



Quito, D. M., 16 de noviembre del 2011

SENTENCIA N.º 009-11-SCN-CC

CASO N.º 0019-11-CN

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La Secretaría del Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, mediante oficio N.º 275-MP del 11 de abril del 2011, remite a la Corte Constitucional (recibido el mismo día a las 14h53) la consulta de constitucionalidad del inciso sexto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, suscitada dentro de la acción de protección N.º 0418-2011-MP. La Secretaría General de la Corte Constitucional, el 11 de abril del 2011, certificó que:

“... en referencia a la acción No. 0019-11-CN que contiene la consulta remitida por el Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia Adjunto del Cantón Quito, a fin de que la Corte Constitucional, determine la constitucionalidad del inciso sexto del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público (...) dentro de la acción de protección No. 418-2011 seguida por Cristóbal Edmundo Alarcón Falconí, en contra del Defensor del Pueblo, **no se ha presentado** otra demanda con identidad de objeto y acción...”.

La Secretaría General de la Corte Constitucional, mediante oficio N.º 1456-CC-SG-2011 del 15 de abril del 2011, remitió al doctor Patricio Herrera Betancourt el caso N.º 0019-11-CN (recibido el mismo día a las 14h24), a fin de que lo tramite como Juez Ponente, conforme el artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que dispone:

“Art. 81.- Trámite.- Para el trámite de las acciones de control concreto de constitucionalidad, la Corte Constitucional observará lo establecido en los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Recibido el expediente, la causa seguirá el trámite de recepción y registro establecido en el Capítulo I del Título II de este Reglamento. En cuanto a la asignación de estos casos, el Secretario General, una vez registrados, procederá a distribuirlos, de manera cronológica, a la jueza o juez que le corresponda en orden alfabético. Para el efecto, deberá llevar un libro de registro de distribución de estas causas bajo su responsabilidad.

La jueza o juez ponente, una vez recibido el expediente, preparará su proyecto de sentencia dentro del plazo de veinte días y lo remitirá a Secretaría General. El Pleno de la Corte lo resolverá en el plazo de quince días posteriores a la notificación de la recepción del proceso, por parte de la Secretaría General.”

La causa en la que se suscita la consulta de constitucionalidad

El doctor Cristhian Recalde de la Rosa, Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia Adjunto de Pichincha, remite la presente consulta de constitucionalidad a la Corte Constitucional, suscitada en la acción de protección N.º 418-2011-MP seguida por el doctor Cristóbal Edmundo Alarcón Falconí en contra de la cesación de su puesto, dispuesta por el señor Defensor del Pueblo y notificada por el Director Nacional de Recursos Humanos (e) de la Defensoría del Pueblo mediante memorando N.º 1829-DNRH-2010 del 09 de diciembre de 2010, que señala:

“...En atención a disposición del señor Defensor del Pueblo, visto Memorando No. 433-DNJ-2010 emitido por la Dirección Nacional Jurídica y en observancia a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Público Art. 81 inciso final sírvase considerar que desde este momento queda usted cesado en su puesto de Abogado 2 de Dirección Nacional de Protección de Derechos Humanos y la Naturaleza de la Coordinación Nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sus derechos constitucionales y legales, quedan incólumes...” (foja 5 del expediente 418-2011-MP).

Demanda y pretensión

El doctor Cristóbal Edmundo Alarcón Falconí, en su demanda de acción de protección presentada el 27 de marzo del 2011 a las 17h00, y que por sorteo correspondió conocer al Juzgado Tercero de la Niñez y Adolescencia Adjunto de Pichincha bajo el número 418-2011-MP, hace constar:

Se trata de un adulto mayor en virtud de contar con “89 años 11 meses de edad”; que se trata de un jubilado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, puesto



que luego de haber trabajado en diversas entidades públicas y privadas y una vez cumplidos aquellos requisitos de edad se acogió “a la jubilación en el año 1972”; que posteriormente a su jubilación, al no existir prohibición normativa, reingresó al sector público habiendo laborado en diversas instituciones públicas “aproximadamente 33 años”. El 10 de diciembre del 2010 el Director (e) de Recursos Humanos de la Defensoría del Pueblo le notificó el cese inmediato de sus actividades que las venía ejerciendo “desde el mes de abril de 1999” (fojas 1 y vuelta, 2 del expediente 418-2011-MP).

Impugna el memorando N.º 1829-DNRH-2010 del 09 de diciembre del 2010 del Director Nacional de Recursos Humanos (e) de la Defensoría del Pueblo, por cuanto: “no se ha observado el debido proceso, y quien la generó al referirse al inciso final del artículo 81 de la nueva LOSEP, lo interpreta en forma restringida y discriminatoria”; a pesar de que constan ante las consultas de la Defensoría del Pueblo las absoluciones del Ministerio de Relaciones Laborales contenidas en “oficios Nos. 0001329 de 27 de enero de 2011, y 00012853 de 28 de los mismos mes año (sic)” en los cuales les instruye que “previa a la desvinculación de la o el servidor público...las instituciones, entidades u organismos (sic) descritos en el art. 3 de esta Ley, deben entregar de manera obligatoria la compensación económica correspondiente” (foja 2 y vuelta, 3 vuelta del expediente 418-2011-MP).

Solicita por una parte que en sentencia “se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el memorando 1829-DNRH- 2010, por carente de motivación”; y por otra, por haberse interpretado el inciso final del artículo 81 de la LOSEP sin competencia legal para el efecto, y haberlo hecho de forma discriminatoria, que en sentencia se disponga “el inmediato pago, tanto del Bono defensorial “Estímulo Económico por años de servicios”, que es de siete sueldos, o sea USA \$ 15.400,00, cuanto el de la compensación legal, conforme los disponen los arts. 81 y 129 de la LOSEP (sic) la misma que alcanza la suma de USA \$ 36.000,00” (foja 4 del expediente 418-2011-MP).

Audiencia efectuada

Mediante providencia del 29 de marzo del 2011 a las 09h17, el Juez Tercero Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha avocó conocimiento de la acción de protección N.º 418-2011-MP y convocó a la audiencia pertinente para el día 31 de marzo del 2011 a las 15h00 (foja 45 del expediente 418-2011-MP).

En el acta de dicha audiencia efectuada el 31 de marzo del 2011 a partir de las 15h10, consta que comparecieron a exponer oralmente sus argumentos los

abogados en representación del accionante, de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General del Estado.

Intervención del accionante y su abogado

El accionante se ratifica en los términos de la demanda inicial en la que impugna el cese de sus funciones, mismo que le fue notificado mediante “una resolución que no está motivada”, y por cuanto al momento de su liquidación en relación a los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, la Defensoría del Pueblo debía haber actuado a su favor “pero más bien lo hace de forma discriminatoria” (foja 78 del expediente 418-2011-MP).

El abogado del accionante sostiene que existe una violación a los derechos humanos, por cuanto “se interpreta una ley de una forma equivocada, se han conculcado los derechos que tiene el adulto mayor, no se ha recibido una respuesta concreta de la Defensoría del Pueblo”. (Foja 78 del expediente 418-2011-MP).

El accionante, en relación a la propuesta planteada por la Defensoría del Pueblo para su reincorporación a su puesto hasta que se dilucide la situación del beneficio económico, manifiesta que: “no acepto la propuesta planteada por la Defensoría del Pueblo, que es el de reintegrarme a mencionada institución” (fojas 80 expediente 418-2011-MP).

Intervención del abogado representante de la Defensoría del Pueblo

En atención a la falta de motivación del acto impugnado afirma que: “se enunció la norma respectiva y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho estaba implícita, puesto que, al tener más de 70 años como determina el inciso final del artículo 81 de la LOSEP, ipso jure debía aplicarse” (foja 78 vuelta del expediente 418-2011-MP).

Con relación al pago de la compensación prevista en el artículo 129 de la LOSEP, manifiesta que la ordenó el señor Adjunto Primero del Defensor del Pueblo Subrogante mediante resolución N.º 151-DDP-2010 del 16 de diciembre del 2010 “una vez que exista respuesta favorable a la consulta realizada al Ministerio de Relaciones Laborales, por tratarse -él y otro- de funcionarios que se jubilaron en otras instituciones y se reincorporaron al servicio público”, habiéndose efectuado dicha consulta mediante oficio N.º 3219-2010 del 08 de diciembre del 2010 y recibido como respuesta el oficio del viceministro del servicio público N.º 12549 del 30 de diciembre del 2010, en el cual, en el último párrafo de la primera hoja dice “en base al inciso tercero del Art. 129 de la



LOSEP, que un jubilado que ya hubiere recibido este beneficio, no podrá acceder a éste nuevamente” (foja 79 vuelta del expediente 418-2011-MP).

Reconoce que: “Es verdad, como manifiesta el reclamante, que en los oficios a los que alude, del Ministerio de Relaciones Laborales, se dice que previa a la desvinculación del servidor público que acceda a la jubilación, conforme a la LOSEP, se debe entregar la compensación económica. No obstante...para entonces, como se podrá observar, ya estaba cesado el Dr. Alarcón...en los oficios 1283 y 1329 del 26 y 27 de Enero de 2011, en su orden, los funcionarios del Ministerio expresan que el Reglamento de la LOSEP establecerá el procedimiento para viabilizar el pago de la compensación por jubilación, de manera que sin él no podrá cancelarse ésta” (foja 79 vuelta del expediente 418-2011-MP).

Respecto de las pretensiones del accionante, menciona que son contradictorias, puesto que por un lado solicita que en sentencia se declare la nulidad del acto administrativo “cuyo efecto jurídico sería volver las cosas a su estado anterior, esto es que sea reincorporado a su puesto” y al mismo tiempo pide que se le reconozca todos los beneficios por jubilación que establecen los artículos 81 y 129 de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir “que se le pague el bono por estímulo económico por años de servicio, todo lo cual implicaría el cese de sus funciones”; razón por la cual, solicita como prueba para determinar la procedencia del pago de la compensación reclamada “se sirva consultar al Procurador General del Estado con pronunciamiento vinculante”; planteando como propuesta en salvaguarda de los derechos del reclamante y por seguridad jurídica “reintegrarlo a su trabajo en mi representada hasta que, por el Reglamento a la LOSEP o la absolución de consultas que fueren procedentes, se determine si tiene derecho al pago de la compensación y bono reclamados” (foja 79 vuelta del expediente 418-2011-MP).

Intervención del abogado representante de la Procuraduría General del Estado

Sostiene que se tome en cuenta lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por cuanto “la petición del accionante es el reclamo del pago”; que debido a ello el trámite que se debió realizar es el previsto en la vía contencioso administrativa y se “podría realizar una consulta a la Procuraduría General del Estado”; que podría tomarse en cuenta el artículo 15 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “sobre la pretensión del acuerdo planteado por la Defensoría del Pueblo en cuanto a la reincorporación del accionante”; y que salvo mejor criterio

“y en caso de duda puede consultar el control concreto de constitucionalidad a la Corte Constitucional” (foja 80 del expediente 418-2011-MP).

Suspensión de la causa para la consulta de constitucionalidad

El 31 de marzo del 2011 el Juez Tercero Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, acabadas las intervenciones de las partes en la audiencia efectuada a partir de las 15h10, dispuso:

“...Una vez escuchadas las partes procesales y al tener duda razonable sobre el último inciso del art. 81 Ley Orgánica del Servicio Público publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial 294 del 6 de octubre del 2010 y al amparo del art. 142 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y a fin de garantizar la Constitucionalidad de la norma mediante el ejercicio del control concreto de Constitucionalidad, se suspende la tramitación de la causa para presentar en consulta a la Corte Constitucional sobre la aplicación de la norma...” (foja 80 del expediente 418-2011-MP).

El 01 de abril del 2011 a las 10h14, el Director Nacional Jurídico de la Defensoría del Pueblo presenta copia del escrito cuyo original consta incorporado al proceso de fojas 71 a 77, y cuyo contenido consta reproducido en el acta de la audiencia de fojas 78 y vuelta a 79 y vuelta del expediente, en el cual expone sus fundamentos sobre la improcedencia de la acción, su contestación a la demanda, las pretensiones del accionante, la prueba, su propuesta en el caso y su autorización a profesionales de derecho, entre ellos al abogado interviniente en la audiencia (fojas 81 y 87 y vuelta del expediente 418-2011-MP).

El 04 de abril del 2011 a las 15h23, el Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado ratifica al abogado interviniente en la audiencia y argumenta de la siguiente manera: relacionando el último inciso del artículo 81 de la LOSEP con el artículo 227 de la Constitución sobre el principio de eficiencia que rige en la administración pública, manifiesta que: “La Asamblea Nacional al redactar el artículo 81 de la LOSEP ha considerado que el cumplimiento del principio de eficiencia de la administración pública se facilita contando con servidores públicos menores de 70 años”; citando el artículo 76 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, menciona que una disposición jurídica se presume constitucional “por lo que si se pretende su inconstitucionalidad, es la Corte Constitucional la que tiene atribuciones exclusivas para hacerlo”. Fundamentándose en el artículo 10 literal a de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que para la declaratoria de nulidad del acto y pago del bono se encuentra “disponible

d



la vía contencioso administrativa para hacer valer sus derechos de rango legal”; instando finalmente a que en todo caso es importante indagar en torno al espíritu y constitucionalidad de la disposición legal aplicada al caso concreto “para lo cual los criterios de la Corte Constitucional, Asamblea Nacional y esta Procuraduría resultarán clarificadores” (fojas 88 y 89 del expediente 418-2011-MP).

El 07 de abril del 2011 a las 09h41 el Director Nacional Jurídico de la Defensoría del Pueblo ratifica expresamente al abogado interviniente en la audiencia.

Mediante providencia del 08 de abril del 2011 a las 17h17, el Juez Tercero Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha agregó los escritos presentados por la partes, declaró legitimadas las intervenciones de los abogados a favor de sus representados, señalando que en la audiencia del 31 de marzo del 2011 a las 15h10 “se determinó la consulta de Constitucionalidad, por lo que remítase inmediatamente el proceso a la Corte Constitucional para la consulta respectiva”.

La norma objeto de la consulta de constitucionalidad

El inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N.º 294 del 06 de octubre del 2010, dispone:

“Art.- 81.- (...) Las servidoras y servidores, a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de la seguridad social para la jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto. Percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera.”

Los argumentos de la consulta de constitucionalidad

El Juez Tercero Adjunto de la Niñez y Adolescencia de Pichincha, en su escrito de fundamentación del 11 de abril del 2011, remitido mediante oficio de la Secretaría de dicha Judicatura N.º 275-MP del 11 de abril del 2011, ingresado a la Corte Constitucional la misma fecha a las 14h53, citando disposiciones constitucionales y de instrumentos internacionales, argumenta su consulta de constitucionalidad del inciso final del artículo 81 de la LOSEP, pudiéndose sistematizar dichos argumentos de la siguiente forma:

Artículos 3 numeral 1; 11 numerales 2 y 8; 33; 36; y 66 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador (publicada en el Registro Oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008)

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

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

Al respecto, el juez consultante argumenta: “Considerando que de acuerdo a los estándares establecidos por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la persona vive hasta el momento que muere; por tanto, se debe respeto a sus derechos hasta el final de su vida, y tomando en cuenta que en el Ecuador el índice de esperanza de vida es de 75.1 años, el determinar una salida obligatoria del trabajo, anterior a dicha edad, atenta con el efectivo goce o ejercicio por parte de las personas adultas mayores, de sus derechos humanos y libertades fundamentales consagrado en el Art. 3 numeral 1 de la Constitución.” (foja 2 del expediente 0019-11-CN).

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

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

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

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

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

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

d



En este punto, el juez consultante aprecia que: “Derivado de lo anterior se estaría contrariando lo determinado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución” (foja 1 vuelta del expediente 0019-11-CN); y estima que: “La norma consultada al señalar que los servidores a los 70 años, en forma obligatoria deben retirarse del servicio público, acarrea una regresividad en el contenido de los derechos, pues en la LOSCCA no se determinaba tal particular; lo cual puede generar visos de inconstitucionalidad conforme el Art. 11, numeral 8 de la Constitución” (foja 3 del expediente 0019-11-CN).

“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”

En relación a esta disposición, el juez consultante estima que: “De igual manera, como señala el Art. 33 de la Constitución de la República del Ecuador, sobre la libertad de escoger el trabajo, también debería ser la dimisión del mismo, pues el Reglamento a la LOSEP (RO 418 Suplemento, de 01 de abril del 2011) en el inciso segundo del Art. 108 determina que: la o el servidor que desee acogerse a los planes de retiro voluntario con indemnización, o cesación por jubilación, deberá presentar por escrito su voluntad de acogerse a los mismos”. En tal virtud, la norma consultada contraría al Art. 33 de la Carta Magna” (foja 2 del expediente 0019-11-CN).

“Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido los sesenta y cinco años de edad.”

El juez consultante respecto a este artículo manifiesta: “Concomitantemente a lo anterior, la norma consultada contraría lo señalado en el Art. 36 de la Constitución sobre la atención prioritaria y especializada de los adultos mayores...pues no se pondera la afectación de los derechos del servidor público que es adulto mayor, versus el principio de la eficacia de la administración pública” (foja 2 vuelta del expediente 0019-11-CN).

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

6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.”

Al respecto, el juez consultante menciona: “La norma consultada contraría la autonomía de la voluntad de la persona...se está imponiendo forzosamente una conducta para el servidor, lo cual es contrario al derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente, conforme a lo señalado en el numeral 6 del Art. 66 de la Constitución” (foja 1 vuelta del expediente 0019-11-CN); y señala que “...para la administración pública rige el principio negativo de que «Todo lo que no está permitido está prohibido» por lo que la entidad pública no puede proceder a cesar de sus puestos a sus servidores, por la simple invocación de la norma, sino que, es el propio servidor quien debe presentar por escrito su deseo de cesar. Adicionalmente se debe contar, con la verificación de la partida presupuestaria, para otorgar la compensación aludida” (foja 2 del expediente 0019-11-CN).

Artículos 1.1 y 24 de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (ratificada mediante decreto supremo N.º 1833, publicado en el Registro Oficial N.º 452 del 27 de octubre de 1977, y texto promulgado mediante Acuerdo Ministerial N.º 202 publicado en el Registro Oficial N.º 801 del 06 de agosto de 1984)

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Al respecto, el juez consultante argumenta: “La norma consultada contraría lo señalado en el Art. 1.1. (Obligación de Respetar los derechos) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos...El determinar la norma consultada, un límite de edad (70 años) para retirarse obligatoriamente del servicio público, constituye una discriminación etaria” (foja 1 y vuelta del expediente 0019-11-CN).

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En este punto, el juez consultante estima que: “La norma consultada contraría lo señalado en el Art.24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos... Al determinar la norma consultada, que el servidor público, a cierta edad (70 años) obligatoriamente tiene que retirarse del servicio público, la ley no le está dando igual protección que el resto de personas, sino

d



todo lo contrario, se está realizando una diferenciación por razón de la edad” (foja 1 y vuelta del expediente 0019-11-CN).

Artículos 6 y 17 literal b del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (ratificado mediante Decreto Ejecutivo publicado en el Registro Oficial No. 148 de 16 de marzo de 1993, y texto publicado en el Registro Oficial No. 175 de 23 de abril de 1993)

“Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.”

En relación a esta disposición, el juez consultante manifiesta que: “La norma consultada contraría lo señalado en el Art. 17 (Protección a los ancianos) literal b, del Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos “Protocolo San Salvador”...En nuestro país, no se aplica la ejecución de programas laborales específicos para el adulto mayor, y con la norma consultada cumplidos los 70 años, se pasa directamente a la cesación del trabajo, es decir se aplica la medida más drástica, por lo que no existe proporcionalidad entre el fin constitucionalmente válido (eficacia y eficiencia en la administración pública), y la restricción constitucional (del derecho al trabajo, dignidad, vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas, de la igualdad ante la ley, de la aplicación de medidas de acción afirmativa para promover igualdad real, del desarrollo progresivo de los derechos) ni se aplica otro tipo de medidas alternativas que no afecten rigurosamente a sus derechos” (foja 2 vuelta del expediente 0019-11-CN).

“Artículo 17 Protección de los Ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

b. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos.”

Al respecto, el juez consultante menciona: “La norma consultada contraría lo señalado en el Art. 6 del Protocolo de San Salvador relacionada con el derecho a trabajo. En la particular condición de las personas adultas mayores, son necesarias prácticas, políticas y legislaciones que permitan implementar programas destinados a crear fuentes de trabajo para personas adultas mayores en las que éstas tengan un trato preferencial, promocionar políticas de igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores de todas las edades” (foja 2 vuelta del expediente 0019-11-CN).

Petición concreta

Con estos antecedentes, el juez consultante formula la presente consulta de constitucionalidad del inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP, solicitando a la Corte Constitucional que se pronuncie sobre “si la aplicación de la norma impugnada al caso concreto, puede o no vulnerar las normas constitucionales y del bloque constitucional ya señaladas” (foja 3 del expediente 0019-11-CN).

**II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL****Competencia**

La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las consultas de constitucionalidad, de conformidad con lo que dispone el artículo 428 de la Constitución de la República; 142 inciso segundo de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 191 numeral 2 literal *b* del mismo cuerpo normativo; y el artículo 81 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

La presente consulta de constitucionalidad de normas jurídicas, dentro del control constitucional concreto, ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario aplicable al caso, por lo cual se declara su validez.



El control constitucional concreto a través de la consulta de constitucionalidad de normas jurídicas.

El artículo 428 de la Constitución de la República en el primer inciso determina que el juzgador, de oficio o a petición de parte, suspenderá la tramitación de la causa cuando 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; razón por la cual, remitido el expediente a la Corte Constitucional, esta resolverá sobre la constitucionalidad de la norma, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días; caso contrario, el inciso segundo dispone que si la Corte no se pronuncia transcurrido el plazo previsto, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente (esto es la acción que prevea la normativa sobre la materia)¹.

Como mecanismo del control constitucional concreto, la consulta de constitucionalidad puede suscitarse en toda causa; debido a ello, el artículo 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el primer inciso, determina como su finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, para lo cual, según el segundo inciso, el juzgador debe tener siempre presente el principio de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales².

En tal virtud, el juzgador de una causa debe determinar: 1) cuál es la norma aplicable al caso concreto; 2) definir si su aplicación resuelve el asunto; y, 3) establecer si la norma a aplicarse para resolver el caso no contraría disposiciones constitucionales (derechos y normas constitucionales) o del bloque de constitucionalidad (instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución).

¹ Art. 428.- 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.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

² Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En este ejercicio el juzgador que ha determinado la norma a aplicarse para resolver el caso, se involucra en tres situaciones respecto de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad: 1) contar con la certeza de que dicha norma no las contraría (caso en el cual aplica la norma y resuelve el asunto); 2) contar con la seguridad de que dicha norma las contraría (caso en el cual opera la aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad); y, 3) no contar con la certeza ni con la seguridad antes referidas, generándose una duda en cuanto la norma a aplicarse para resolver el caso, contraría o no la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución (caso en el cual procede la consulta de constitucionalidad).

En este sentido, el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reitera el principio de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales, pues los juzgadores las aplicarán sin necesidad de que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía (inciso primero); ratifica que el juzgador suspenderá la tramitación de la causa y remitirá la consulta de constitucionalidad para su resolución por la Corte Constitucional en un plazo no mayor a 45 días *“sólo si tienen duda razonable y motivada”* de que la norma es contraria a disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad (inciso segundo); señala que si la Corte Constitucional no se pronuncia dentro del plazo de 45 días, el juzgador deberá seguir sustanciando el proceso, y una vez emitida la resolución de la Corte Constitucional no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección para la parte perjudicada de recibir un fallo contrario a dicha resolución (inciso tercero); precisa que no suspenderá la tramitación de la causa cuando la norma jurídica impugnada sea *“resuelta en sentencia”* (inciso cuarto); y ordena que no se computará para efectos de la prescripción el tiempo de suspensión de la causa (inciso quinto)³.

³ Art. 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de 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, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional.

d



La generación en el juzgador de la indicada “*duda razonable y motivada*” es el elemento primordial del control constitucional concreto, puesto que si no cuenta con la certeza y seguridad acerca de la constitucionalidad de la norma que ha determinado es aplicable para resolver el caso, procede la suspensión de la tramitación de la causa para que la Corte Constitucional dilucide dicha duda, como máximo órgano de interpretación constitucional, conforme los artículos 429 inciso primero y 436 numeral 1 de la Constitución⁴.

No procede la suspensión de la tramitación de la causa para remitir la consulta de constitucionalidad, cuando no se configura la “*duda razonable y motivada*” que da lugar a la consulta de constitucionalidad para la máxima interpretación de la Corte Constitucional, sino que en su lugar, el juzgador determinaría que la norma aplicable al caso sea “*resuelta en sentencia*”, contando para el efecto con el principio jerárquico de solución de antinomias, contemplado en el artículo 425 inciso segundo de la Constitución, y con el principio de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 426 inciso segundo de la Constitución⁵.

En este contexto, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en el caso N.º 0010-09-CN, emitió la Sentencia N.º 010-10-SCN-CC del 03 de junio de 2010, mediante la cual negó la consulta de constitucionalidad, al considerar que esta procede ante duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma a aplicarse para resolver el caso, así:

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

⁴ Art. 429.- Inciso Primero.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

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

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

⁵ Art. 425.- Inciso Segundo.- 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.

Art. 426.- Incisos Segundo.- 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.

“CUARTO: De las normas constitucionales y legales transcritas se establece que es potestad del juez, solo si tiene duda razonable o considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional; por tanto, si bien alguna de las partes puede solicitar que tal norma jurídica se eleve en consulta por ser contraria a la Constitución, únicamente le corresponde al Juez, de considerarlo pertinente, elevar la consulta a la Corte.

...Es decir, que si los jueces tenían el convencimiento de que no había duda respecto a la constitucionalidad de la norma aplicable, en el caso, el artículo 343 del Código de Procedimiento Penal reformado, no debían elevar en consulta a la Corte Constitucional.”

La consulta de constitucionalidad en el caso concreto

Conforme se evidenció en los antecedentes, la consulta de constitucionalidad del inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público se suscita dentro de la acción de protección N.º 0418-2011-MP tramitada por el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia Adjunto de Pichincha. Al respecto, cabe plantear los siguientes problemas jurídicos:

En las garantías jurisdiccionales, como la acción de protección, ¿cabe la consulta de constitucionalidad?

Las garantías jurisdiccionales son acciones de carácter constitucional que generan un proceso judicial, puesto que de conformidad con el artículo 86 numeral 3 inciso primero de la Constitución, en ellas el juez “resolverá la causa mediante sentencia” luego de “constatarse la vulneración de derechos”, caso en el cual deberá “individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial”. Por esta razón, el artículo 86 numeral 3 inciso final de la Constitución expresamente se refiere a que dentro de las garantías jurisdiccionales “**Los procesos judiciales** sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución”.

Siendo así, el artículo 141 primer inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que dispone como finalidad del control concreto de constitucionalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas “**dentro de los procesos judiciales**”, debe entenderse que comprende a todas las garantías jurisdiccionales concebidas como acciones de carácter constitucional que generan “procesos judiciales”, y consecuentemente, cuando se refiere al control concreto de constitucionalidad

d



deben tener el mismo tratamiento que la consulta de constitucionalidad realizada en cualquier otro proceso ordinario.

De allí que la consulta de constitucionalidad no se encuentra limitada únicamente para los procesos de la jurisdicción ordinaria, sino también a todas y cada una de las acciones de las garantías jurisdiccionales, en el presente caso, la acción de protección.

¿Existe duda razonable y motivada en la argumentación del juez consultante?

Dentro de la acción de protección N.º 0418-2011-MP tramitada por el Juez Tercero de la Niñez y Adolescencia Adjunto de Pichincha, el accionante, doctor Cristóbal Edmundo Alarcón Falconí, la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General del Estado, reconocen la existencia de absoluciones de consulta del Ministerio de Relaciones Laborales con relación al caso concreto.

Consta que mediante oficio N.º 03219-AP-2010 del 08 de diciembre del 2010, el señor Adjunto Primero del Defensor del Pueblo (s) dirigió al señor viceministro del servicio público del Ministerio de Relaciones Laborales la siguiente consulta:

“...1.Existe un servidor que ingreso a la institución el año 1999, según información otorgada por el Ministerio de Relaciones Laborales y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social consta como jubilado el 30 de junio de 1972, pregunto ¿tiene este servidor jubilado derecho a la compensación que establece el Art. 129 de la LOSEP (jubilación), o a que beneficio debería acogerse?”

...4.A partir de la expedición de la Ley Orgánica de Servicio Público publicada en el Registro Oficial No. 294 del 6 de octubre del 2010, en su Art. 81 manifiesta que los servidores y servidoras que cumplen setenta años de edad y cumplan con los requisitos de jubilación obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto, pregunto ¿hasta cuando tienen plazo las instituciones para dar cumplimiento aún sin que exista reglamento o procedimientos establecidos para el efecto?...”
(Copia certificada constante a foja 57 del expediente 418-2011-MP).

Y que el señor viceministro de relaciones laborales del Ministerio de Relaciones Laborales, mediante oficio N.º MRL-AGRH-2010 0012549 del 30 de diciembre del 2010, en contestación al oficio N.º 03219-AP-2010 del 08 de diciembre del 2010 del señor Adjunto Primero del Defensor del Pueblo (s), manifestó:

“...Respecto a la primera y cuarta consultas, el artículo 81 inciso cuarto, de la mencionada Ley Orgánica del Servicio Público, señala que las servidoras/es de las instituciones señaladas en el artículo 3, cumplidos los sesenta y cinco (65) años de edad, habrán llegado al tope máximo de su carrera en el servicio público independientemente del grado en que se encuentren, sin que puedan ascender.

... El sexto inciso, dispone que las servidoras/es a los setenta (70) años de edad, que cumplan los requisitos establecidos en las leyes de seguridad social para jubilación, obligatoriamente tendrán que retirarse del servicio público y cesarán en su puesto, percibirán una compensación conforme a la Disposición General Primera.

La Disposición General Primera, de la Ley íbidem, determina que el monto de la indemnización por supresión de partida del personal de las instituciones, entidades y organismos determinados en el artículo 3, será igual al indicado en el artículo 129.

El artículo 129, determina que los servidores de los organismos sujetos a la Ley Orgánica del Servicio Público, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a percibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, para cuyo efecto se realizarán las reformas presupuestarias correspondientes, en función de la disponibilidad fiscal existente.

...El inciso tercero del citado artículo establece que “En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente”.

...En vista de la derogatoria de la LOSCCA y la vigencia de la Ley Orgánica del Servicio Público, al momento el Proyecto de Reglamento General, está siendo elaborado para su posterior expedición por parte del Presidente de la República...”. (Copia certificada constante a foja 58 del expediente 418-2011-MP).

d Adicionalmente, según la afirmación de las partes, se han emitido posteriores absoluciones de consultas por parte del Subsecretario de Políticas y Normas y del Viceministro del Servicio Público del Ministerio de Relaciones Laborales (oficio N.º MRL-PyN-2011 0001283 del 26 de enero del 2011 y oficio N.º MRL-PyN-2011 0001329 del 27 de enero de 2011, respectivamente, cuyas copias simples



constan incorporadas al expediente de fojas 26 a 29 el expediente 418-2011-MP), sobre los cuales las partes han manifestado su posición.

De todo ello se colige que el juez consultante, al argumentar la consulta la constitucionalidad del inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público, no ha determinado cómo su aplicación para resolver el caso concreto devendría en inconstitucional.

Las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad que cita el juez consultante, se refieren a una supuesta discriminación por razones de edad (cesación de funciones obligatoria para los servidores de 70 años); cuando se desprende que en el caso concreto, el accionante manifiesta su voluntad de no reincorporarse al puesto (pues no ha aceptado la propuesta de reincorporación), sino que en definitiva, el asunto se circunscribe a dilucidar la situación jurídica del pago de la compensación económica, para lo cual se han realizado las consultas al Ministerio de Relaciones Laborales que ha expedido sus absoluciones (de las cuales las partes han manifestado sus posiciones).

En definitiva, la consulta de constitucionalidad no procede, por cuanto el juez consultante no ha determinado cómo la norma aplicable para resolver el asunto (lo cual implica que la norma ha de aplicarse a las circunstancias del caso concreto) contraría las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad, sin que conste en su argumentación la manera en que la aplicación concreta de la norma al caso a resolver deviene en inconstitucional (pues no basta la enunciación de que una norma contraría la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino que se debe conectar la aludida inconstitucionalidad a la aplicación de la norma al caso concreto).

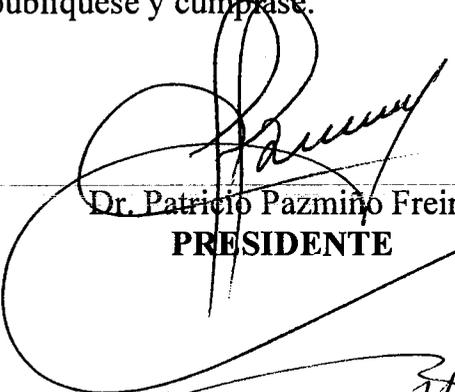
Por lo tanto no se configura la “duda razonable y motivada” que el Juez Consultante debe argumentar para la procedibilidad de la consulta de constitucionalidad, debiendo en su lugar dicho juzgador proceder a que la situación jurídica del caso concreto sea “resuelta en sentencia”.

III. DECISIÓN

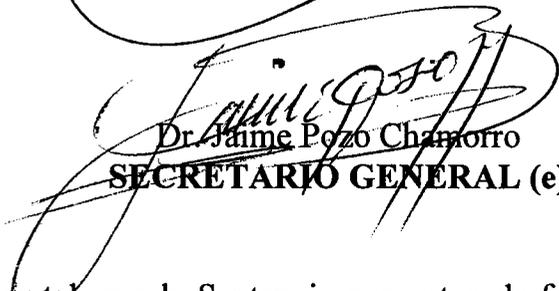
En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la consulta de constitucionalidad del inciso final del artículo 81 de la Ley Orgánica del Servicio Público.
2. Devolver el expediente al juez consultante para que continúe con la sustanciación de la causa.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.



Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE



Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (e)

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Manuel Viteri Olvera, en sesión del día miércoles dieciséis de noviembre del dos mil once. Lo certifico.



Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (e)

JPCH/ccp/agg





CORTE
CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional, para el período de transición, el día miércoles veintitrés de noviembre del dos mil once. Lo certifico.



Dr. Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL (e)