorpore a prestar servicios laborales bajo relación de dependencia, según lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social.

<sup>15</sup> Acción de protección que fue signada con el No. 960-11 en la cual el juzgado Octavo de lo Civil de Cuenca en sentencia de 07 de noviembre de 2011 negó la acción. En apelación el 11 de enero de 2012, la Sala Especializada de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Azuay en el proceso No. 972-11 en sentencia resolvió “(...) que por la naturaleza del acto, que se viene impugnando, no es aplicable la garantía jurisdiccional de acción de protección, pues la supuesta vulneración de derechos constitucionales por la autoridad pública no judicial, tiene como consecuencia el incumplimiento o la inaplicación de una norma, caso que se encuentra garantizado constitucionalmente en la denominada acción por incumplimiento (...)”. En este sentido desechó la acción. Sin embargo, “el Tribunal excita al Ministerio de Transporte y Obras Públicas representado por la Arq. María de los Ángeles Duarte Pesantes, Ministra; así como también al Ministerio de Finanzas representado por el Eco. Patricio Rivera Yáñez, a dar cumplimiento al Decreto Ejecutivo No, 172”.

<sup>16</sup> Es por esta razón que mediante oficio de fecha 23 de abril de 2012, el Director de Administración de Talento Humano solicitó al Director Financiero que “de ser el caso, proceda a la asignación presupuestaria para cubrir el pago de la transferencia solidaria”. Fs. 35 del expediente constitucional.

<sup>17</sup> Fs. 30-32 del expediente constitucional.

MTOP mediante oficio de 04 de febrero de 2014<sup>18</sup> realizó una consulta al Ministerio de Relaciones Laborales, que fue contestada el 23 de abril del 2014, por la Directora Regional del Trabajo y Servicio Público de Quito, quien señaló que la: *"Transferencia Solidaria es pagadera siempre que se trate de trabajadores u obreros que hasta el 31 de diciembre del 2008, recibían una pensión jubilar, ya sea de los fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía privada, es decir cumplan con los requisitos que determina el Decreto Ejecutivo 172"*<sup>19</sup>.

28. De este modo, el MTOP sostiene que la institución nunca manejó fondos privados de jubilación o cesantía, es decir, no existió ley que haya creado estos fondos a favor de los trabajadores de la institución. Además, hizo referencia tanto a la respuesta de la consulta realizada al Ministerio de Trabajo de 23 de abril de 2014, antes citada, como al oficio de 11 de agosto de 2010 del Ministerio de Finanzas en el que se señala que:

*"Bajo el principio de legalidad contemplado en el invocado Art. 226 de la Constitución de la República, la transferencia mensual, directa, unilateral y vitalicia con fines de asistencia social y solidaria prevista en el Decreto Ejecutivo No. 172 en referencia, debe aplicarse únicamente a los fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía, más no a quienes perciben la jubilación patronal contemplada en el Código de Trabajo, lo contrario significaría un (sic) duplicación del beneficio y ese no es el espíritu de dicho Decreto, pues el mismo se expidió, entre otras razones, ante la necesidad de corregir privilegios ilegítimos e ilegales que se venían generando a través de los fondos complementarios de jubilación".*

29. De lo expuesto, queda claro que el MTOP nunca tuvo fondos privados de jubilación o cesantía como lo prevé el Decreto 172. Por consiguiente, no se cumple con la condición (i) prevista en el Decreto 172 y por tanto dicha obligación no puede ser exigible.
30. Cabe agregar que, el accionante -en sus argumentos- hace alusión a que el compromiso de la institución pública de pagar la transferencia solidaria no nace exclusivamente de la norma que ahora se demanda sino también de presuntos actos propios del MTOP<sup>20</sup> y del contrato colectivo del que dice ser parte. En este sentido, señala:

*(...) el mismo Ministerio de Transporte y Obras Públicas ha reconocido el derecho a la transferencia solidaria en Oficio No. 056-RH-BSP de 14 de junio del 2010, en Oficio No. 78 DAHR de 23 de abril del 2012 y en la cláusula Trigésimo Primera del Décimo Sexto Contrato Colectivo de Trabajo (...)*

*El 30 de diciembre del 2010 se suscribe el Décimo Sexto Contrato Colectivo de Trabajo, entre la Arq. María de los Ángeles Duarte Pesantez en su calidad de Ministra de Transporte y Obras Públicas y la Federación Ecuatoriana de Trabajadores del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, en cuya Cláusula Trigésimo Primera, textualmente se indica: "El Ministerio procederá a pagar el CIENTO POR CIENTO DE LA PENSIÓN POR TRANSFERENCIA SOLIDARIA, al trabajador que hubiese cumplido un mínimo de*

<sup>18</sup> Fs. 101 del expediente constitucional.

<sup>19</sup> Fs. 103 del expediente constitucional consta el Oficio No. MRL-DRTSPQ-2014-0845.

<sup>20</sup> Señala compromisos expuestos en los oficios de 14 de junio de 2010 y 23 de abril de 2012.

*veinticinco (25) años de servicio en la institución y que manifieste voluntariamente su deseo de retirarse de ella. EL MINISTERIO SE COMPROMETE A CANCELAR LAS PENSIONES DE MANERA OPORTUNA...".*

31. De este modo, dado que los actos a los que hace alusión el accionante constituyen fuentes distintas a la norma que se alega como incumplida y al no ser actos normativos, esta Corte considera que su incumplimiento tampoco constituye objeto de análisis de la presente acción por incumplimiento.
32. Además, en el caso concreto la institución accionada adjunta el Memorando de 09 de abril de 2021<sup>21</sup> suscrito por el Director de Administración de Talento Humano en el que se expone que el accionante Miguel Ortiz Cobos renunció para acogerse al desahucio el 10 de diciembre de 2008, por lo que a partir de 01 de enero de 2009 comenzó a percibir la pensión por jubilación patronal. Con lo cual esta Corte determina que el accionante no es sujeto activo de la obligación al no ser un ex servidor público o jubilado que venía percibiendo pensión jubilar hasta el 31 de diciembre de 2008.

## **VI. Decisión**

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Desestimar la acción por incumplimiento planteada.
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes  
**PRESIDENTE**

---

<sup>21</sup> Fs. 100 del expediente constitucional.

**Razón:** Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado (voto concurrente), Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; en sesión ordinaria de miércoles 19 de mayo de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

SENTENCIA No. 25-17-AN/21

VOTO CONCURRENTE

Juez Constitucional Alí Lozada Prado

1. Formulo este voto concurrente porque, si bien estoy de acuerdo con la decisión contenida en la sentencia, disiento con su justificación. Las razones de mi discrepancia, que se expusieron en las deliberaciones del Pleno de la Corte Constitucional, se sintetizan a continuación.

2. En este caso, el pensionista de jubilación patronal Miguel Ángel Ortiz Cobos planteó una acción por incumplimiento del decreto ejecutivo N.º 172, publicado en el registro oficial N.º 90, de 17 de diciembre de 2009, en contra del Ministerio de Transporte y Obras Públicas.

3. En el voto de mayoría se afirma –entre otras cosas– que *“el Decreto 172 cumple con los parámetros fijados por la Corte, para llegar a determinar que la obligación es clara”* (énfasis añadido); y luego concluye: *“queda claro que el MTOP nunca tuvo fondos privados de jubilación o cesantía como lo prevé el Decreto 172. Por consiguiente, no se cumple con la condición (i) prevista en el Decreto 172 y por tanto dicha obligación no puede ser exigible”* (énfasis añadido).

4. En un caso análogo, específicamente en la sentencia N.º 20-15-AN/21 y acumulados, esta Corte se pronunció en un sentido diferente, afirmando que la obligación no era clara, por lo siguiente:

*25. Ahora bien, respecto del primer parámetro, la claridad de la obligación, en el caso, conforme lo expuesto en los párrafos 12 al 15 supra, las partes disienten acerca de si los accionantes tienen derecho a la transferencia solidaria considerando que no perciben una jubilación complementaria. A continuación, se examinará si tal disenso es razonable o si es evidente que una de las interpretaciones es la acertada, porque, de ser lo primero, la obligación cuyo cumplimiento se exige carecería de claridad.*

*26. No cabe duda que la interpretación de los accionantes es razonable: dado que el decreto no se refiere explícitamente a pensiones complementarias, que la jubilación patronal se paga con cargo al presupuesto institucional y que el decreto ejecutivo N° 172 se refiere a las pensiones jubilares financiadas con el presupuesto institucional, se cumplirían todos los requisitos para recibir la transferencia solidaria.*

*27. Para establecer si la interpretación del Ministerio es razonable o no, en primer lugar, conviene examinar el contexto del decreto ejecutivo N° 172. Tal contexto, según los considerandos del propio decreto, son los siguientes:*

*27.1. A través del decreto ejecutivo N° 1406, publicado en el registro oficial N° 462, de 7 de noviembre de 2008, se prohibieron los egresos del Presupuesto General del*

*Estado para financiar fondos de jubilación patronal y de cesantía privada de entidades del sector público.*

*27.2. En el decreto ejecutivo N° 1493, publicado en el registro oficial N° 501, de 7 de enero de 2009, se estableció la aplicabilidad de la prohibición antes mencionada con independencia de la denominación de los fondos.*

*27.3. El decreto ejecutivo N° 1647, publicado en el registro oficial N° 564, de 6 de abril de 2009, exceptuó de lo dispuesto en los anteriores decretos ejecutivos a los ex servidores cuya pensión no superaba el salario básico unificado y la canasta básica familiar, respectivamente, estableciendo un aporte estatal correspondiente al 70% de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar patronal y el salario básico unificado.*

*27.4. En el decreto ejecutivo N° 1675, publicado en el registro oficial N° 580, de 29 de abril de 2009, se dispuso:*

*Para el caso de los beneficiarios señalados en el inciso anterior, que reciban más de un salario básico unificado, el aporte patronal de las instituciones del Estado será en el monto correspondiente para sufragar el setenta por ciento (70%) de la diferencia entre el valor de la pensión jubilar complementaria y el salario básico unificado. Si la pensión es superior a la canasta básica, el aporte estatal se limitará al setenta por ciento (70%) de la diferencia entre esta y el salario básico unificado.*

*28. Además, en uno de los considerandos del decreto ejecutivo N° 172 se señaló lo siguiente:*

*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 cálculos actuariales y sin ajustarse a los requisitos establecidos para acceder a los beneficios de jubilación de la seguridad social;*

*29. Así, la interpretación del Ministerio se podría sintetizar de la siguiente forma: la transferencia solidaria tiene como fin eliminar los privilegios en el sector público, reemplazando las distintas pensiones complementarias (ya sea que estas provengan o no de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía) por una contribución solidaria uniforme para todo el sector público, por lo que no tienen derecho a tal transferencia los pensionistas que solo perciben jubilación patronal. Dado el contexto, esta interpretación también es razonable.*

*30. La razonabilidad de ambas interpretaciones contradictorias nos permite concluir que, en este caso, la obligación cuyo cumplimiento se pretende no es clara, pues resulta controvertible que, como alegan los accionantes, las disposiciones invocadas por ellos entrañen una norma que establezca la obligación cuyo cumplimiento pretenden, en los términos referidos en el párrafo 18 supra. Esta falta de claridad –de si la obligación pretendida se desprende o no de las disposiciones impugnadas– dadas las circunstancias del caso, supone la existencia de un problema interpretativo complejo, que no puede ser*

*resuelto en una vía procesal-constitucional tan sumaria como la acción por incumplimiento.*

*31. Cabe resaltar que el razonamiento conduce a esta Corte a concluir que la obligación cuyo cumplimiento es exigida por los accionantes (referida a quienes solo perciben jubilación patronal) no es clara porque la misma no se encuentra determinada, ni es fácilmente determinable en las disposiciones cuyo cumplimiento se exigen y, por lo tanto, incumple con el primer requisito de claridad exigido en esta acción. Consecuentemente, no resulta necesario continuar con el examen respecto de los otros dos elementos (expreso y exigible), debiéndose, sin más, rechazar la presente acción por incumplimiento.*

5. El que el voto de mayoría no haya seguido la solución adoptada en la sentencia N.º 20-15-AN/21 y acumulados se explica porque el voto usa un enfoque distinto en relación al objeto de análisis, es decir, sobre qué obligación debe ser examinada para establecer si es clara o no. Así, en la sentencia N.º 20-15-AN/21 y acumulados se examina si la obligación cuyo cumplimiento exigen los accionantes es o no clara, y se concluye que no lo es porque para establecerla habría que interpretar no solo el texto del decreto sino también otras pertenecientes a otros cuerpos normativos; en cambio, el voto mayoría examina si el texto del decreto contiene –en abstracto– una obligación clara (que las instituciones públicas realicen transferencias mensuales a sus ex servidores públicos o jubilados que hasta el 31 de diciembre del 2008 venían percibiendo una pensión jubilar ya sea de fondos privados de jubilación complementaria o de cesantía o directamente del presupuesto institucional) y concluye que sí, pero se trata de una obligación diferente a la que el accionante considera –en concreto– incumplida (que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas realice las correspondientes transferencias a Miguel Ángel Ortiz Cobos, quien era pensionista, pero exclusivamente de jubilación patronal).

6. En contraste, cuando el decreto analiza la exigibilidad de la obligación lo hace, ya no de la obligación contenida en el decreto y a la que considera clara, sino –esta vez– a la obligación que el accionante considera incumplida.

7. Mi posición es que, en una acción por incumplimiento, el objeto de examen tiene que ser siempre si –en concreto– la obligación cuyo incumplimiento alega el accionante es clara, expresa y exigible, mas no si el texto normativo al que el accionante adscribe la obligación cuyo cumplimiento pretende contiene o no –en abstracto– una obligación clara, expresa y exigible. Esto, por cuanto, como ocurre en este caso, el texto normativo puede contener en abstracto una obligación clara, pero la obligación que invoca el accionante en concreto puede no ser clara porque la dilucidación de si tal obligación existe depende de un procedimiento interpretativo complejo que no tiene cabida en una acción por incumplimiento.

8. Examinadas las circunstancias de este caso, opino que, al igual que en la causa N.º 20-15-AN, la obligación cuyo cumplimiento se demanda no es clara, considerando que el accionante solo percibía una pensión por jubilación patronal, es decir, dado que no recibía una pensión complementaria (ver párr. 4 *supra*).

9. Y, considerando que la falta de claridad de la obligación determina la improcedencia de la acción por incumplimiento no era necesario verificar si dicha obligación es expresa y exigible.

10. Considero, en fin, que las razones expuestas en este voto particular son las que debían determinar la desestimación de las pretensiones de la acción por incumplimiento en este caso y no las que fueron consideradas en el voto de mayoría.

Dr. Alí Lozada Prado  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

**Razón.-** Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Alí Lozada Prado, en la causa 25-17-AN, fue presentado en Secretaría General el 02 de junio de 2021, mediante correo electrónico a las 17:27; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**