

Anyela Stefania Hermosa Jiménez

Inconstitucionalidad del Art. 216 del Código del Trabajo referente a Jubilación Patronal

RESUMEN: El presente trabajo investigativo resalta las características innovadoras de la nueva filosofía constitucional en el Ecuador, esto es, el Estado Constitucional de Derechos a través del análisis de los instrumentos y garantías orgánicas creadas por el constituyente para proteger los preceptos constantes en la Constitución. En este contexto, se aborda el contenido de una ordenanza expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas y se examina su unidad, coherencia y armonía con los principios, garantías y derechos previstos en la Constitución ecuatoriana con el objeto de determinar su constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE: Inconstitucionalidad; Control constitucional; Garantías.

Unconstitutionality of Art. 216 of the Labor Code regarding Employer's Retirement

ABSTRACT: The present investigative work highlights the innovative characteristics of the new constitutional philosophy in Ecuador, that is, the Constitutional State of Rights through the analysis of the organic instruments and guarantees created by the constituent to protect the constant precepts in the Constitution. In this context, the content of an ordinance issued by the Municipal Decentralized Autonomous Government of Calvas Canton is addressed and its unity, coherence and harmony with the principles, guarantees and rights provided for in the Ecuadorian Constitution are examined in order to determine its constitutionality.

KEYWORDS: Unconstitutionality; Constitutional Contro; Guarantees.

Introducción

Dentro del presente artículo se realizará un minucioso análisis respecto a Constitucionalidad de lo previsto tanto en los artículos 216 del Código del Trabajo, así como las disposiciones previstas en la ordenanza que regula la

► **Anyela Stefania Hermosa Jiménez**, Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Estatal Península de Santa Elena, Ecuador. **Autor de correspondencia:** (✉) hermosa.anyelas@gmail.com — **iD** <http://orcid.org/0009-0003-8301-8037>

jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Calvas. Para cuyo efecto se establecerá un marco de análisis a partir del Derecho Constitucional, sus principios de aplicación, garantías constitucionales con un breve énfasis en la Acción de Inconstitucional, así como el control de Constitucionalidad en Ecuador; finalmente se profundiza en el caso concreto a través de un examen del caso antes mencionado, esto es la ordenanza emitida por el GAD del cantón Calvas.

Desarrollo

El origen del derecho Constitucional se remonta al proceso de la revolución británica, cuyo culmen trajo consigo el establecimiento de un régimen político con bases en una Constitución de carácter no escrito y consuetudinaria. A partir de lo cual se crean los primeros instrumentos escritos, que buscan fijar límites a los poderes políticos, así como organizar la estructura estatal (Ortega, 2008, p. 331).

Surgen entonces conceptos que serán fundamentales en la redacción de futuras Constituciones, como el control de constitucionalidad y la teoría del doble pacto social en estados democráticos, como medios para garantizar los derechos individuales.

Con estos primeros esbozos del Constitucionalismo surgen también sus primeras nociones conceptuales, que nos pueden trasladar a definir al derecho Constitucional contemporáneo como una rama del derecho público que contiene el conjunto de normas que prevén los principios, derechos, organización, estructura y garantías para funcionamiento y estabilidad de un Estado. A partir de lo cual se desarrolla la interacción sociedad—Estado, y en esa medida se mantiene un sistema político social cimentado derechos y libertades.

Así, el modelo Constitucional nos remite a las concepciones jurídicas conocidas como Estado de Derecho y primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos (Montaña, 2012, p. 92).

Bajo lo cual la primera fuente de derecho es la ley, comprendida como acto normativo irresistible y supremo.

Al hablar de las fuentes del Derecho Constitucional, se debe considerar el cambio de paradigma ecuatoriano que trajo consigo la incorporación de nuevas fuentes del derecho. La primera y la más clásica es, la Constitución, de cuya aplicación directa se hablará más adelante; la ley; los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como demás derechos derivados de la dignidad humana; la jurisprudencia; la doctrina; y de acuerdo con algunos autores la costumbre y el derecho comparado.

Para el caso, referiremos de manera breve a las tres fuentes principales del modelo latinoamericano, partiendo así de la Constitución como fuente directa. En esta línea (Álvarez Conde 1999, p. 148) señala que: «Todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución, convirtiéndose ésta en expresión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado».

Así, la Constitución posee una doble naturaleza, la primera como norma jurídica y suprema, por tanto, fuente de derecho, a la vez que es la norma que regula su propio sistema de fuentes. En ese sentido el propio concepto de Carta Magna implica la jerarquización entre normas, situando a los preceptos Constitucionales en una eficacia jurídica tal que la incompatibilidad de cualquier otra ley con esta implica la inaplicación de estas.

Por otro lado, una de las fuentes del derecho más popularizadas para el neoconstitucionalismo ecuatoriano ha sido los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuyas previsiones jurídicas pudiesen, de tener un contenido más favorable, ser aplicadas incluso por encima de la Constitución. Así, estos instrumentos se encuentran divididos en lo que se conoce como hard y soft law.

El hard law representa todos aquellos tratados, convenios o protocolos que, una vez ratificados poseen fuerza vinculante y por tanto de obligatorio cumplimiento para los estados parte; mientras que el soft law comprende los instrumentos que carecen de carácter vinculante, siendo enunciados o

recomendaciones, que fungen como directrices para la actuación de los Estados, pero carecen de mecanismo de aplicación.

Una de las fuentes más importantes del derecho constitucional es la jurisprudencia, como un medio para la concreción del ordenamiento jurídico; al respecto (Ruiz, A. 2015, p. 63) ha señalado que: «La jurisprudencia constitucional asume su condición de nueva fuente directa en la función creativa del derecho, principalmente a través de los precedentes y reglas jurisprudenciales necesarios para la adecuada aplicación de los derechos constitucionales, mediante el sistema de garantías jurisdiccionales».

Se puede decir que la jurisprudencia constitucional tiene la finalidad de perfeccionar el derecho, supliendo los vacíos de otras fuentes, a través de la aplicación de principios y métodos de interpretación, fortaleciéndose así el ámbito de protección de los derechos.

Una vez establecidas las fuentes del derecho Constitucional, es prioritario hablar de la Carta Magna, a partir de sus componentes, esto su parte dogmática y su parte orgánica. La parte dogmática establece los fines de la organización política, así como las garantías como medias para la consecución de los derechos previstos en la misma; mientras que la parte orgánica determina la organización del Estado a la vez que divide al poder público; en el caso ecuatoriano en cinco funciones: legislativa, ejecutiva, judicial, electoral, transparencia y control social.

Así, (Valladarez y Zumba 2010, p. 7) definen a la parte dogmática como el «conjunto de normas que establecen los principios básicos que orientan la vida del Estado y los derechos de las personas». En cierto sentido, se puede decir que esta sección de la constitución recoge las aspiraciones de los Estados.

Hay doctrinarios que apuntan al apartado de las garantías como parte de esta sección dogmática, mientras que otros la denominan como una tercera sección de la Constitución, lo cierto más allá de aquello, es que este apartado se vuelve fundamental en la cristalización de los derechos.

De acuerdo a la doctrina las garantías se clasifican en dos, primarias y secundarias; las primeras comprenden al sistema jurídico en sí, es decir el marco

a través del cual se otorgan ciertas competencias y se regulan los derechos de las personas. Mientras que las secundarias se encuentran a su vez divididas en dos, las políticas como lo son las políticas públicas, y las garantías jurisdiccionales que son aquellas emanadas de la función jurisdiccional.

Garantías

El término *garantista* que rodea a la Constitución del 2008 proviene de los mecanismos previstos dentro de aquella para la materialización de los derechos reconocidos, de tal manera que estos últimos no se conviertan en meros enunciados, tal como menciona (Castro 1993, p. 45):

La transformación conceptual más destacada fue la de procurar que se cambie el concepto mismo de libertad y derechos pasando, de entenderlas como unas simples nociones teóricas formuladas abstractamente para todos, una especie de proyecto o programa de ejecución gradual, a convertirlos en exigibilidades reales, inmediatas y garantizadas.

Tal como fue mencionado en un apartado previo, la Constitución ecuatoriana prevé tres tipos de garantías, que son las normativas, políticas y jurisdiccionales. Respecto a las garantías normativas, están hacen referencia a la fuerza vinculante que poseen los derechos constitucionales al enfrentarse a poderes públicas, los procesos para reformar la constitución, así como la reserva de ley en cuanto a las potestades de la Asamblea Nacional, y se caracterizan por ser primarias, preventivas, universales, formales y materiales.

Finalmente, las garantías jurisdiccionales son aquellas que por su carácter de secundario se activan cuando los derechos de una persona, grupo de personas o, en el caso particular de Ecuador, la naturaleza, presentan amenazas o violaciones, materializándose así a través del acceso a un órgano del poder judicial.

En Ecuador estas garantías se encuentran previstas en la Constitución, y desarrolladas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, encontrándose entre las principales: la acción de protección, hábeas data, hábeas corpus, acción

de acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, entre otras muchas, menos conocidas, como las acciones de inconstitucionalidad, materia de estudio a lo largo de este trabajo.

La acción de inconstitucionalidad, a diferencia de la mayoría de garantías jurisdiccionales, es ejercida a través del control concentrado de la Corte Constitucional, previo requerimiento o por control obligatorio o de oficio, respecto a actos normativos y actos administrativos de carácter general.

Esta tiene por finalidad, el remover del ordenamiento jurídico una norma, así como normas directamente conexas, que por su forma o fondo sean contrarias la Constitución o al bloque de Constitucionalidad. El ejercicio de esta acción puede ser demandada por personas naturales, colectivos, instituciones públicas e incluso a nombre de personas jurídicas; y cuyos actos impugnables no se encuentran distinguidos, yendo desde leyes orgánicas hasta ordenanzas y reglamentos.

Principios

Ahora bien, el paradigma constitucional antes descrito se cristaliza en la práctica a través de la aplicación de las normas previstas en el ordenamiento jurídico con estricta sujeción a los principios emanados por la principal fuente del Derecho, es decir, la Constitución. Sin embargo, la escueta y simplista aplicación de la ley en su sentido más rígido al margen del contexto que genera un conflicto jurídico es insuficiente para consagrar un verdadero Estado Constitucional de Derechos, siendo necesario indispensablemente la aplicación de los principios bases instaurados en nuestra Carta Magna.

Así, la configuración de los principios en nuestro modelo constitucional actual resulta por lo menos relevante, pues, la inobservancia de los mismos conlleva a que toda resolución de los poderes públicos adolezca de nulidad y esto se debe precisamente, por cuanto la Constitución es taxativa al estipular que el ejercicio de los derechos debe regirse a lo dispuesto en el artículo 11.

Al respecto, el máximo órgano de interpretación constitucional de nuestro país ha precisado lo siguiente:

Es por ello, que su misión fundamental con la vigencia del nuevo texto constitucional será concentrar su accionar en el efectivo control para que la Constitución tenga su aplicación correcta y real, es decir, que todo el ordenamiento jurídico con sus normas infra constitucionales- estén en franca armonía con la Constitución y que los derechos fundamentales tengan vigencia efectiva a través de los principios. (Corte Constitucional del Ecuador 2011, p.7)

Ahora bien, entendida la significativa relevancia de los principios en nuestro actual paradigma constitucional, se vuelve necesario explicar las connotaciones de estos, para lo cual es preciso citar a uno de los grandes constitucionalistas contemporáneos, a (Alexy 2018, p. 203):

Los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan tanto por el hecho de que pueden ser satisfechos en diferente grado, como por el hecho de que la medida ordenada de su satisfacción o solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

Con esto, Alexy realiza un gran intento de diferenciar entre principio y regla, siendo los principios normas tendientes a conseguir un fin determinado, mientras que las reglas, son aquellos postulados definitivos que se agotan en su fiel cumplimiento. Aquí radica el conflicto entre la colisión de un principio y una regla, para lo cual, este autor, brinda una serie de pautas para realizar una prelación o ponderación de los derechos que se podrían ver en pugna y de esta manera, aplicar en lo material una norma que consagre un derecho sin impedir el ejercicio de los demás.

Ahora bien, el debate antes referido se escapa del objeto del presente artículo, no obstante, al abordar el tema de una eventual inconstitucionalidad, es decir, la incompatibilidad de determinada norma con la Constitución es necesario mencionar al menos, los parámetros de ponderación puesto que, estos son

utilizados por los magistrados de la Corte Constitucional ecuatoriana para resolver las antinomias puestas a su conocimiento, otorgando así las siguientes pautas:

- 1) Definir el grado de la afectación o no de uno de los principios.
- 2) La importancia de la satisfacción de un principio por otro.
- 3) Justificación de la satisfacción de un principio por otro o en su defecto la afectación.

A todo esto, Alexy trata de clasificar los derechos de acuerdo a un criterio escalonada según su importancia y relevancia, siendo para él válida la distinción entre derechos con mayor peso que otros. Al respecto, dicha diferencia entre derechos, conforme a nuestro actual modelo constitucional, no tiene cabida pues, el artículo 11 numeral 6 de nuestra Constitución es taxativo al estipular que: «Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía» (Constitución de la República del Ecuador 2008, p. 12)

En este sentido, la tarea de los magistrados se torna hartamente compleja al momento de resolver una eventual antinomia, es por ello que esta autora es enfática en recalcar la vital importancia de la aplicación de los principios constitucionales cuando se encuentran en conflicto dos o más derechos. Por tanto, se vuelve necesario realizar un prolijo análisis en concreto de los hechos puestos a conocimiento y de las condiciones propias de los sujetos que ha enervado el sistema judicial en busca de satisfacer sus pretensiones con el fin de precautelar los derechos de las partes; situación que se convierte aún más complicada en el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto, puesto que, las circunstancias particulares de estos últimos, por lo general, no tiene incidencia alguna.

Control de Constitucionalidad

Ahora bien, este breve preámbulo de los principios es necesario para entender la figura del control de constitucionalidad por cuanto, esta institución jurídica se deriva, precisamente, de un mandato de optimización, siendo este, la supremacía constitucional.

Así, el control de constitucionalidad subyace como el mecanismo efectivo para materializar la jerarquía absoluta de la Constitución frente a las demás normas jurídicas, por cuanto, como se ha afirmado en líneas anteriores, la Carta Política cumple una doble función: de validez y unidad. Respecto a esta última, recae la escancia del control de constitucionalidad, ya que su función supone el ejercicio de examinar la armonización de las normas que componen el ordenamiento jurídico en general con la propia Constitución.

En por ello que, el control de constitucionalidad ha sido denominado por varios juristas como una garantía constitucional orgánica, pues, a diferencia de las garantías jurisdiccionales que protegen únicamente los derechos de las partes, esta figura protege en su integralidad todas las disposiciones constantes en la Constitución, es por ello, que el control de constitucionalidad es tanto de forma como de fondo.

Ahora bien, los diferentes sistemas de control de constitucionalidad instituidos hasta la actualidad son relativamente novedosos, por cuanto la concepción de las Constituciones tal como las conocemos hoy en día tienen un origen reciente a comparación de la ley. Es por ello que, con la instauración de los Estados Constitucionales, surgieron críticos debates jurídicos tendientes a justificar la superflua supremacía de un texto jurídico llamado «Constitución» con respecto de la ley, ya que está en su prescripción más ordinaria da paso a cuestionar el razonamiento sostenido por los adeptos a la teoría constitucionalista, esto es, dotar de superioridad sobre otras normas a la Constitución. Al respecto el Dr. Rafael Oyarte. plasma el referido conflicto de la siguiente manera: «Si la ley es una declaratoria de la voluntad soberana, y la

voluntad del soberano no reconoce superior, se produciría la consecuencia de la irrefragabilidad de la ley» (Oyarte 2019, p. 1057)

De lo anotado, como primer punto, es dable el cuestionamiento realizado por los defensores del Estado legalista puesto que, tanto la ley como la Constitución son manifestaciones de la voluntad soberana, por lo tanto, guardarían, en teoría, igual jerarquía. No obstante, las constituciones por su naturaleza se caracterizan por ser un texto jurídico—político que en su parte dogmática instituyen las bases constitutivas del Estado, derechos, garantías y principios; mientras que, en su parte orgánica, se encarga de establecer la estructura y organización del Estado; cuestión que la ley, bajo esa misma óptica, no lo puede hacer, siendo así que la función principal de esta se circunscribe a desarrollar el contenido de la Constitución.

A razón jurídico de aquello, las constituciones no deben guardar mayor complejidad puesto que, las leyes son el instrumento técnico—jurídico indispensable que debe contener las previsiones jurídicas necesarias para el desarrollo de los derechos y la organización del Estado, por ello, el legislador en esta ardua labor debe acoplar sus disposiciones conforme a los presupuestos contenidos en la Carta Suprema, ergo, es indispensable un mecanismo que verifique la conformidad y armonía entre la Constitución y demás normas.

Bajo esta línea argumentativa, la creación del control de constitucionalidad se tornó indefectible, sin embargo, surgieron varios dilemas en la implementación de este sistema, siendo el principal: ¿Qué órgano debe defender la Constitución?

Este planteamiento da paso al origen de dos modelos de control de constitucionalidad; por una parte, el estadounidense (difuso) y por la otra el europeo (concentrado), de los cuales se derivan los demás modelos de control. Ahora bien, para repasar el origen del control de constitucionalidad difuso es menester, sin dubitación alguna, remitirnos al afamado caso *Marbury vs Madison*, mientras que, por su parte, para adéntranos al nacimiento del control concentrado es necesario regresar al debate protagonizado por Kelsen y Schmitt.

Respecto a este último, Carl Schmitt planteaba que el defensor de la Constitución debe ser el presidente del Reich quién como jefe de Estado ejerce un poder que se encuentra en igualdad de condiciones que el judicial y legislativo, además, por ser elegido directamente del pueblo y no contener un elemento político como sería el caso de la designación de ciertos magistrados, se garantizaría de esta manera la independencia y neutralidad del control de constitucionalidad ejercido por él. A esta postura, Hans Kelsen responde de forma tajante y argumenta que el control de constitucionalidad debe primar en los actos del legislativo y gobierno, por ende «dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados» (Kelsen 1995, p. 82).

Así, lo sostenido por Schmitt respecto a la neutralidad e imparcialidad que debe reunir el protector de la Constitución, quedaría seriamente comprometida al ser el propio promulgador de las normas quién realice el examen de conformidad de ellas con la Constitución. Así, Kelsen refiere la necesidad de crear un sistema de control de constitucionalidad diferente a las facultades que ya ostentaban los tribunales ordinarios, siendo indispensable la creación de tribunales constitucionales con exclusivas atribuciones tendientes a proteger la Constitución; lo cual resulta en la práctica que, estos tribunales, fungen como legisladores negativos, pues tienen la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico cualquier norma contraria a la Constitución, no obstante, en nuestro actual paradigma constitucional, se prevé la figura de la interpretación conforme con el objeto de no modificar, en la medida de lo posible, el ordenamiento jurídico vigente, además de consagrar el principio de constitucionalidad de las normas.

A raíz de estos planteamientos, nace en Europa los Tribunales Constitucionales con potestad de verificar la conformidad formal y material de una norma con la Carta Magna.

Por su parte, el antecedente más reciente sucedido respecto al control de constitucionalidad en Ecuador lo podemos encontrar en el caso Irigoyen. Debido

al parámetro de extensión del presente artículo, se resumirá de la manera más sucinta posible el referido caso.

Irigoyen, Salazar y Enríquez son enjuiciados militarmente por el delito de sedición. La sanción por tal delito era la pena de muerte según constaban en el Código Militar vigente a la época, no obstante, la Constitución de 1886 proscribía la pena de muerte para ese tipo penal. Así las cosas, los sujetos activos del presente caso son condenados en primera instancia a pena de reclusión mayor.

La Corte Suprema Marcial revisa la condena de Irigoyen y consideran que los jueces no tienen potestad de inaplicar una norma pese a su manifiesta inconstitucionalidad por cuanto la Constitución de 1886 no les ha otorgado esa competencia, ergo, la condena a Irigoyen es modificada a pena de muerte. Este nefasto caso, en la actualidad quedaría totalmente superado por el principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, el cual, bajo ningún concepto supondría el ejercicio del control de constitucionalidad por parte de cualquier juzgador, tribunal o autoridad pública.

Ahora bien, entendido el control de constitucionalidad como el mecanismo técnico jurídico que faculta el examen de conformidad entre las normas infra constitucionales y el texto constitucional, es menester precisar su valor como herramienta de equilibrio de poderes y garantía de supremacía del texto constitucional, y a su vez recalcar la importancia de determinar límites a su ejercicio pues, a contrario sensu, su aplicación devendría en un exacerbamiento que conduzca a la acefalia normativa (Highton 2020, p. 120).

Una vez explicado en demasía, el origen y naturaleza del control de constitucionalidad, es momento de analizar la potencial inconstitucionalidad de la ordenanza Municipal No. 001-2020-GADMCC, expedida por el Gobierno Autónomo Municipal del cantón Calvas (en adelante GADMC) en razón de las facultades concedidas por el artículo 216 del Código de Trabajo.

Así, de fecha 06 de marzo de 2017, el Consejo Municipal de Calvas, en uso de las potestades y facultades que la Constitución le otorga, expidió la: «ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo

Descentralizado Municipal del cantón Calvas», la cual, debido a la serie de acciones de carácter constitucional y legal que fueron presentadas en su contra fue reformada de fecha 29 de octubre de 2019, y entrada en vigencia el primero de enero de 2020.

La reforma antes referida intentó mitigar las manifiestas inconstitucionalidades que adolecía la ordenanza original, siendo que su objetivo principal fue modificar el artículo 6 que regulaba el monto a cancelar por parte del GADMC a sus trabajadores por concepto de pensión jubilar. Es así que, la reforma conllevó a un considerable aumento del valor a percibir por jubilación patronal, pasando de \$40 dólares al 30% del salario básico unificado.

Pese a ello, esta autora, considera que el artículo 6 de la referida ordenanza aun padece de una potencial inconstitucionalidad si no se realiza una interpretación conforme a la Constitución, para lo cual procedo a realizar un análisis al respecto.

En primer lugar, la Constitución del República del Ecuador en el artículo 11 estipula los principios a través de los cuales se deben ejercer los derechos instituidos en la Carta Magna. Asimismo, el artículo 33 *ibidem* reconoce el derecho al trabajo y como consecuencia connatural de aquello, el derecho a la seguridad social, por tanto, la institución jurídica de la jubilación al formar parte esencial de la seguridad social también mantiene rango constitucional.

Afirmación que se corrobora con los diferentes tratados internacionales de derechos humanos debidamente suscritos por el Estado Ecuatoriano, entre los cuales tenemos al Protocolo de San Salvador, que estipula en el artículo 9 lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (Protocolo de San Salvador 1988, p. 12)

De lo transcrito, se puede colegir sin dubitación alguna que, el derecho a la seguridad social forma parte del denominado «Bloque de Constitucionalidad» por tanto, las autoridades públicas con potestad normativa, al momento de expedir leyes, reglamentos u ordenanza, deben hacerlo en estricto respeto de lo contenido tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos que conforman el referido bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, el constituyente, consciente de la ineludible realidad ecuatoriana respecto a los índices de pobreza y trabajo informal, consideró estipular en la Constitución de Montecristi un apartado adicional y exclusivo de los principios que deben regir el ejercicio del derecho al trabajo, los cuales son extensibles al derecho a la seguridad social. Y es justamente aquí donde recaería en una aparente inconstitucionalidad la ordenanza 001-2020-GADMCC, puesto que estaría transgrediendo los principios constitucionales contenidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 326:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras. 4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración. (Constitución de la República del Ecuador 2008, p.101)

Ahora bien, el artículo 216 del Código de Trabajo estipula, en su parte pertinente, lo siguiente:

Art. 216.- Jubilación a cargo de empleadores. —(...) Exceptúase de esta disposición, a los municipios y consejos provinciales del país que conforman el régimen seccional autónomo, quienes regularán mediante la expedición de las ordenanzas correspondientes la jubilación patronal para éstos aplicable. (Código de Trabajo, 2005, p.66)

Como se puede observar de la norma citada, el Código de Trabajo habilita a los Gobiernos Autónomos Descentralizados al establecimiento, mediante su debida ordenanza, de montos específicos por concepto de jubilación patronal. en los

límites de lo establecido en el prenombrado código, así como los establecidos en la norma Constitucional.

En ese sentido, al ser los GADS órganos con potestad normativa deben ceñirse a lo previsto en el artículo 84, siendo que, aunque se reconozca la autonomía política del Ilustre Municipio de Calvas, esta no puede ser incompatible con lo expresado Constitucionalmente, así como en leyes jerárquicamente superiores, existiendo precisamente distintos grados de libertad en la toma de decisiones, lo que se conoce como el *iura iuribus y concordari debet*.

Y es que precisamente la existen del estado ecuatoriano como Estado unitario, y no como estado Federal implica que la calidad que poseen los gobiernos para dictar leyes locales no les da un rango de legisladores, siendo que tal como se establece en el artículo 425 de la Constitución, dichas normas se encuentra subordinadas a la ley y demás normas de rango superior, de forma que ante la existencia de conflicto son los órganos jurisdiccionales, así como autoridades administrativas quienes habrán de aplicar la norma correspondiente.

Ahora bien, uno de los métodos de interpretación constitucional conforme lo estipula la propia Carta Magna es la interpretación sistemática, la cual consiste en realizar un ejercicio de hermenéutica jurídica que permita efectivamente aplicar las normas jurídicas sin detrimento de otras, es decir, encontrar la armonización de estas en su real ejercicio, para lo cual, los principios constitucionales juegan un rol vital en este método de interpretación.

Es así que, en un primer momento, podemos determinar que la primera regla del artículo 216 fija la fórmula mediante la cual, los empleadores deberán realizar el cálculo de la pensión jubilar que les corresponde a sus trabajadores conforme los años de servicio, la remuneración percibida, etc.; mientras que la segunda regla fija el tope máximo y mínimo de los valores que se podrán cancelar por concepto de jubilación.

Finalmente, el inciso final de la segunda regla, habilita a los Gobiernos Autónomos Descentralizados a crear sus propias normas respecto de la

jubilación de sus trabajadores. No obstante, esta autorización realizada por el Código de Trabajo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados debe respetar en primer lugar los principios constitucionales. Por ende, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, cargan consigo una gran labor consistente en expedir ordenanzas en estricta armonía con las normas jerárquicamente superiores que conforman el ordenamiento jurídico (principio de jerarquización). Además, en el ejercicio de su potestad normativa deben procurar el desarrollo progresivo de los derechos en la medida que los recursos de su nivel de gobierno le permitan, siendo necesario puntualizar que, en ningún caso, se podrá disminuir el contenido o esencia de los mismos (principio de progresividad). En este mismo orden de ideas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados en un eventual conflicto entre su normativa y leyes orgánicas, deberán resolver conforme la interpretación que más favorezca al trabajador (principio pro-operario o de favorabilidad).

Así, el artículo número 6 de la ordenanza 001-2020-GADMCC instituye que la pensión jubilar de sus trabajadores será: «Art. 6. —El Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas, cancelará al trabajador cuya solicitud haya sido aprobada; por pensión mensual de Jubilación Patronal el valor correspondiente al 30% de un salario básico unificado, vigente a la fecha (...)» (Ordenanza 001-2020-GADMCC 2019)

De lo anotado, se colige con claridad meridiana que, el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Calvas al expedir una ordenanza que no observa el contenido de la primera regla estipulada en el artículo 216 del Código de Trabajo pese a ser norma jerárquicamente superior y al estipular un valor fijo de jubilación arbitrario, sin observar las condiciones propias del solicitantes (años de servicio, remuneración, etc.), transgrede los principios constitucionales de jerarquización, progresividad, favorabilidad, intangibilidad y naturalmente, el derecho a la dignidad humana. Este último entendiendo el derecho a la jubilación como la merecida recompensa al trabajador por los años de servicio que connaturalmente ha desgastado su capacidad física y mental en razón del ejercicio de sus funciones.

Finalmente, esta autora, deja a salvo la posibilidad de que, en razón del principio de constitucionalidad de las normas, se pueda dejar subsistente la presente ordenanza siempre y cuando se realice una interpretación conforme en el siguiente sentido: El artículo 6 de la ordenanza 001-2020—GADMCC será aplicado únicamente si del cálculo constante en la primera regla del artículo 216 del Código de Trabajo resultare un valor menor al 30% del salario básico unificado vigente.

Conclusiones

El Derecho a la Jubilación se constituye una parte intrínseca del Derecho a la seguridad social, por cuanto deriva de la dignidad humana, y que debe efectivizarse de los principios pro hominem, progresividad, igualdad y no discriminación, tomando en consideración las circunstancias particulares del trabajador a jubilarse.

La facultad concedida a los Gobiernos Autónomos Descentralizados a través de lo previsto en el artículo 216 del Código de Trabajo deberá realizarse en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 184 de la Norma Constitucional, es decir apegándose a la normativa jerárquicamente superior con especial atención a los principios constitucionales además de lo contemplado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Si bien se detecta una potencial inconstitucionalidad del artículo 6 de la ordenanza que regula la jubilación patronal de los trabajadores en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Calvas, a consideración de esta autora esta puede ser resuelta mediante Acción de Interpretación Conforme en aplicación de los principios de presunción constitucionalidad y el principio de conservación del derecho.

Conflicto de intereses: El autor declara que no tiene ningún posible conflicto de intereses. **Aprobación del comité de ética y consentimiento informado:** No es aplicable a este estudio. **Contribución de cada autor:** A.H. desarrolló las ideas y escribió el artículo. Ha leído y aprobado el manuscrito final. **Contacto:** Para consultas sobre este artículo debe dirigirse a: (✉) hermosa.anyelas@gmail.com

Referencias:

- Alexy, Robert. (2018). *Derechos y Principios*. Madrid: Civitas.
- Álvarez, Enrique. (1999). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Castro, Julio. (1993). *Recurso De Amparo y Habeas Corpuesto: Análisis Comparativo*. San José: Editorial Jurintexto.
- Código de Trabajo. (2005). Quito D.M: Registro oficial del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Registro oficial del Ecuador.
- Corte Constitucional (2011). «Caso. 0033-11-IN». Quito: Registro Oficial del Ecuador.
- Ferrajoli, L. (2006). *Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales*. Camerino: Universidad de Camerino.
- Highton de Nolasco. (2006). «*Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad*». Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010).
- Kelsen, Hans. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid, Tecnos.
- Montaña, Juan. (2012). *El sistema de fuentes de derecho en el nuevo Constitucionalismo latinoamericano* Quito: CEDEC.
- Ordenanza 001-2020-GADMCC. Loja: GADM del cantón Calvas.
- Ortega, César. (2008). «*El derecho Constitucional en su contexto: El ámbito cultural del constitucionalismo*». Teoría y Realidad Constitucional Madrid: UNED.
- Protocolo de San Salvador. (1988). San Salvador: Asamblea General de los Estados.
- Ruiz, Alfredo. (2015). «*Aproximación al estudio de las Garantías Jurisdiccionales*». Guayaquil: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas.
- Schmitt, Carl. (1998). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Universidad Complutense.
- Valladarez, Manuel y Zumba, Diego. (2010). «Modernización Constitucional del Ecuador». Cotopaxi: Universidad Técnica de Cotopaxi.

Información sobre la autora

► **Anyela Hermosa** es directora regional del Ministerio del Trabajo de la Zona 7 (El oro, Loja y Zamora), Máster en Derecho Mención Gestión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Internacional del Ecuador, egresada del Doctorado en Ciencias Políticas por la Universidad de Belgrano (Ba. Argentina) autora y escritora del libro *Recuerdos de tu Amor* ISBN: 978-9942-42-543-0, ciudad Loja, País Ecuador. **Contacto:** (✉): hermosa.anyelas@gmail.com — [iD](http://orcid.org/0009-0003-8301-8037) <http://orcid.org/0009-0003-8301-8037>.

Como citar este artículo

Hermosa, Anyela. (2023). «Inconstitucionalidad del artículo 326 de la constitución en el caso GAD calvas en donde aplicaron el art. 216 del código del trabajo». *Analysis* 37, pp. 1-18.