



32
Pamela
6/09

SEÑORES JUECES Y CONJUEZ DE LA SEGUNDA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS.-

CHRISTIAN RUIZ HINOJOSA, ecuatoriano, mayor de edad, de profesión ingeniero en administración de empresas, por los derechos que represento en mi calidad de Gerente General del BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, conforme lo justifico con el documento certificado que adjunto, por el cual solicite se sirvan declarar legitimada mi intervención en la causa, ante ustedes, respetuosamente, comparezco, dentro del término establecido en la ley, para interponer la presente **acción extraordinaria de protección** en los siguientes términos:

I.- IMPOSIBILIDAD DE INTERPONER RECURSOS A LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADA DENTRO DE UNA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-

a.- Dentro de la acción de protección signada con el número 625-09, que se tramitó ante la **Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas**, conformada por el Dr. Eduardo César Guerrero Mórtoles, Dr. Juan Carrión Maldonado y Dr. Gutemberg Vera Paez, Juez Interino, Juez y Conjuez de esta Sala, se dictó la sentencia de fecha 25 de enero del 2011, a las 09h45, notificada el 4 de febrero de 2011, la misma que **-no admite recursos por ser de última instancia-**, en cuya parte resolutive:

REVOCA la sentencia dictada por la Jueza del primer nivel, y concede la Acción de Protección interpuesta por AUGUSTO JOSÉ TAMARIZ BAQUERIZO en contra del Directorio del Banco Central del Ecuador, resolviendo: 1) Declarar la vulneración del derecho a la seguridad jurídica; 2) Que la Resolución DBCE-227-FJP del 4 de marzo de 2009 adoptada por el Directorio del Banco Central del Ecuador, vulnera los derechos constitucionales que se han detallado en esta sentencia; y, 3) Como reparación integral, se dispone que el Banco Central del Ecuador, proceda inmediatamente a cumplir con honrar su obligación adquirida de pagar la pensión jubilar al accionante en la forma que venía percibiéndola por ser un derecho adquirido con anterioridad, debiendo además cancelar los valores que se encuentran pendientes de pago.



De conformidad con el Art. 8, numeral 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala las normas comunes a todo procedimiento constitucional, "los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial", sin que existan recursos adicionales a éste.

II.- SALA DE LA QUE EMANA LA DECISIÓN VIOLATORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.-

Es la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, conformada por el Dr. Eduardo César Guerrero Mórtoles, Dr. Juan Carrión Maldonado y Dr. Gutemberg Vera Paez, Juez Interino, Juez y Conjuez de esta Sala.

III.- IDENTIFICACIÓN PRECISA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VIOLADO EN LA DECISIÓN JUDICIAL

El derecho constitucional que se ha violado en la sentencia dictada el 25 de enero del 2011, a las 09h45, notificada el 4 de febrero de 2011 por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ES EL DERECHO A SER JUZGADO POR EL JUEZ COMPETENTE, consagrado en las siguientes normas de la *Constitución del Ecuador*:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.



37
f. 37
f. 37

En el presente caso, el señor AUGUSTO JOSÉ TAMARIZ BAQUERIZO, utilizó una acción de protección alegando una supuesta violación a un derecho constitucional, para impugnar un acto administrativo, ventilando cuestiones NO constitucionales sino por el contrario, asuntos de mera legalidad, inobservando así el trámite propio del procedimiento contencioso administrativo, situación que estaba expresamente prohibida por el Art. 50, letra a) y b) de la Reglas de Procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, vigente a la fecha de interposición de la acción.

IV.- MOMENTO EN QUE SE ALEGÓ LA VIOLACIÓN ANTE LA JUEZA O JUEZ QUE CONOCE LA CAUSA

Como se puede observar del expediente, la incompetencia del Juzgador fue alegada tanto en la audiencia celebrada dentro de la acción de protección como desde el primer escrito presentado el 29 de mayo de 2009 por el Banco Central del Ecuador, ante la Jueza de Primera instancia, escrito que contenía nuestras excepciones y en cuyo acápite I, numeral 2, se argumenta detalladamente la violación de trámite, en los siguientes términos:

"2.- NO PROCEDE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN CUANDO SE REFIERA A ASPECTOS DE MERA LEGALIDAD:

El Juez de lo Civil es incompetente para resolver sobre el asunto que se ventila, conforme expresamente lo establece el artículo 50 letras a) y b) de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional.-

La acción de protección planteada es improcedente porque se refiere a aspectos de mera legalidad. En efecto, el literal a) del artículo 50 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional dispone:

Art. 50.- La acción de protección no procede:

- a) *Cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa.*



Para reclamar, como lo hace la parte accionante, el ejercicio de derechos que provienen de su relación con una institución pública, existe la vía contencioso administrativa.

La competencia del Juez o Tribunal es una de las solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, conforme lo ordena el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil y los jueces o Tribunales deben declarar tal nulidad aún de oficio, según lo dispone el artículo 349 ibídem, tanto más que la competencia del juzgador determina la pertinencia del trámite a seguirse.

La alegada incompetencia se produce también porque la acción propuesta contraviene la disposición del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que establece que el recurso contencioso administrativo puede interponerse contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública que vulneren un derecho del demandante.

En general, es evidente que los reclamos del actor no son materia de una acción de protección, según los términos previstos en la Constitución de la República.

A decir del accionante, el Banco Central habría vulnerado derechos y disposiciones de orden "legal". Lo ilegal, antijurídico, arbitrario, es ajeno al control constitucional. Ello corresponde a la esfera del control de legalidad de los actos. Son impropias a la acción de protección las pretensiones del recurrente. Por esta razón, la acción propuesta es improcedente de acuerdo a lo previsto en la letra a) del artículo 50 de las Reglas de la Corte Constitucional.

Los jueces que ejercen competencia constitucional deben saber distinguir entre los derechos fundamentales y los derechos que pueden ser exigidos por la vía ordinaria. El recurrente pretende desconocer el artículo 173 de la Constitución de la República¹ y el principio de la no subsidiariedad recogido en el numeral 3 del artículo 43 de las Reglas² tantas veces señaladas.

¹ Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

² Art. 43.- Principios de aplicación de las garantías jurisdiccionales.-



34
Juez
F. C.

En concordancia con lo anterior, según el artículo 217 del Código Orgánico de la Función judicial, corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo, conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público.

El accionante solicita que el juez desconozca la normativa vigente e impida cualquier tipo de revisión contemplado en el marco constitucional y legal actual, petición improcedente toda vez que si existen disposiciones de obligatoriedad general nuevas y vigentes, éstas son de cumplimiento obligatorio, tanto para la administración, como para los administrados y no pueden dejar de observarse por beneficiar a determinados sectores.

Si considera que una nueva legislación es contraria a los preceptos constitucionales, tienen la acción pública de inconstitucionalidad para demandarla. Si consideran que un acto normativo erga omnes vulnera preceptos legales, existe el recurso objetivo de anulación o por exceso de poder, previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para acceder a la tutela de la norma jurídica objetiva de los actos o resoluciones administrativas que tengan carácter general.

La acción de protección no puede ser utilizada en reemplazo o sustitución de las vías previstas en el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, solicito expresamente que usted, señor Juez, al amparo de lo previsto en las letras a) y b) del artículo 50, antes transcritos, se sirva declarar que no procede la acción de protección propuesta, por cuanto ésta se refiere a aspectos de mera legalidad y violentan el principio de no subsidiaridad.

P.

3. No subsidiariedad.- No se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



Cabe indicar que el principio establecido por el Art. 50 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional se encuentra también recogido en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 42.- Imprudencia de la acción.- La acción de protección de derechos no procede:

4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.

Está claro que debe entenderse que la eficacia se refiere en cuanto a la protección de un derecho constitucional vulnerado, puesto que evidentemente, una acción de protección siempre va a ser más ágil y eficaz que cualquier otra, pero lo que la norma pretende es QUE NO SE GENERALICE EL ABUSO DE LA ACCIÓN, EN ASUNTOS QUE NO SON CONSTITUCIONALES, como en el presente caso, que se le dio categoría de "derecho constitucional", a un privilegio obtenido al margen de la ley y cuya discusión le pertenecía al campo contencioso administrativo por ser un asunto de mera legalidad.

V.- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL PROBLEMA JURÍDICO Y DE LA PRETENSIÓN.-

El problema jurídico de las pensiones jubilares que se han venido entregando sin que se hayan cumplido los requisitos legales mínimos, por parte de varias instituciones públicas, tiene relevancia constitucional puesto que atenta contra la igualdad de los ciudadanos ante la ley y compromete además los recursos públicos económicos del Estado, pertenecientes a todos los ecuatorianos, cuando asume la calidad de empleador.

En el caso del Banco Central del Ecuador, la decisión de suprimir estas pensiones jubilares, se fundamenta en el análisis efectuado por el Intendente Nacional de Seguridad Social de la Superintendencia de Bancos y Seguros, con oficio No. INSS-2008-772 de 19 de agosto de 2008, dentro de la auditoría realizada al Fondo Complementario Previsional Cerrado de los Empleados, Jubilados y Pensionistas del Banco Central del Ecuador (FCPC-BCE). A continuación se citan varias afirmaciones efectuadas por el organismo de control:



35
Kermito
Cassio

"II. OBSERVACIONES

(...) *Que en lo medular permiten acogerse a la jubilación, a los funcionarios y empleados del BCE, sin sustento en las Leyes de Seguridad Social vigentes; entre otros:*

- *Acreditar 20 o más años de servicio y 45 años o más de edad.*
- *La pensión mensual jubilar se calcula tomando en cuenta la remuneración y el tiempo de servicio que tuvieron al 31 de diciembre de 2003.*
- *Compra de requisitos para completar los 20 años de servicio y 45 años de edad.*
- *Pago por compra de requisitos mediante cancelación de haberes.*
- *Pensiones jubilares de hasta el 100% de los ingresos percibidos.*

2.2. *La Resolución de 10 de noviembre del 2004, presidida por el Ing. Miguel Robayo Páez, Subgerente General a esa fecha, dictada por el Consejo de Administración del Fondo de Pensiones Jubilares, por la que se expidió el Estatuto del FCPC de empleados, jubilados y pensionistas del BCE; reconoció derechos no previstos en norma legal alguna: la Constitución Política de la República del Ecuador, Ley de Seguridad Social, estableciendo edades menores para acogerse a las contingencias de vejez dispuestas en el artículo 112 del Estatuto de la Ley del Seguro Social Obligatorio vigente a esa fecha (55 años de edad y 30 años de servicio) y disposiciones relativas a la materia contenidas en Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador ha sido y es suscriptor.*

La aprobación del Estatuto efectuado por el Consejo de Administración del Fondo de Pensiones Jubilares, no obstante haber sido aceptado por la Superintendencia de Bancos y Seguros como parte integrante de la escritura de constitución, mantuvo y consolidó el manejo de un régimen de pensiones diferenciado y excesivo al previsto en el régimen del Seguro General Obligatorio, reconociendo una contingencia de vejez no sustentada.

2.5. *La Resolución JM-446-FPJ de 9 de junio de 1992, presidida por el Dr. Rodrigo Moscoso, expidió el Reglamento del Fondo de Pensiones Jubilares. Este reglamento, estableció en 25 años el tiempo mínimo de servicio al Banco para acceder a la jubilación ordinaria, con una edad mínima de 50 años, disminuyendo requisitos establecidos en las normas de Seguridad Social.*

La autorización contenida en el artículo 21 de este Reglamento para que el Banco Central del Ecuador invierta en 1992 la suma de 20.000 millones de sucres no fue una operación prevista en la Ley de Régimen Monetario de 7 de mayo de 1992. Además dicha autorización para invertir, no contó con el estudio actuarial correspondiente. El artículo 97, letra g) de la Ley de Régimen Monetario prohibía al BCE, efectuar operaciones no autorizadas.

El Banco Central del Ecuador, debía contar con estudios financieros actuariales previos a autorizar las asignaciones correspondientes al incremento de las pensiones jubilares, que incorporaron componentes que no tenían el debido sustento técnico, situación que generó déficit y necesidad de mayor disponibilidad por parte del BCE.

(...)

P



2.8. La Resolución No. JM-543-BCE de 20 de junio de 1995 y el instructivo de Gerencia para la aplicación del artículo 15, presidida por Econ. Ana Lucía Armijos y el Instructivo suscrito por el Econ. Augusto de la Torre, en calidad de Gerente General a esa fecha, se dictó para normar el Sistema de Separación de los Servidores del Banco Central del Ecuador. El instructivo incorporó disposiciones no previstas en la resolución, relacionadas con la compra anticipada de aportes. En consecuencia quienes se acogieron a la jubilación en la aplicación de este instructivo lo hicieron de manera ilegal; independientemente que la misma Resolución JM-543-BCE, no tuvo sustento en la normativa de Seguridad Social vigente a esa fecha.

(...)

2.12. La Resolución No. JM-642-BCE de 13 abril de 1998, presidida por Econ. Francisco Swett Morales, autorizó un incremento a los pensionistas que obtuvieron su jubilación hasta 1994, beneficiando con el 100% de incremento a quienes desempeñaron los cargos de Presidente de Junta Monetaria, Gerente o Subgerente General de la Institución; incremento superior al de la masa salarial del 25.6%, previsto en el presupuesto de la Institución para ese año.

Esta Resolución privilegió a un reducido número de funcionarios que desempeñaron cargos relevantes, contraviniendo disposiciones legales previstas en la Constitución Política del Ecuador, Ley de Régimen Monetario y Ley del Seguro Social Obligatorio.

2.13. La Resolución No. DBCE-064-D-BCE de 26 de julio de 2000, presidida por Econ. José Luis Ycaza, es la primera resolución de carácter administrativo que se adopta bajo un nuevo esquema monetario (Dolarización), para normar LA PRIMERA ETAPA DEL PROCESO DE DESVINCULACIÓN DEL PERSONAL DEL BCE; sujetos a la Ley del Servicio Civil y Carrera Administrativa.

Esta resolución establece derechos no aplicables para el personal sujeto a la Ley de Servicio Civil Carrera Administrativa, relativas a las pensiones jubilares, normadas internamente por los estamentos directivos del BCE sin sustento alguno en las normas de Seguridad Social vigentes a partir de 1992.

La autonomía administrativa y patrimonial del BCE, persona jurídica de Derecho Público, no puede desbordar los ámbitos de la Ley de Régimen Monetario y modificar condiciones y contingencias para acceder a los beneficios de las pensiones jubilares, normadas por la Constitución y Leyes de Seguridad Social vigentes a esa fecha. (...)

DISPOSICIONES:

3.15. AL DIRECTORIO DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR Y ADMINISTRADOR DEL FONDO DE PENSIONES JUBILARES DEL BCE

(...) Las pensiones jubilares en curso de pago que no se sustenten en las normas y en los cálculos referidos anteriormente, por constituir privilegios y carecer de sustento jurídico, no son imputables a derecho adquirido.

El Gerente General del Banco Central del Ecuador y el Directorio, arbitrarán las medidas que precautelen el buen uso de los recursos públicos ya que dichas pensiones no podrán ser consideradas en los presupuestos anuales del Banco Central del Ecuador. (Anexo Jubilado con edades entre 45 y 55 años)

(Las negrillas y el subrayado son nuestros)



36
frente
x sus

De las referencias antes transcritas se observa que las actuaciones del Fondo de Pensiones, se hicieron sin sustento constitucional ni legal alguno. La violación a la Constitución y a la ley no genera derecho adquirido alguno, por el contrario, los organismos de control tienen la obligación de efectuar los análisis correspondientes y, en el evento de encontrar irregularidades, disponer que esos eventos reñidos con el derecho dejen de tener vigencia y no sigan causando perjuicio a los recursos públicos. En el presente caso, la Superintendencia de Bancos y Seguros, órgano de control del Banco Central del Ecuador, en el ejercicio de sus competencias de supervisión, estableció irregularidades en el manejo del Fondo de Pensiones y en el Fondo Complementario de los Jubilados y Empleados del Banco Central del Ecuador, por lo tanto, lo que se consigue al margen de la ley, no genera derecho adquirido alguno.

Consta del proceso un cuadro que detalla las 124 personas que dejaron de percibir su pensión jubilar, en el que se aprecia que, no se cumplieron los requisitos que exige la Seguridad Social para acceder al derecho de jubilación por vejez, así como tampoco, los que dicen relación a la jubilación especial reducida, que otorgaba el IESS a la fecha de separación de los ex servidores del Banco Central.

En consecuencia, al no haberse cumplido los requisitos establecidos por la legislación de Seguridad Social, no estamos hablando de ningún derecho constitucional, por el contrario, en el caso que nos ocupa, se ha abusado de la acción de protección, puesto que se ha utilizado este recurso para reclamar, como lo hace el señor Tamariz Baquerizo, el ejercicio de derechos que provienen de su relación con una institución pública, cuando existe la vía contencioso administrativa, CUYO TRIBUNAL ES EL COMPETENTE para impugnar el acto administrativo que establece que las pensiones jubilares se obtuvieron al margen de la ley.

Al ser este un asunto de mera legalidad, como ya fue explicado en los párrafos, precedentes, se han violado los procedimientos contencioso administrativos y por tanto el derecho constitucional del debido proceso, que además constituye uno de los principios de la justicia constitucional de conformidad con el Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:



Art. 4.- Principios procesales.- La justicia constitucional se sustenta en los siguientes principios procesales:

- 1. Debido proceso.-** En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Cabe indicar que la importancia de esta acción, radica también en que existen actualmente varias sentencias de última instancia presentada por ex jubilados que se encuentran en la misma situación del señor Tamariz Baquerizo, en las que se contradice el tenor de la sentencia que se impugna mediante la presente acción extraordinaria de protección, pues las demás han sido rechazadas precisamente por tratarse de asuntos de mera legalidad, en virtud de lo cual, es necesario no solo evitar la violación del derecho constitucional de ser juzgado por el Juez competente, sino también establecer cuál es el precedente judicial que debe prevalecer para casos análogos.

VI.- ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN.-

Por los antecedentes expuestos, toda vez que en la sentencia de fecha 25 de enero del 2011, a las 09h45, notificada el 4 de febrero de 2011, se ha violado el derecho constitucional del debido proceso específicamente el derecho a ser juzgado por el Juez competente, por resolver sobre asuntos de mera legalidad que no son materia de una acción de protección, comparezco para interponer como en efecto lo hago, la presente acción extraordinaria de protección con el fin de que previa notificación a la contraparte, se envíe el expediente completo a la Corte Constitucional al tenor de lo previsto en el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

VII.- DOCUMENTOS ADJUNTOS.-

Adjunto a la presente acción extraordinaria de protección se servirá encontrar los siguientes documentos:

f.

- a.- Nombramiento de Gerente General otorgado a mi favor, en virtud del cual solicito se declare legitimada mi intervención en esta causa.



(27)
Frente

b.- Sentencias dictadas por jueces y tribunales de Pichincha, Guayas y Azuay, que contradicen lo expresando por la sentencia, dictada por la Segunda Sala de lo Penal del Guayas, que se impugna a través de la presente acción extraordinaria de protección.

VIII.- AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES.-

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla constitucional número 1074 de los abogados Bernardo Morán Nuques, María Alexandra Macías Cedeño, Ana María Valarezo Loayza, Martha Jiménez Palacios, María Fernanda Velásquez Solórzano, Eugenia Álvarez Yépez y Gustavo Olvera Barbotó, a quienes autorizo para que de manera individual o conjunta, presenten cuanto escrito o documento consideren necesario en la defensa de nuestros intereses.

Es Justicia.-

Ing. Christian Ruiz Hinojosa
Gerente General
Banco Central del Ecuador

Ab. Alexandra Macías Cedeño
Mat. 09-2010-100 Foro de Abogados

Presentado en Guayaquil, Febrero veinticuatro del dos mil once a las dieciséis horas y veinte minutos, con copia igual a su original. Adjunta treinta y un anexos.- Lo certifico.

SECRETARIA RELATIVA DE LA
2da. SALA DE LO PENAL
DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS

