

Un examen prospectivo constitucional sobre la jubilación patronal proporcional

A prospective constitutional view at Proportional Employer Retirement

Carla ESPINOSA CUEVA *

RESUMEN: Este ensayo analiza con una mirada constitucional la problemática de la pensión patronal proporcional en el Ecuador, para los casos en los que la interpretación literal de la norma puede conllevar a posibles lesiones de los derechos de las personas trabajadoras próximas a acceder a este beneficio. Para ello, esta investigación se desarrolla en tres secciones. La primera examina a la jubilación patronal desde la perspectiva constitucional. La segunda se centra en los presupuestos mínimos requeridos para acceder a la jubilación patronal proporcional. La tercera realiza un análisis crítico constitucional de la jubilación patronal proporcional desde la problemática del incumplimiento de los presupuestos mínimos requeridos para el acceso a este derecho debido a causas atribuibles al empleador, lo que resulta objetable constitucionalmente. En resumen, se plantean ciertas estrategias argumentales de legitimación y

* Abogada y doctora en jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador – PUCE, posgrado en Derechos Humanos USA, especialista y magíster en Derecho Procesal de la Universidad Andina Simón Bolívar, UASB-E, doctora Phd (c) en Derecho por la UASB-E. Fue Subsecretaria del Ministerio de Derechos Humanos y Cultos, Asesora y Coordinadora General de la Asamblea Nacional. Contacto: <kospinosac@yahoo.es>. ORCID: 0000-0001-9553-3106. Fecha de recepción: 26/09/23. Fecha de aceptación: 07/10/23

reivindicación de los derechos sociales con miras a precautelar el acceso efectivo a la jubilación patronal proporcional.

PALABRAS CLAVES: jubilación patronal; jubilación patronal proporcional; derecho social; interpretación; razonabilidad.

ABSTRACT: This article analyzes with a constitutional view the issue of the Proportional Employer Retirement Pension in Ecuador, in cases in which the literal interpretation of the norm could violate workers' rights nearby to accessing this benefit. For that, this investigation is developed in three sections. The first studies the Employer Retirement Plan from a constitutional perspective. The second focuses on the minimum requirements to access Proportional Employer Retirement. The third, performs a constitutional critical analysis of the Proportional Employer Retirement from non-compliance with the minimum requirements for access to this right for reasons attributable to the employer himself, which is constitutionally objectionable. In conclusion, it is necessary to suggest certain argumentative strategies for legitimizing and vindicating social rights in order to safeguard effective access to Proportional Employer Retirement.

KEYWORD: Employer Retirement; Proportional Employer Retirement; social right; interpretation; reasonableness.

I. INTRODUCCIÓN Y METODOLOGÍA

Este artículo analiza, con una mirada prospectiva constitucional, la cuestión de la pensión patronal proporcional en el Ecuador, con el fin de fortalecer una argumentación alternativa a la tradicional que explore nuevas técnicas de expansión del derecho objetivo, que diversifiquen los procesos de interpretación, aplicación y entendimiento de este derecho social.

Si bien la normativa constitucional no hace referencia expresa a esta institución sino a través de derechos laborales conexos, no obstante, el artículo 188, numeral 7 del Código del Trabajo¹ sí se refiere a la jubilación patronal proporcional, así como las reglas que deben aplicarse para acceder a este derecho. Con todo, en ocasiones, este derecho se ve mermado a ciertas personas trabajadoras, debido a que la única interpretación vigente y aplicable es la interpretación literal, de corte neoliberal, de la norma que, en parte responde a la intencionalidad previa de rebajar el grado de exigencia de los derechos sociales.

Por ello, es necesario proponer visiones interpretativas *pro laboratoris* diferentes que promuevan la optimización del derecho a la jubilación patronal proporcional en conexión directa con el derecho al trabajo, estabilidad, dignidad humana, seguridad social y vida digna de la persona trabajadora luego del esfuerzo prolongado de trabajo.

Para este propósito, es necesario adentrarse en el análisis de varios principios constitucionales relacionados con los derechos sociales, para luego plantear posibles alternativas interpretativas de solución en función de la mayor realización de la protección de la persona trabajadora.

¹ ECUADOR, *Codificación del Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, *Suplemento*, 16 de diciembre de 2005 y sus reformas, art. 216.

En este sentido, la hipótesis de este trabajo consiste en establecer si la interpretación literal del artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo para el cálculo y pago de la jubilación patronal proporcional que se aplica a aquellos trabajadores que fueron despedidos faltando pocos meses para acceder a su derecho a su jubilación patronal proporcional resulta adecuada a la luz del derecho tuitivo y la justicia laboral o, si es posible plantear interpretaciones alternativas que supongan una mayor realización de este derecho.

Para cumplir con dicho objetivo, este artículo, en las dos primeras secciones, utiliza como métodos de investigación el interpretativo hermenéutico y hermenéutico lógico, pues existe un interés conceptual y práctico por comprender y problematizar la jubilación patronal proporcional como objeto de conocimiento. Pero, a la vez, la tercera parte realiza un análisis hermenéutico deconstructivo de la problemática de la jubilación patronal proporcional en nuestro país, con el fin de incentivar nuevas lecturas críticas constitucionales más garantistas y razonables de transformación social.

Para abordar el tema propuesto esta investigación se integra de tres partes. La primera aborda la problemática actual de los derechos sociales para luego atarlos a la Constitución ecuatoriana. La segunda aborda ciertas nociones teórico-prácticas sobre la jubilación patronal proporcional. La tercera analiza, desde una perspectiva crítico-constitucional, el problema de la jubilación patronal proporcional en determinados casos, así como se plantean algunas estrategias argumentales para la realización de este derecho. Por último, se dejan sentadas ciertas conclusiones finales.

II. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

De forma tradicional, la jubilación patronal se insertaba dentro del grupo de derechos sociales que se los consideraba como imperfectos, incompletos y de difícil realización, puesto que resulta-

ban onerosos para el Estado. A partir de la Constitución del 2008, se replantea la cuestión de si estos derechos son auténticos o tan solo constituyen simples pretensiones bien intencionadas o principios programáticos. Este artículo parte de la tesis vigente de que los derechos sociales se presentan hoy como auténticos derechos, exigibles y con igual jerarquía al resto de derechos.

La antigua discusión entre derechos positivos y negativos se disuelve al comprenderse que todos involucran obligaciones de no hacer y de hacer —abstención o de prestación—, en distintas combinaciones. De igual manera, se abandona la noción de “derecho programático” por su poca claridad.

No había criterios para delimitar esa categoría. No se trataba de la necesidad de reglamentación, ya que todo derecho constitucional se ejerce según las leyes. No tenía importancia tampoco su impacto presupuestario: numerosos derechos civiles y políticos (tales como sufragio o la propiedad) requieren presupuesto para asegurarlos. A la vez, un supuesto derecho “programático” siempre permanecería subordinado a los criterios de oportunidad política del legislador ordinario, lo cual contradice la noción misma de los derechos constitucionales como límite al Parlamento.²

Entendidos así, los derechos sociales constituyen derechos constitucionales³ universales que protegen a todas las personas y que forman parte del complejo normativo que la Constitución debe reconocer y garantizar, de forma igualitaria.

² ETCHICHURY, Horacio, “Los derechos sociales”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *La constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 98.

³ PÉREZ TREMP, Pablo, “Los derechos fundamentales: Teoría General”, en PÉREZ TREMP, Pablo (coord.), *Los Derechos Fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III y otros, 2004, p. 9, quien señala que derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.

Ello implica que los derechos sociales, en donde se incluye el derecho al trabajo, empleo, descanso, seguridad social, jubilación —por cese o despido— y otros servicios sociales necesarios, deben interpretarse a la luz de la Constitución a base de los métodos de interpretación constitucional y la preservación de los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y fuerza normativa, lo que exige justificaciones públicas del actuar estatal. De esta manera, se supera el “escepticismo interpretativo que intenta vaciar de contenido a los derechos sociales”⁴

Con ello se quiere decir que la interpretación de los derechos sociales debe reemplazarse por una interpretación universal de límites, bajo los principios de cumplimiento inmediato, integridad, progresividad y no regresión arbitraria. Además, se agrega que “[n]o se puede desnaturalizar el texto constitucional por la vía de la interpretación. Cuando no es posible encontrar justificación a una ley dentro de la Constitución, hay que hacer valer la Constitución frente a la ley [...]”⁵

La Constitución de la República no contiene una mención expresa al derecho a la jubilación patronal. No obstante, existen varias normas referentes al derecho al trabajo y derechos conexos y su aplicación se sustenta en los principios *pro homine* y de favorabilidad *pro operario*. Por su parte, la legislación laboral secundaria se refiere a la jubilación patronal como un derecho y una garantía al que tienen las personas trabajadoras que han laborado por el tiempo de veinticinco años o más en forma continua o interrumpida para el mismo empleador (art. 216 del Código del Trabajo), que se genera al momento que cesan sus labores, como una respuesta a una prestación de servicios prolongada que se satisface por medio de una pensión.

⁴ *Ibidem*, p. 99.

⁵ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 13ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 109.

De igual manera, la parte proporcional de la jubilación patronal también constituye un derecho que se genera cuando las personas trabajadoras: (1) cumplan veinte años y menos de veinticinco de trabajo, en forma continua o interrumpida; y, (2) que sean despedidas en forma intempestiva (art. 188, inc. 7 del Código del Trabajo). En contrapartida, este derecho laboral impone deberes negativos (no hacer) a los empleadores de no vulneración de este derecho por lo que, desde la Constitución este derecho requiere interpretarse, reconocerse y exigirse.

A la vez, en cuanto al alcance y los criterios que deben regir la interpretación de las cláusulas constitucionales laborales, el artículo 326, numeral 2 de la Constitución dispone que los derechos laborales son “irrenunciables e intangibles” y, el numeral 3 añade que, “[e]n 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”.⁶

Por su parte, la Corte Constitucional al referirse a las pensiones jubilares manifiestan:

[...] tienen un doble fundamento que responde a la realidad social, laboral y biológica de las personas: a) porque por el cumplimiento de los ciclos vitales, las personas, luego de haber aportado con su fuerza de trabajo en los procesos económicos, al separarse de los mismos, ya no dispondrán de los ingresos generados con su trabajo, sin embargo, continuarán necesitando de ellos para su subsistencia; y, b) porque las personas, durante el tiempo de servicios, dedican sus ingresos a cubrir sus necesidades, por tanto, es imposible que puedan ahorrar para garantizar la inversión en el futuro que les permita subsistir en la etapa de descanso.⁷

⁶ ECUADOR, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 326, num. 2 y 3.

⁷ ECUADOR, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 013-14-SEP-CC”, en *Caso n.º: 0594-12-EP*, 15 de enero de 2014.

A su vez, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, a través del desarrollo jurisprudencial señala que el derecho a la jubilación patronal se consideró como imprescriptible; de ahí que, en ciertas circunstancias en materia laboral, opera el principio de imprescriptibilidad de los derechos.⁸ Luego, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia expandió este derecho y señaló que, el derecho a la jubilación patronal proporcional previsto en el artículo 188 del CT con relación al artículo 216 del CT, también es un derecho imprescriptible.⁹

En resumen, queda claro que, en la actualidad la jubilación patronal, sea por cese o por despido, constituye un derecho constitucional de carácter laboral —social— que debe analizarse y resolverse a la luz de los métodos, criterios, técnicas y principios que rigen la interpretación constitucional, sin que las normas infraconstitucionales puedan prevalecer sobre las constitucionales en caso de posibles lesiones a este derecho.

III. LA JUBILACIÓN PATRONAL PROPORCIONAL

Para efectos de dilucidar la cuestión planteada, es conveniente precisar qué es el derecho a la jubilación, así como ciertos elementos y circunstancias que hacen posible el goce de tal derecho, previo a centrarnos en el tema de la jubilación patronal proporcional y sus condicionamientos necesarios.

Como antecedente a esta institución se puede decir que en 1920 se plantea, por primera vez, “la idea de formar un fondo de

⁸ ECUADOR, Resolución de la Corte Suprema de Justicia, *Registro Oficial* 233, 14 de julio de 1989.

⁹ ECUADOR, Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia, Juicio n.º 17731- 2014-0715 —Voto Salvado—, 9 de noviembre de 2017; Juicio n.º 13351-2013-0525, 8 de julio de 2019; Juicio n.º 17731-2016-1332, 8 de junio de 2018; Juicio n.º 17731-2014-1729, 16 de octubre de 2018.

capital para el pago de jubilaciones al magisterio mediante el descuento mensual de un porcentaje del sueldo percibido”,¹⁰ el que se aprueba en 1923. Luego, el 13 de marzo de 1928, se promulga la “Ley de Jubilación, Montepío Civil, Ahorro y Cooperativa”, mediante la que se crea la Caja de Pensiones y cuya finalidad fue, entre otras, de acuerdo con el artículo 1, el atender el pago de pensiones jubilares a los empleados públicos que alcancen el beneficio de la jubilación.¹¹

Por su parte, el artículo 14 de este cuerpo legislativo definía a la jubilación como “la renta mensual que [perciben] los empleados que hubieren prestado sus servicios a la administración pública, fiscal o municipal [...]”. Se fijan como requisitos para obtener esta renta: (1) que el empleado haya consignado el cinco por ciento anual de dicha renta por razón del cargo; (2) que haya prestado, al menos, diez (10) años de servicio; y, (3) que exista cesación en la prestación del servicio.¹²

Por su parte, en 1935 se expide la primera Ley de Seguro Social Obligatorio, ampliando el alcance de los beneficios y protección a toda la población trabajadora del país. Posteriormente, en 1937 comienza a existir la Caja del Seguro de Empleados Privados y Obreros, que busca introducir ciertas reglas de protección de to-

¹⁰ MOYANO, Juan, “La jubilación patronal en Ecuador”, *Revistas divulgación*, núm. 2, 2022, pp. 12-7, consultado en: <<https://revistasdivulgacion.uce.edu.ec/index.php/OBSERVATORIO/article/view/325/314>>.

¹¹ VELA, Carlos, *Derecho ecuatoriano del trabajo*, Quito, La Unión, 1955, pp. 756-7. Un texto similar mantiene Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo*, t. I, 2ª. ed., Quito, PUCE, 1986, p. 424.

¹² *Ibidem*, p. 757.

das las personas trabajadoras y empleados privados, con relación a la jubilación de sus afiliados.¹³

Finalmente, con la expedición del Código del Trabajo en 1938 se introducen reglas más precisas sobre la jubilación patronal¹⁴ y que son “producto de una recopilación de leyes existentes aprobadas anteriormente, en gran medida gracias a la lucha incansable de movimientos sociales”.¹⁵

En resumen, la legislación ecuatoriana incorpora a la jubilación patronal como una alternativa temporal y equitativa para las personas trabajadoras que no podían acogerse al régimen de seguridad social de la Caja de Seguro (actual IESS) por no contar con las aportaciones suficientes para alcanzar la jubilación prevista por este régimen, aunque hubieran laborado —de por vida— para el mismo empleador, debido a que la creación de este organismo es posterior al inicio de sus labores.¹⁶

En la actualidad, la jubilación patronal se conceptúa como el retiro de la actividad laboral por parte del trabajador por razón de edad o incapacidad, en donde adquiere el derecho a percibir una pensión o prestación económica, con relación al salario percibido,

¹³ Cfr. ENRÍQUEZ, Gabriela, “Aplicación práctica de las reglas de cálculo de la jubilación patronal de acuerdo al artículo 216 del Código del Trabajo”, tesis de abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador-PUCE, 2015, pp. 9-10. TRUJILLO, “Derecho del Trabajo”, p. 424.

¹⁴ Cfr. ECUADOR, Código del Trabajo, en *Registro Oficiales*, Nos. del 78 al 81 [del 14 al 17 de noviembre de 1938], art. 136.

¹⁵ MOYANO, “La jubilación patronal en Ecuador”, p. 13.

¹⁶ ENRÍQUEZ, “Aplicación práctica de las reglas de cálculo”, p. 12. VELA, “Derecho ecuatoriano del trabajo”, p. 761.

de conformidad con los procedimientos de cálculo que dispone la normativa laboral.¹⁷

También se señala que la jubilación “es el derecho al que tiene el trabajador para descansar recibiendo una pensión, después de haber servido a la sociedad y contribuido a su desarrollo durante largos años [...]”.¹⁸ Por su parte, Mosquera establece:

La obligatoriedad de la jubilación patronal nace del Código del Trabajo con una contraprestación al esfuerzo físico e intelectual desplegado día a día por los trabajadores, obvio es menester que quien ha entregado los mejores años de su vida y su esfuerzo físico e intelectual, debe ser atendido en su vejez, con una pensión que le permita satisfacer por lo menos sus necesidades básicas con una pensión jubilar.¹⁹

Por su parte, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia hace hincapié en la jubilación patronal como “el derecho que tiene el trabajador a recibir una mensualidad en forma vitalicia; es el reconocimiento que el empleador hace a la lealtad del trabajador que, durante el tiempo establecido por la ley, 25 años o más, ha dedicado su esfuerzo, experiencia y conocimientos, al logro del objetivo de la empresa para la que ha trabajado.”²⁰

¹⁷ MAZA GONZA, Jospe, “La jubilación patronal de acuerdo al Código de Trabajo y sus diferencias con el sector público”, tesis de abogacía, Universidad de Cuenca, 2010, p. 13, consultado en: <<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/867/3/Tesis.pdf>>.

¹⁸ BRAVO, Rubén, *Temas laborales y judiciales*, Cuenca: Universidad Católica de Cuenca, sf, p. 107.

¹⁹ MOSQUERA, Jorge, *La jubilación a cargo del empleador en el Ecuador*, Quito, s.e., 2002.

²⁰ ECUADOR Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, “Resolución n.º 0272-2019”, en *Caso n.º: 09352-2014-0016*, 15 de abril

Es decir, la jubilación patronal, como institución jurídica del derecho laboral, constituye un derecho y garantía que el sistema jurídico ofrece a las personas trabajadoras de carácter intangible, imprescriptible e irrenunciable, que se genera al momento que cesan sus actividades laborales para un mismo empleador, sea por cuenta propia o ajena, como respuesta a una prestación de servicios prolongada o por incapacidad, por medio de una renta que permita satisfacer los costos mínimos que demandan sus necesidades básicas.

Por lo general, el derecho a la jubilación patronal se materializa mediante una renta mensual vitalicia —de tracto sucesivo— para el ex trabajador que laboró por veinticinco o más años con el mismo empleador, continuada o discontinuamente, aunque, otros prefieren acceder al fondo global de jubilación patronal. En el caso de que existan herederos, este beneficio se puede pagar por un año más después del fallecimiento del titular. “Su finalidad es la protección en la ausencia de ingresos fijos que se produce como consecuencia del cese laboral”.²¹

De lo anterior se desprende lo siguiente: (a) Se trata de un derecho vitalicio de carácter imprescriptible, irrenunciable e intangible; (b) el titular del derecho es cada persona trabajadora sin discriminación alguna con o sin derecho al seguro de vejez otorgado por el IESS; (c) es necesario que el sujeto pasivo de pago se encuentre vivo y goce de solvencia económica suficiente para acreditar el cumplimiento de la obligación; (c) la capacidad adquisitiva del dinero que se percibe como pensión, debe ser equi-

de 2019.

²¹ CHILA MANZABA, Kléver, “Necesidad de incorporar la jubilación patronal por acumulación de años en el Ecuador”, tesis de abogacía, Universidad Nacional de Loja, 2012, p. 13, consultado en: <<https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/3250/1/CHILA%20MANZABA%20KLEVER%20ESTALIN%20.pdf>>.

valente y permanente durante todo el tiempo de vigencia de la obligación.

En la actualidad, la institución jurídica de la jubilación patronal se la examina del artículo 216 hasta el 219 del Código del Trabajo. A la vez, desde entonces es

[...] objeto de múltiples críticas argumentando su anacronismo y el hecho de poder ocasionar, al contrario de su objetivo, afectaciones a los trabajadores, quienes estarían en peligro de ser despedidos cuando se aproximan los años necesarios para acceder a ella, además de las posibles afectaciones de liquidez que podría ocasionar en las empresas debido al doble desembolso que se generaría por un mismo rubro.²²

Por su parte, el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo, en adelante CT, se refiere a una nueva forma adicional de jubilación patronal proporcional en el caso de despido intempestivo de la persona trabajadora que cumpla veinte años o más pero menos de veinticinco años de servicio.²³

Es decir, como objeto de análisis de este artículo, se puede inferir que la jubilación patronal proporcional es una obligación laboral para la parte empleadora que despide, de forma intempestiva.

²² MOYANO, Juan, “La jubilación patronal en Ecuador”, en *Revistas divulgación*, n.º 2, 2022, pp. 12-7, consultado en: <<https://revistasdivulgacion.uce.edu.ec/index.php/OBSERVATORIO/article/view/325/314>>.

²³ Esta protección normativa surge, a la vez, frente a las prácticas reiteradas de los empleadores, que acudían a la figura del despido intempestivo antes de que los trabajadores cumplieran los años requeridos en la ley (artículo 216), para evitar el reconocimiento de este derecho. Por ello, en su momento, se expiden reformas legislativas en las que se dispone sancionar al empleador que hiciera uso del despido intempestivo para eludir su obligación de pago de la jubilación patronal. ECUADOR, *Ley Reformatoria al Código del Trabajo*, Registro Oficial 817, Suplemento, 21 de noviembre de 1991.

tiva, a la parte trabajadora en las condiciones de tiempo previstas en el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo. Por ello, constituye un derecho adquirido del trabajador que cumple dichos supuestos para un mismo empleador.

La aplicación de esta norma, en la realidad ecuatoriana, es un tema sensible y complejo; pues, si bien, a simple vista, parecería que su aplicación se remite a las prescripciones de los enunciados normativos constantes en el artículo 188, inciso 7 del CT; no obstante, un diagnóstico *a priori*, permite identificar situaciones en las que podrían existir vulneraciones a este derecho cuando se acerca el tiempo establecido para acceder a la jubilación completa o proporcional.

En el Ecuador, la jubilación patronal es un “acto ficto” o de “voluntad tácita” del empleador quienes, a través de la aquiescencia de las autoridades de turno, en ocasiones, se aprovechan de esta figura legal para hacer su voluntad y obstruir el goce de este derecho, lo que provoca que la aplicación de dicha disposición se torne ineficaz.

Por ello, es necesario realizar estudios críticos serios en los que se analice y problematice la jubilación patronal por acumulación de años, a la luz de la interpretación constitucional, a fin de que constituya un mecanismo efectivo que viabilice el reconocimiento de este derecho a las personas trabajadoras.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO CONSTITUCIONAL DE LA JUBILACIÓN PATRONAL PROPORCIONAL Y ESTRATEGIAS ARGUMENTALES

Con la adscripción del Ecuador al nuevo constitucionalismo, se producen transformaciones relevantes en el razonamiento jurídico, entendido como forma de pensar los procesos de interpretación, aplicación y creación del derecho, así como se diversifican los sistemas de fuentes del derecho. Ello obliga a la administración de justicia a fortalecer la argumentación mediante la utilización

de nuevas técnicas de expansión del derecho objetivo hacia la definición de las subreglas jurisprudenciales definidas por las altas cortes de cierre.

En el ámbito laboral, la lógica constitucional conlleva hacia la consolidación de una verdadera hermenéutica creacional conforme sus atribuciones constitucionales y legales más allá de la normatividad jurídica objetiva. Por ello, si bien el artículo 188, inciso 7 del CT establece los presupuestos mínimos requeridos para el pago de la jubilación patronal proporcional, es necesario, analizarlos desde una óptica de respeto y garantía a los derechos laborales y no como mecanismos jurídicos para eludir las responsabilidades de los empleadores frente a los trabajadores.

Desde un punto de vista exegético, la norma del artículo 188, inciso 7 del CT, así como la jurisprudencia reiterada de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia²⁴ establecen dos condiciones que deben cumplirse, para que el trabajador tenga derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal: 1. Que la relación laboral concluya en forma definitiva por voluntad unilateral del empleador—despido intempestivo—; y, 2. Que labore veinte años y menos de veinticinco años, de manera continuada o interrumpida.

De acuerdo con la concepción formal de la argumentación jurídica, dicho caso se centraría en el análisis de los enunciados deónticos de carácter deductivo y la validez de dicho argumento dependería de la conclusión que se infiere necesariamente de las premisas.²⁵ Conforme esta tesis, el enunciado proposicional del artículo 188 inciso 7 del CT, a manera, de ejemplo, se lo representaría de la siguiente manera:

²⁴ ECUADOR, Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, Juicio n.º 2016-2749.

²⁵ ATIENZA, Manuel, *Las Razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005, pp. 8-13. ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 259-63.

La persona trabajadora que cumpla veinte años y menos de veinticinco años de trabajo (continuado o interrumpido) tiene derecho a la jubilación patronal proporcional. ($\wedge X Px \rightarrow Qx$). Luis Zapata no tiene cumplidos 20 años de trabajo (Qa). Por tanto, Luis Zapata no tiene derecho a la jubilación patronal proporcional ($\neg Pa$). En metalenguaje o silogismo judicial se lo representaría se la siguiente forma:

$$\begin{array}{r} \wedge X Px \rightarrow Qx \\ Qa \text{-----} \\ \neg Pa \end{array}$$

Entonces, la interpretación literal del citado enunciado proposicional del artículo 188, numeral 7 del CT producto de la inferencia lógica llevaría a concluir, sin un mayor análisis, que la persona trabajadora que no cumpla, de manera necesaria, con los requerimientos del artículo 188, numeral 7 del CT no tiene derecho a la jubilación patronal proporcional.

Sin embargo, este esquema conceptual plantea algunos inconvenientes en un Estado constitucional de derechos en el que es necesario remitirnos a los principios sociales que guían el derecho del trabajo para resolver los casos que se someten a debate. Para ello, es posible acudir a las “reglas de prioridad”, es decir, aquellas que establecen qué criterios deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones.²⁶

Así, ¿Qué sucede en el caso de ciertos empleadores que despiden a los trabajadores cuando se aproximan a los años necesarios para acceder a la jubilación patronal proporcional?

De acuerdo con la interpretación literal de los enunciados normativos del artículo 188, inciso 7 del CT, la respuesta es clara en el sentido de dichas personas trabajadoras no tendrían derecho a la jubilación patronal proporcional.

²⁶ Debe recordarse que el objetivo de la interpretación constitucional del derecho social tiene que destinarse, en último término, a administrar justicia y buscar lo mejor.

Sin embargo, se enfatiza que el nuevo paradigma constitucional no solo tiene disposiciones que tienen una necesaria estructura normativa, sino que busca “reconocer y garantizar” derechos —derecho de mínimos—, entre ellos, el derecho al trabajo, dignidad, vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas (art. 33 de la Constitución), a diferencia de la ley que se caracteriza por un contenido normativo en la que se produce la fijación de un presupuesto de hecho y la vinculación al mismo de unas consecuencias jurídicas —derecho de máximos—.²⁷

Las normas constitucionales que se denominan principios buscan, a diferencia de las leyes, que los derechos —en este caso laborales— se armonicen y concilien en la mejor medida de lo posible a fin de que el trabajador cuente con una pensión necesaria para su subsistencia después de haber servido a la sociedad, sin que ciertas argucias de los empleadores les impidan el acceso al mismo.

Además, la naturaleza de los derechos laborales y los principios en los que se inspira, la característica tutelar del Derecho del Trabajo y el establecimiento de un conjunto de derechos y principios que son indisponibles, y que constituyen el fundamento del ordenamiento jurídico del trabajo, obligan a tomar en cuenta los principios constitucionales por lo que, no puede haber contradicción entre estos y los preceptos legales.

En resumen, en estos casos es necesario hacer un análisis de tipo teleológico con respecto al derecho de una persona trabajadora, que tiene cumplidos más de 19 años y se la despide intempestivamente, faltando pocos meses para obtener este beneficio de ley.

Al efecto, la Constitución señala que el trabajo es un derecho y un deber social. A la vez, el artículo 276 numeral 2 de la Norma Suprema añade que el régimen de desarrollo busca la generación de trabajo digno y estable; y, el artículo 326 numerales 2 y 3 de la CRE añade que el derecho al trabajo se sustenta en la

²⁷ PÉREZ ROYO, Javier, *La Interpretación de la Constitución*, pp. 136-8.

irrenunciabilidad e intangibilidad de sus derechos y, que, 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. Por su parte, el artículo 4 del Código del Trabajo también hace referencia a irrenunciabilidad de derechos de los trabajadores y al principio de aplicación favorable al trabajador.

Es decir, desde la lógica constitucional el tratamiento del derecho laboral merece especial atención debido a su carácter esencialmente tuitivo, al inspirarse en el principio protector, el de primacía de la realidad y el de igualdad, que responden al objetivo de instaurar un amparo preferente al trabajador frente a los eventuales abusos de que pueda ser objeto, lo rodea de una serie de derechos y garantías que se consideran indispensables a fin de garantizarle un mínimo de bienestar individual y familiar con el propósito de que prevalezca su dignidad humana.

La efectividad de estos derechos no es un asunto que únicamente concierne al trabajador, sino que también compromete a los empleadores, al legislador y demás autoridades, en las que se incluyen las encargadas de impartir justicia en materia laboral.²⁸ Los principios jurídicos del Derecho Laboral deben entenderse como “[...] líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones, por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver casos no previstos [...]”.²⁹ Estos principios son construcciones teóricas que no se inducen de la aplicación del ordenamiento jurídico, al contrario, se deducen de la razón y de las exigencias de la justicia; su aplicación permite distinguir lo justo en el caso concreto.

²⁸ COLOMBIA, Corte Constitucional, “Sentencia C-968/03”, 21 de octubre de 2003.

²⁹ PLÁ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1998, 14.

De igual manera, el principio de irradiación constitucional previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, implica el reconocimiento expreso no solo de la supremacía constitucional, sino paralelamente de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que el control de convencionalidad se constituye en un mecanismo fundamental para la garantía plena de los derechos, en tanto permite que los órganos jurisdiccionales no se limiten a un análisis de las disposiciones internas, sino que además recurran a los tratados internacionales, a fin de dotar de contenido integral a los derechos bajo análisis. En tal sentido, conviene destacar las declaraciones de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales al trabajo.

En el caso en concreto, el carácter imprescriptible e irrenunciable que tiene el derecho a la jubilación, se basa en el espíritu protector que lo inspira, que consiste en garantizar, en forma permanente, durante la vida del ex trabajador y un año después de su muerte, un ingreso económico que le permita vivir con dignidad. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, señala:

[...] desconocer o limitar el derecho de una pensión jubilar vitalicia de un adulto mayor a las que se refiere el artículo 216 del Código del Trabajo, conlleva someterlo a condiciones de eventuales carencias de medios de subsistencia y de poder gozar de un status de tranquilidad en una etapa respetable en la vida de todo ser humano, cuando también los derechos de los trabajadores son irrenunciables, y que todo ello guarda relación directa con los derechos a la dignidad de las personas, reconocida y plasmados en nuestro texto constitucional y en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.³⁰

En este contexto, resulta adecuado sentar los mismos criterios vertidos por la Corte Constitucional respecto de la jubilación

³⁰ ECUADOR Corte Constitucional, “Sentencia n.º 039-11-SEP-CC, en caso n.º: 0671-10-EP, 16 de noviembre de 2011.

patronal, en general, para el análisis de la jubilación patronal proporcional, en particular, puesto que sus objetivos con similares que consisten en la concreción de derechos relacionados con la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad social y la vida digna.³¹

Al tenor de los postulados del Estado constitucional, el derecho a la pensión jubilar tiene conexión directa con el derecho al trabajo, y lo que persigue es asegurar el descanso remunerado y digno, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.³²

En consecuencia, a partir de un análisis de derechos sociales se puede establecer que, en ciertos casos, el criterio interpretativo literal del artículo 188, inciso 7 del CT no siempre es adecuado para el análisis de los casos, sino que es necesario analizar el contexto en el que se desenvuelve la norma y las situaciones fácticas que las rodean. Entre otras cosas, porque el legislador no fue consciente del problema que iba a plantearse con aquellos trabajadores a quienes les faltaban pocos meses para acceder a su derecho a su jubilación patronal proporcional y sus empleadores, sin ningún fundamento, procedieron a despedirlos de forma intempestiva. Además, las normas deben interpretarse de acuerdo con los fines y con los valores que tratan de alcanzar y asegurar; y la interpretación amplia, que optimiza los derechos y los aplica de forma más favorable es aquella que permite entender la fracción de un año como año completo para efectos de cálculo de la jubilación patronal proporcional.

El argumento partidario de una expansión del contenido lingüístico del artículo 188 inciso 7 del CT se fundamenta en la habitualidad y vinculación con los principios constitucionales que ga-

³¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, “Sentencia T-398/13”, en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-398-13.htm>>.

³² *Idem.*

rantizan la estabilidad laboral y la justicia en materia de derechos sociales. La habitualidad significa que los argumentos interpretativos funcionan como tópicos que se usan con cierta frecuencia en las sentencias. Por su parte, la vinculación tiene relación a su conexión a ciertos valores básicos para nuestro sistema jurídico político, como en este caso, es la estabilidad como fin social.³³

Sin embargo, supongamos que el derecho a la jubilación patronal proporcional se configura solo por las siguientes razones, que, de forma expresa, señala la ley, esto es: a. Por existir despido intempestivo; y, b. por el cumplimiento de veinte años y menos de veinticinco años de servicios, continuados o interrumpidos. Entonces sería una desmesura calificarlo como un derecho fundamental constitucionalizado. Ahora bien, el derecho a la jubilación patronal proporcional es un derecho fundamental de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución. Por tanto, no cabe suponer que este derecho solo se lo pueda establecer por causas expresamente señaladas en la ley pues ello, podría originar la lesión de otros derechos también fundamentales.

Conforme lo señala Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, son “mandatos de optimización”. En cambio, las reglas son “mandatos definitivos” que pueden ser cumplidos o no. Por ello, en caso de colisión de los principios o derechos estos deben solucionarse ponderando cada uno de ellos.³⁴

³³ GARCÍA AMADO, Juan A., *Interpretar, argumentar, decidir*, Chile, Anuario de Derecho Penal, 2005, pp. 13-4, consultado en: <https://www.academia.edu/34449809/Interpretar_argumentar_decidir>.

³⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 86-7. BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, en *Doxa*, núm 26, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 2003, pp. 225-38, consultado en: <<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/>>

En el presente caso, es necesario que la seguridad jurídica ceda frente al derecho a la estabilidad y otros derechos sociales, con el fin de evitar menoscabar los derechos de las personas trabajadoras pues, en el derecho no importan únicamente los valores formales de previsibilidad sino también su coherencia y el consenso con el resto del ordenamiento jurídico.

Además, si bien, el sistema jurídico establece una solución al problema, de forma general, no toma en cuenta como relevante una propiedad o cualidad que tiene ese planteamiento concreto y que, debería ser primordial, para asignarle una solución diferente.³⁵ Para ello, se plantean reglas interpretativas positivas que marcan la preferencia de una de las interpretaciones posibles, por poseer cierta propiedad a la que la regla alude como dirimente de su preferencia. Así, aparecen reglas como el *favor laboratoris* en derecho laboral o la llamada interpretación favorable a los derechos fundamentales o constitucionales, en las que, entre las interpretaciones posibles en discusión, se elige aquella cuya consecuencia supone una mayor realización de la protección de los derechos de la persona trabajadora.

En este caso, la norma en cuestión no toma en cuenta que el inciso 4 del artículo 188 del CT señala que, en los casos de condena al empleador por despido intempestivo en el cálculo de indemnizaciones la “fracción de un año se considerará como año completo [...]”. Lo mismo debería suceder con relación a ciertas consecuencias derivadas de ese obrar de mala fe del empleador, salvo prueba en contrario, como el caso de la jubilación patronal proporcional conforme una interpretación sistemática de la Constitución (coherencia material).

Estructura_y_li_769_mites_de_la_ponderacio__769_n.pdf>. BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 96-7.

³⁵ Sobre las lagunas axiológicas NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 94-5.

En resumen, en el presente caso, resulta incompatible con los principios, directrices y valores de los derechos fundamentales constitucionalizados, interpretar de forma literal el enunciado interpretativo del artículo 188 inciso 7 del CT, con el fin de denegar el derecho a la jubilación patronal proporcional del trabajador, que cumplió más de 19 años de labores, pues, esta forma de interpretación vulneraría la justicia tuitiva y proteccionista del derecho laboral que las autoridades judiciales deben prestar a los trabajadores, para la garantía y eficacia de sus derechos; contraviene los principios de irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los derechos laborales.

V. CONCLUSIONES

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 no presenta mayores avances con relación a la anterior Norma Suprema en materia de jubilación patronal —por cese o despido—, toda vez que no se incorpora, de forma expresa, este derecho en el texto constitucional. Sin embargo, es claro que este derecho se infiere de otros conexos que sí aparecen en la normativa constitucional como una garantía para los trabajadores y un deber del empleador que se encuentra normada en el Código Laboral previa la satisfacción de determinados condicionamientos y reglas.

Por ello, desde los principios y valores constitucionales y la justicia tuitiva del derecho laboral es necesario propiciar lecturas progresivas de la jubilación patronal proporcional que no solo partan de la interpretación literal de la norma jurídica del artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo, sino que también favorezcan una mayor efectivización de los derechos del trabajador, en especial, cuando se identifican situaciones concretas en las que los empleadores, de forma malintencionada, buscan beneficiarse del texto normativo para despedir a sus trabajadores cuando se acerca el tiempo para acceder a este beneficio.

Si bien el artículo 188, inciso 7 del Código del Trabajo se refiere al derecho a la jubilación patronal proporcional en el caso de despi-

do intempestivo de la persona trabajadora que cumpla veinte años o más pero menos de veinticinco años de servicio; no obstante, existen casos concretos, en los que la aplicación literal de dicho enunciado, puede resultar lesiva al valor axiológico del derecho a la jubilación que tiene conexión directa con el derecho al trabajo como fundamento para la satisfacción de las necesidades básicas y el descanso digno y remunerado.

El contenido esencial del derecho a la jubilación patronal, sea por cese o despido, se respalda en la satisfacción oportuna de ciertas condiciones mínimas para el mejoramiento de la calidad de vida y dignidad de las personas. De igual manera, tiene su sustento en la protección a los grupos de atención prioritaria quienes debido a un esfuerzo prolongado de años de trabajo sufren una disminución en la productividad laboral. En esta línea de pensamiento es claro que la jubilación patronal proporcional debe analizarse con nuevas miradas interpretativas a la luz de la Constitución, con el fin de evitar análisis simulados que vacíen de contenido a los derechos sociales.

La deconstrucción de las clásicas formas de interpretación literal de las normas y principios del derecho laboral deben, en casos concretos, reemplazarse por una interpretación universal de límites, y sobre la base de los principios de unidad de la Constitución, fuerza normativa, concordancia práctica, integralidad, progresividad y no regresión arbitraria, con el fin de lograr un efectivo reconocimiento de la jubilación patronal por despido. Esta forma de razonabilidad práctica conduce a pensar el derecho desde el conflicto y no desde las fuerzas de mercado que era la imperante al momento de la promulgación del Código de Trabajo.

Otra solución más tajante pero que rebasa los límites de este ensayo es incorporar en la legislación ecuatoriana la figura de la jubilación patronal (de cualquier empleador) por acumulación de años, con la finalidad de mejorar los sistemas de jubilación patronal y evitar la lesión de este derecho con despidos prematuros innecesarios que vulneran el acceso real a este beneficio por parte de los empleadores.