

Quito, D. M., 17 de julio de 2013

**SENTENCIA N.º 005-13-SAN-CC**

**CASO N.º 0071-11-AN**

**CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**I. ANTECEDENTES**

**Resumen de admisibilidad**

El señor Luis Alfonso Freire Cruz, amparado en lo establecido en el artículo 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República presentó acción por incumplimiento del artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2, en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS).

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el secretario general (e), el 21 de octubre de 2011, certificó que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

La Sala de Admisión integrada por los jueces constitucionales Nina Pacari Vega, Patricio Pazmiño Freire y Alfonso Luz Yunes, en atención a las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el artículo 197 y la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial N.º 52 del 22 de octubre de 2009, avocó conocimiento de la presente causa, y sin que implique un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión del actor, admitió a trámite la causa N.º 0071-11-AN.

De conformidad con el sorteo efectuado en sesión extraordinaria del Pleno del Organismo, correspondió la sustanciación de la presente causa al juez

constitucional Patricio Pazmiño Freire, quien mediante auto del 14 de mayo de 2012, avocó conocimiento de la presente causa.

El 6 de noviembre de 2012, se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la Primera Corte Constitucional, integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República.

De conformidad con el sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del 29 de noviembre de 2012, correspondió la sustanciación de la causa al juez constitucional Patricio Pazmiño Freire, quién avocó conocimiento de la misma el 18 de diciembre de 2012.

### **Detalle de la demanda**

El señor Luis Alfonso Freire Cruz demanda el incumplimiento por parte de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (en adelante EPMAPS) del artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2.

El accionante manifiesta que el artículo 8 del Mandato N.º 2 en su parte pertinente regula lo atinente a las liquidaciones e indemnizaciones, disponiendo que el monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio hasta un monto máximo de doscientos (210) salarios en total.

Que en virtud del contenido de esta disposición, presentó la renuncia a su cargo dentro de la EPMAPS, el 11 de agosto del 2009, misma que fue aceptada el 17 de agosto del mismo año, es decir con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el Mandato que hoy se demanda su incumplimiento.

Indica que la norma cuyo incumplimiento se demanda contiene una obligación clara de hacer, esto es, el pago de una indemnización por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, misma que será de hasta 7 salarios hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, y que además es una obligación expresa; por cuanto el artículo 2 literal c del referido Mandato, dispone la aplicación inmediata y obligatoria en empresas del régimen seccional autónomo, lo cual configura que la obligación sea exigible, toda vez que genera derechos que deben ser respetados.





Considera que el incumplimiento ha violentado su derecho a la igualdad, por cuanto ha sido tratado con clara discriminación y falta de trato igualitario por parte de la EPMAPS frente a la ley. Así también menciona que se ha vulnerado su derecho a la seguridad jurídica, por cuanto el no haberle pagado el incentivo por jubilación, al amparo del Mandato Constituyente N.º 2, infringe claramente la garantía constitucional establecida en el artículo 82 de la Norma Fundamental.

En ese sentido alega que el monto que le corresponde recibir es el establecido en el Mandato N.º 2, pues tiempo después de la expedición de dichas normativas, se empezaron a emitir normas inferiores que cambiaron el sentido pero sobre todo el monto a recibir. Por lo que a la fecha en que fue aceptada su renuncia solo estaba vigente el Mandato Constituyente N.º 2.

Al respecto, considera que los mandatos constituyentes son de obligatorio cumplimiento y están por encima de cualquier otra norma que se le oponga, pues el organismo que los emitió estaba dotado de plenos poderes, razón por la cual, alega que los mandatos no pueden entrar en conflicto con la legislación secundaria, puesto que se pondría en entredicho la autoridad de la Asamblea Constituyente.

### **Petición concreta**

Solicita que la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potables y Saneamiento de Quito, cumpla con el Mandato Constituyente N.º 2, vigente a la fecha de su renuncia y de su aceptación, lo cual derivará en el pago del incentivo de jubilación.

### **Constancia del reclamo previo**

Consta a fojas tres a siete del expediente, el oficio del 1 de agosto de 2013, mediante el cual el legitimado activo solicitó a la EPMAPS el pago del incentivo por retiro voluntario para acogerse a la jubilación por vejez. Documento que fue ingresado en la misma fecha y que no ha recibido contestación por parte de la entidad obligada.

### **Contestación a la demanda**

El doctor Juan Fernando Aguirre Ribadeneira, en calidad de procurador judicial del ingeniero Othón Cevallos Moreno, gerente general y representante legal de la

Empresa Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito, en contestación a la demanda de acción por incumplimiento planteada en contra de su representada manifiesta:

Que la demanda planteada por el accionante, por más que su pretensión aparentemente persiga el supuesto incumplimiento de la norma, no queda la menor duda que lo que realmente reclama es el pago de la indemnización contemplada en el artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2, razón por la que la vía escogida es errada e improcedente, ya que si el accionante estaba en desacuerdo con la liquidación entregada y siendo este un asunto de mera legalidad, podía haber ejercido el derecho de impugnación contemplado en el artículo 173 de la Constitución, es decir que debía acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, mismos que tienen competencia para el conocimiento y resolución de las impugnaciones de los actos administrativos generados por la administración pública.

Considera que el accionante no toma en cuenta que el Mandato establece un presupuesto jurídico para el cumplimiento del pago de la indemnización, requisito que es previo al otorgamiento de ese beneficio y que consiste en que el ente público debe planificar el número de renunciadas a ser tramitadas en cada ejercicio económico, contando con el financiamiento respectivo.

En ese sentido, alega que de la documentación entregada en la audiencia pública, se desprende que existe las respectivas certificaciones de los departamentos de Gestión de Talento Humano y de Gestión Presupuestaria, en los que consta que durante los ejercicios fiscales 2009 y 2010, la Empresa que representa no estableció ningún plan de retiro voluntario para quienes deseen acogerse a la jubilación, por lo que no se designaron presupuestos para emprender dicho plan, razón por la que no se podía aplicar el referido Mandato. En esa línea, indica que el único plan de jubilación de la Empresa corresponde al aprobado en el año 2011.

Al respecto argumenta que existe varios pronunciamientos del procurador general del Estado (cuyas copias entregó en la audiencia) en los que se establece que el pago de indemnización por retiro voluntario, establecido en el Mandato N.º 2, procede únicamente cuando la entidad pública haya realizado la planificación y por lo tanto exista el presupuesto correspondiente, pues sin el cumplimiento de estas condiciones, señala que la Procuraduría General, ha establecido que no procede pago alguno por este concepto, en tal virtud en el año

2009 en la empresa que representa no existió ningún plan de retiro voluntario ni tampoco con el presupuesto respectivo.

Finalmente, alega que no existe ninguna vulneración a los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, puesto que el argumento de que a otros empleados de otras entidades públicas se les ha cancelado el valor establecido en el Mandato N.º 2, debe haber sido porque en dichas entidades si existió la planificación y programación presupuestaria, por lo que situaciones jurídicas de otras instituciones no pueden ser tomadas como sustento para el presente reclamo.

En cuanto a la seguridad jurídica, argumenta que efectivamente el establecimiento de esos requisitos previos, esto es contra con un plan y con el presupuesto respectivo, tiene la finalidad de garantizar y respetar la seguridad jurídica, a que interpretarlo de otra manera sería violentar ese orden.

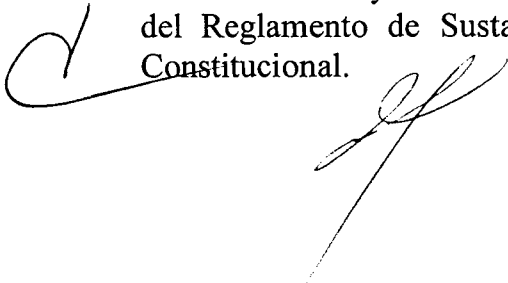
En base a lo expuesto solicita que por improcedente se deseche la acción por incumplimiento, pues considera que en el fondo, la pretensión del accionante busca el pago de una indemnización que no corresponde a la esfera constitucional.

El doctor Marcos Arteaga Valenzuela, director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado comparece a señalar casilla constitucional para futuras notificaciones.

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

### **Competencia de la Corte**

La Corte Constitucional, es competente para conocer y resolver sobre las acciones por incumplimiento, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en los artículos del 52 al 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y de acuerdo con los artículos 32 y 33 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.



### **Norma cuyo cumplimiento se demanda**

La demanda alude incumplimiento del artículo 8 del Mandato Constitucional N.º 2, aunque la pretensión se concreta en el cumplimiento del primer inciso del referido artículo. Al efecto la norma señalada dispone:

Primer inciso del artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2:

“El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso”.

### **Naturaleza de la acción por incumplimiento**

El artículo 436 numeral 5 de la Constitución atribuye a la Corte Constitucional la facultad para: “conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”.

El fundamento de esta acción radica en la necesidad de garantizar el cumplimiento del sistema jurídico ante la presencia de omisiones en la observancia de los mandatos de las normas jurídicas; la acción por incumplimiento constituye un mecanismo que permite la vigencia del sistema jurídico, cuya consecuencia es la garantía de la seguridad jurídica, en tanto determinados incumplimientos no pueden ser superados por vía de las garantías de derechos ni en la vía ordinaria.

d

Al respecto, esta Corte ha determinado los presupuestos bajo los que opera la nueva garantía jurisdiccional de derechos, en la siguiente forma:

“En cuanto a su objeto:

- a) Garantizar la aplicación de las normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza y jerarquía, que integran el sistema jurídico.
- b) Garantizar el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto a los requisitos para su procedibilidad:

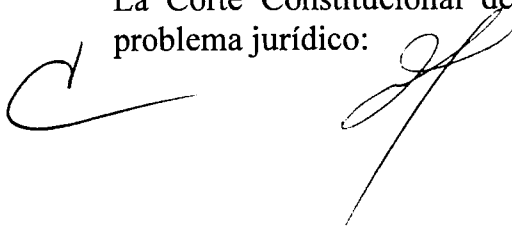
- a) La norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue debe contener una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible.
- b) Deberá verificarse que la norma, acto administrativo de carácter general, sentencia o informe de organismos internacionales de Derechos Humanos, no sea ejecutable por las vías judiciales ordinarias”<sup>1</sup>.

Que exista el reclamo previo, esto es la persona accionante previamente reclame el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla y que la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, a fin de que se configure el incumplimiento.

Esta acción pone a disposición un mecanismo que permite exigir a las autoridades la realización de un deber que ha omitido cumplir, en procura de la plena vigencia de las leyes y actos administrativos de carácter general, así como, decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, haciendo frente al voluntarismo o discrecionalidad en su cumplimiento.

### **Análisis constitucional**

La Corte Constitucional desarrollará su argumentación a partir del siguiente problema jurídico:



<sup>1</sup> Corte Constitucional, para el período de transición, sentencia 002-09-SAN-CC, 2 de abril de 2009.

**¿La norma cuyo cumplimiento se demanda contiene una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible?**

Para resolver el problema jurídico planteado, nos remitiremos en primer término a lo señalado en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determina:

“La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible”.

Conforme el texto transcrito para que proceda la acción por incumplimiento, garantía jurisdiccional, es necesario la existencia de una “obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible”. Adicionalmente, el artículo 54 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, prevé que para que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente debe reclamar el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla, y si esta no contesta el reclamo en un término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento. Solo de esta forma, las normas que integran el sistema jurídico ecuatoriano pueden lograr una real aplicación.

En tal virtud, se reitera que la acción por incumplimiento procede fundamentalmente frente a la existencia de dos presupuestos, a saber:

- 1.- Cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contiene una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible.
- 2.- La existencia de un reclamo previo, a quien debe satisfacer dicha obligación.

De esta forma, el constituyente consagra esta garantía jurisdiccional, diferenciándola de las demás y dotándola de contenido, estableciendo claramente los parámetros de procedencia de la acción. En este escenario, corresponde determinar si la norma cuyo cumplimiento se demanda contiene tal obligación o no.





Del texto de la demanda, se colige que el accionante presenta acción por incumplimiento del artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2, en contra de la Empresa Pública Metropolitana de Agua Potable y Saneamiento de Quito (EPMAPS). En su criterio, la norma demandada contiene una obligación clara de hacer, esto es, el pago de una indemnización por renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación de hasta 7 salarios hasta un máximo de 210 salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado, y que además, es una obligación expresa, por cuanto el artículo 2 literal c del referido Mandato, dispone la aplicación inmediata y obligatoria en empresas del régimen seccional autónomo, todo lo cual configura que la obligación sea exigible. De esta forma, el accionante busca el cumplimiento de la norma mencionada, con la finalidad que se le reconozca el incentivo por jubilación, al haber presentado su renuncia, y no habersele cancelado los montos máximos establecidos en el Mandato de la referencia.

En este sentido, identificada la norma cuyo cumplimiento se exige, esto es el artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2, se procederá a examinar el contenido de la misma.

Para el efecto, resulta relevante reseñar algunos aspectos respecto a la norma en mención. Así, la Asamblea Nacional Constituyente, dotada de plenos poderes en representación de la soberanía popular, aprobó el Mandato Constituyente N.º 2, publicado en el suplemento del Registro Oficial N.º 261 del 28 de enero de 2008.

El objetivo del referido Mandato, conforme sus considerandos, es el siguiente: "1) Que la Asamblea Nacional Constituyente debe contribuir a erradicar los privilegios remunerativos y salariales, eliminando las distorsiones generadas por la existencia de remuneraciones diferenciadas que se pagan en algunas entidades públicas, y 2) Que algunas entidades del Estado o que se financian con recursos del sector público, a pretexto de su autonomía, han fijado remuneraciones mensuales y salarios que violentan el principio básico de: "a igual trabajo, igual remuneración"; es decir, que el Mandato tuvo como objetivo establecer las bases que permitieran superar desviaciones injustificadas en el sistema remunerativo que existía en el sector público.

Ahora bien, la norma textualmente señala lo siguiente:

“El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con

excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso”.

Como se observa, la norma jurídica transcrita estableció el monto máximo de la indemnización por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público. Monto que se traduce en la determinación de límites máximos a percibir por concepto de indemnizaciones y liquidaciones por eventos que significan la desvinculación de los servidores públicos de sus respectivas instituciones.

En este punto, debe recordarse lo manifestado por la Corte Constitucional, para el período de transición, en el sentido de que “el alcance del Mandato Constituyente No. 2 -con el carácter de generalidad-se orienta a establecer los topes máximos para las liquidaciones por jubilación, sean éstas por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público. A través de aquello se tiende a corregir ciertas desigualdades o ‘abusos’ cometidos por instituciones estatales en este sentido, cuya incidencia negativa recaía en perjuicio del erario nacional, cuya propiedad pertenece a todos los ecuatorianos. El referido Mandato Constituyente No. 2, efectivamente tiene un alto contenido de razonabilidad, en tanto, busca la igualdad material, y en el supuesto en que se pretenda asumir la razonabilidad en donde se produce una desigualdad, ésta contiene una justificación objetiva y razonable”<sup>2</sup>.

De esta forma, se trata entonces de una disposición general, que tiende a regular y fijar los montos máximos de indemnización a percibir, por supresión de partidas, retiro voluntario o renuncia voluntaria de las y los servidores públicos.

Es decir, la norma contenida en el Mandato Constituyente N.º 2, conlleva una obligación de hacer la verificación de hasta un monto límite, más no al

<sup>2</sup> Corte Constitucional, para el período de transición, Caso N.º 0040-09-AN.

establecimiento de un monto fijo que debe ser cancelado al momento de calcular las liquidaciones.

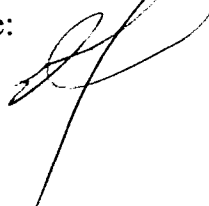
Para que se configure el incumplimiento de norma, es necesario que se configure “una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible”, que consagró el legislador en la norma, y que la autoridad pública, o las personas naturales o jurídicas particulares que actúan o deban actuar en ejercicio de funciones públicas o presten servicios públicos, se abstienen de cumplirla, incurriendo con su proceder en un incumplimiento de norma jurídica, o de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que esta Corte deba declarar.

En el caso concreto, existe una “obligación de hacer clara, expresa y exigible”, pero relativa de hasta que monto se debe cancelar más no a la fijación de un monto. El problema surge cuando la falta de cumplimiento que alega el accionante, proviene de un problema de interpretación que sobre la norma realiza el accionante, que no es coincidente con la expresada por la autoridad nominadora al momento de realizar el cálculo. Es decir, la inconformidad del accionante en este caso, no busca obtener el pago del monto de la indemnización por su renuncia voluntaria para acogerse a la jubilación, sino a obtener una reliquidación de lo pagado. En este evento, la Corte Constitucional no puede, vía acción por incumplimiento, interpretar la norma y determinar que la autoridad pública ha obrado o no en armonía con lo ordenado en el artículo 8 del Mandato Constituyente N.º 2, porque tal hecho no responde a la naturaleza de dicha acción, y sobre todo, porque conforme se ha mencionado no existe una obligación clara, expresa y exigible de pagar un monto determinado.

De esta forma, esta Corte considera que en el presente caso, no se configura la obligación de hacer, clara, expresa y exigible reclamada por el accionante, requisito indispensable para la procedencia del incumplimiento de norma planteado, de acuerdo con la Constitución, la ley de la materia y la jurisprudencia constitucional.

### III. DECISIÓN

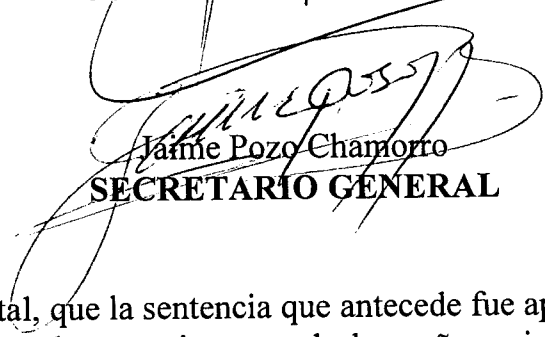
En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional expide la siguiente:



## SENTENCIA

1. Declarar que no existe vulneración de derechos constitucionales.
2. Negar la acción por incumplimiento planteada por el accionante.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

  
Patricio Pazmiño Freire  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

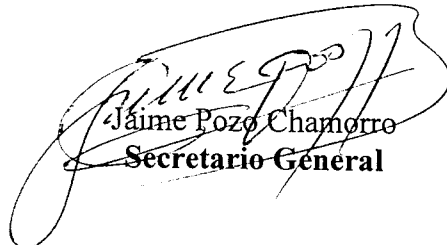
  
Jaime Pozo Chamorro  
**SECRETARIO GENERAL**

**Razón:** Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con seis votos de los señores jueces y señoras juezas: Antonio Gagliardo Loor, María del Carmen Maldonado Sánchez, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia de los jueces Marcelo Jaramillo Villa, Wendy Molina Andrade y Tatiana Ordeñana Sierra, en sesión ordinaria del 17 de julio de 2013. Lo certifico.

  
Jaime Pozo Chamorro  
**SECRETARIO GENERAL**

**CASO No. 0071-11-AN**

**RAZÓN.-** Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el juez Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional, el día viernes 26 de julio de dos mil trece.- Lo certifico.



Jaime Pozo Chamorro  
**Secretario General**

JPCH/lcca