SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Acción de Protección No. 593-2011

Ponencia Ab. José Navarrete Vera

RELACIÓN: En esta fecha y ante los señores Fernando Xavier Andrade Álvarez, Robert Bolívar Díaz López y José Roberto Navarrete Vera, Conjueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, con la intervención de la suscrita Secretaria Relatora encargada Abogada Monserrath Patricia Baquerizo Yela, según acción de personal No. 3640-UARH-KZF, de fecha 17 de julio del 2012, se hizo el estudio en Relación con la presente causa.- Guayaquil, 03 de agosto del 2012.-

Ab. Monserrath Baquerizo Yela
SECRETARIA RELATORA (E) DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS

Guayaquil, 03 de agosto del 2012, a las 12h05.-

VISTOS: Los suscritos, abogados Fernando Xavier Andrade Álvarez, Robert Bolívar Díaz López y José Roberto Navarrete Vera, avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de conjueces encargados en vista de las acciones de personal Nos. 2598-UARH-HAM, 2597-UARH-HAM y 2596-UARH-HAM, emitidas el día 31 de mayo del 2012, respectivamente, por el abogado Luis Naranjo Vergara, Director Provincial del Guayas y Galápagos del Consejo de la Judicatura de Transición. Agréguese a los autos el escrito presentado por el General de Brigada Edwin Roberto Freire Cueva, en su calidad de Director General del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Sobre el pedido de Audiencia que formula, es preciso indicar que mediante decreto de 29 de septiembre de 2011; las 10h48, se señaló para el día viernes 21 de octubre de 2011, a las 10h00, para que las partes sean oídas en Audiencia, diligencia que se efectuó con la intervención de los patrocinadores de los litigantes, según obra de la razón

actuarial que corre a fs. 9 de la instancia. Al respecto, el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, aplicable al caso en análisis, dispone que "... *De considerarlo necesario, la jueza o juez podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia, que deberá realizarse dentro de los siguientes ocho días hábiles...*"; por su parte el artículo 4 ibídem que regula los principios procesales, numeral 11, literal b) señala que en estos casos se debe limitar el proceso a las etapas, plazos, y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias. Por dichas consideraciones, la Sala estima innecesario convocar a una nueva Audiencia, pues atentaría contra los principios invocados y con el tratamiento urgente y prioritario que esta clase de acciones debe tener, por lo tanto se deniega el pedido hecho por el representante del ISSFA. En lo principal, mediante sorteo reglamentario que consta a fs. 2 de esta instancia ha subido en grado este proceso por el Recurso de Apelación interpuesto por la entidad accionada y por la Procuraduría General del Estado, respecto de la sentencia dictada con fecha 2 de septiembre del 2011, las 15h01 por la Jueza Encargada del Juzgado Primero de Inquilinato y Relaciones Vecinales del Guayas, dentro de la Acción Constitucional de Protección No. 0286-2011 y siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO:** Los suscritos Conjueces de la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, somos competentes para conocer y resolver el presente expediente de Acción de Protección, como Jueces Constitucionales de Segunda Instancia, de conformidad con el artículo 86 numeral 3 inciso segundo de la Constitución de la República, habiéndose interpuesto dentro del término legal el recurso de Apelación, de conformidad con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) por lo que es viable y admisible.- **SEGUNDO:** En la tramitación del proceso se han observado las normas establecidas para este tipo de Acción y no se advierte omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión del mismo,

por lo que se confirma su validez.- **TERCERO:** De lo revisado y analizado por la Sala, en la especie se observa: De fs. 10 a 13 de los autos, comparece el CPCB –(sp) JACINTO EUGENIO OCHOA PERALTA, para proponer Acción de Protección, fundamentado en los Artículos 86 y 88 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también los artículos 39 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en contra del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. En su petición, el accionante manifiesta que: Desde el 1 de septiembre de 1965 fecha en la que obtuvo el Alta hasta el 1 de febrero de 1984 prestó sus servicios en diferentes repartos en la Armada del Ecuador.- Que la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas vigente en la época de su ingreso establecía la base de 15 años de servicio para obtener la pensión de retiro militar.- Que el 7 de Agosto de 1970, es decir 5 años después de su ingreso a la Armada del Ecuador, se publicó en el Registro Oficial 70 el Decreto Supremo No. 200 que en su parte pertinente establecía que "Los miembros de las Fuerzas Armadas que se reclutaren como Oficial o Tropa a partir del 1 de Julio de 1970, para tener derecho a que se les conceda pensión de retiro militar, deberán acreditar veinte años de servicio activo...".- Que durante todo el tiempo de su servicio a la Armada del Ecuador realizó las aportaciones que por ley corresponden al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del Ecuador (ISSFA).- Que el 20 de agosto de 2010 presentó ante el Director General de ISSFA una solicitud para obtener su afiliación y la correspondiente pensión de retiros que por derecho le corresponde.- Que el 2 de septiembre de 2010 le fue notificado el Oficio No. 100424-ISSFA-e2 por medio del cual en la parte pertinente el Director General del ISSFA, en base al Decreto Supremo ya citado, resuelve que su petición "no puede ser atendida". Señala el recurrente que al negar su petición para obtener la afiliación al ISSFA y en consecuencia negándosele las pensiones que por derecho constitucional le asisten, en base a la aplicación de las normas de un Decreto Supremo que entró en vigencia luego de 5 años después de su ingreso a la Armada del Ecuador, se está violentando gravemente su derecho a la Seguridad Jurídica,

contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República.- Así mismo refiere que en su caso se están violentando entre otros, el derecho a la Seguridad Social, regulado en el artículo 34 de la Constitución de la República y el Derecho al Trabajo consignado en el artículo 236 ibídem. De igual manera hace énfasis en el principio de irretroactividad de las leyes y normas que -a su decir- en la especie se estaría transgrediendo al pretender aplicársele un Decreto Supremo con carácter retroactivo. Precisa que el acto que violenta diferentes derechos constitucionales está contenido en el Oficio No. 100424-ISSFA-e2 en donde se le desconoce su derecho constitucional a obtener la afiliación al Seguro Social de las Fuerzas Armadas donde brindó sus servicios por más de 18 años, que por medio del oficio mencionado se desconoce su derecho constitucional a la seguridad jurídica puesto que están aplicando retroactivamente normas que le perjudican.- **CUARTO:** Aceptada al trámite la Acción (fs. 15), la Juez de la causa dispuso que se cuente con el Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado, convocando a las partes a Audiencia Pública, previa citación al ente accionado. La citada diligencia, finalmente y en virtud de las constancias procesales se realizó el 01 de Agosto del 2011, las 15h00 (fs. 24 a 27), a la que concurren las partes para hacer valer sus derechos y quienes han aportado la documentación necesaria a su favor para ser analizado; siendo que por la parte accionante en su intervención, se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho del contenido de su acción, precisando que "... se presenta la acción de protección con la finalidad de que se ordene el cese a la lesión de los derechos ya mencionados, y en consecuencia, se ordene la aceptación al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y el cobro de las pensiones que por derecho han correspondido y corresponden...". La entidad accionada, por su parte, ha presentado y expuesto los argumentos de descargo por los cuales considera improcedente la Acción de Protección propuesta, entre los que se destacan: Incompetencia del Juzgador, dado que el acto que el recurrente considera atentatorio a derechos constitucionales ha sido emitido en Quito, es ante un Juez de dicha jurisdicción que debió plantearse la acción, situación que se ve amparada,

adicionalmente, en que el domicilio legal del ISSFA está situado en la ciudad de Quito, para lo cual invoca también reglas procedimentales relativas a la competencia.- Señala también que el recurrente no ha cumplido el tiempo establecido en el Decreto Supremo No. 200, publicado en el Registro Oficial No. 34 del 07 de agosto de 1970, para gozar de los beneficios reclamados, y; que considera que la vía adecuada para hacer su reclamación es la contenciosa administrativa y no la constitucional, pues no existe vulneración de derecho constitucional alguno.- **QUINTO:** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, consagrando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal; garantías exigidas por la Constitución, aplicando el principio de imparcialidad, debiéndose resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Así mismo el artículo 82 de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la seguridad jurídica: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". El objetivo principal de la Acción de Protección, en lo sustancial se circunscribe al otorgamiento de la tutela judicial efectiva que permite a los Jueces Constitucionales adoptar medidas de suspensión o reparación tendientes a cesar o remediar de manera inmediata un acto u omisión ilegítimo atribuible a una autoridad de la Administración Pública que haya causado un daño grave o irreparable, que se viole derechos fundamentales de las personas, constantes en la Constitución o en instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador.- **SEXTO:** Conocidos los fundamentos de la acción propuesta y la contestación y argumentos de descargo presentados por la entidad accionada por los cuales -a su decir- se torna improcedente esta demanda, debemos mencionar: **a).-** Que a fojas 1 y 2 de los autos

consta Certificación emitida por la Armada del Ecuador por la que se acredita que el recurrente de esta acción, de acuerdo a los registros existentes, posee el **Alta** en calidad de GAMA ESCUELA NAVAL MILITAR DE SALINAS el 01 de septiembre de 1965 y la **Baja** en calidad de CAPITÀN DE CORBETA el 01 de febrero de 1984, totalizando un tiempo de **18 AÑOS, 5 MESES** en la Institución, lo que de igual manera ha sido reconocido en el oficio cuyo contenido se impugna; **b).-** Que a foja 51 a 58 de los autos consta el Acta de Reinstalación de la Audiencia celebrada el 26 de agosto del año 2011, acto en el cual la defensora de la entidad accionada, hizo entrega del expediente del señor Capitán de Corbeta Fernando Toledo Párraga en 64 fojas certificadas *(expediente que había sido solicitado sea incorporado como prueba a favor del accionante Ochoa Peralta)*, precisando que la Junta de Calificaciones de Servicios Militares, concedió la pensión de retiro solicitada por el CPCB. Mario Fernando Toledo Párraga, en mérito a la resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales, la misma que en su extracto (fs. 71), indica: "*... EL TRIBUNAL DE GARANTÌAS CONSTITUCIONALES, SIENDO COMO ES COMPETENTE PARA CONOCER Y RESOLVER EL PRESENTE CASO, Y CONSIDERANDO QUE LA JUNTA CALIFICADORA DE SERVICIOS MILITARES, AL NEGAR MEDIANTE RESOLUCIÒN DEL 3 DE JULIO DE 1985, LA SOLICITUD DE CALIFICACIÓN DE SERVICIO PARA LA OBTENCIÒN DEL BENEFICIO DE PENSIÒN DE RETIRO MILITAR PRESENTADA POR EL CAPITAN DE CORBETA EN SERVICIO PASIVO, MARIO FERNANDO TOLEDO PÀRRAGA,* ***HA DADO EFECTO RETROACTIVO A LOS ARTS. 1 Y 2 DEL DECRETO NUMERO 200 DEL 05 DE AGOSTO DE 1970****...*" (lo que se resalta es propio de la Sala); **c).-** Que el señalado Decreto Supremo No. 200 emitido el 05 de agosto de 1970, por el Dr. José María Velasco Ibarra, por el que se dispone el aumento del tiempo de servicio para gozar de los beneficios como el que el recurrente reclama, en su parte considerativa expresa: "Que la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas vigente contempla la base de quince años de servicio para obtener pensión de retiro militar..."; que es indispensable establecer un relativo equilibrio entre los ingresos y egresos,

aumentando el tiempo para el retiro a veinte años de servicio activo; "... Que el aumento del tiempo de servicio anteriormente indicado requiere aplicarse a quienes fueren reclutados desde el 1 de Julio de 1970, debiendo regir, para los actuales, el mismo tiempo de servicio y más condiciones inherentes al retiro y cesantía, ya que la Ley no tiene efecto retroactivo..."; **d).-** Que la defensa de la entidad accionada, a este respecto, principalmente se ha constreñido a señalar de manera reiterada que en la especie sí es aplicable el Decreto Supremo No. 200 y que el recurrente sólo ha cumplido 13 años, 1 mes y 12 días de aportaciones, por lo cual se torna improcedente su pretensión. Sobre este punto, obra del expediente de instancia, a fs. 38 y 39, que se ha acompañado por parte de la entidad accionada sendas certificaciones respecto de la situación del recurrente en las que se lee: "Liquidación Tiempo de Servicio ISSFA", documento éste que recién ha sido incorporado en esta Instancia y que totaliza un tiempo de 13 AÑOS, 1 MES y 12 DÍAS; y, una que titulan: "Liquidación de Tiempo de Servicio Militar", documento similar al que obra a fs. 2 del expediente primigenio y que fuera incorporado por Ochoa Peralta y que totaliza un tiempo de 18 AÑOS, 5 MESES. **SÉPTIMO:** El artículo 7 del Código Civil dispone: "... La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo...". De acuerdo a las certificaciones emitidas a las que se ha hecho referencia en la letra a) del Considerando precedente, el recurrente registra el **Alta** en calidad de GAMA ESCUELA NAVAL MILITAR DE SALINAS el 01 de septiembre de 1965 y la **Baja** en calidad de CAPITÀN DE CORBETA el 01 de febrero de 1984, totalizando un tiempo de **18 AÑOS, 5 MESES** en la Institución; por lo tanto para su situación no pueden ser aplicables las normas consignadas en el Decreto Supremo No. 200 emitido el 05 de agosto de 1970, por el Dr. José María Velasco Ibarra, por el que se dispone el aumento del tiempo de servicio para gozar de los beneficios como el que el recurrente reclama. Tratar de aplicar dicha normativa al caso concreto del recurrente a más de entrañar un contrasentido, atenta contra el principio de irretroactividad ya mencionado, tornando la actuación del ISSFA en nula, pues recordemos que al tenor de lo expresado en el artículo 9

del Código Civil, "... Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; presupuesto que a su vez guarda consonancia con lo señalado en el artículo 1478 ibídem que enseña que "... Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano...". **OCTAVO:** La Constitución de la República, establece en su artículo 88 que"... La Acción de Protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación...". De su lado, el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece los requisitos que se deben reunir para la presentación de una Acción de Protección, enunciando en el numeral 1 que la misma procederá cuando exista: "Violación de un derecho constitucional"; violación que según la pretensión del recurrente se ha producido por atentar en contra de su derecho a la Seguridad Jurídica, contemplado en el artículo 82 de la Constitución de la República, el derecho a la Seguridad Social, regulado en el artículo 34 de la Constitución de la República y el Derecho al Trabajo consignado en el artículo 236 ibídem. **NOVENO:** Luis Cueva Carrión, en su obra "Acción Constitucional Ordinaria de Protección", página 17, manifiesta: *"... La acción de protección surge a la vida jurídica como una reacción contra el abuso del poder. Es el escudo jurídico del débil contra el fuerte, del que carece de poder contra el que lo posee y abusa de él. Es un instrumento jurídico creado por el Estado moderno para controlar el ejercicio abusivo y corrupto del poder"..... "El ejercicio de esta acción impide el dominio y el abuso total del poder porque es una barrera de protección jurídica. Sin ella, el poder lo arrasaría todo. Ella, lo frena, lo racionaliza, lo humaniza y lo vuelve a la normalidad y a la civilidad...".* Abundando en lo expresado por el citado jurista, la

Sala acoge el criterio de la doctrina que enseña que la acción de protección no es una obligación subsidiaria, pues bien puede ser ejercida sin que se haya agotado la vía judicial, como en la especie, de ahí que se desecha el argumento de la parte accionada en el sentido que el recurrente debió acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a hacer valer sus derechos, pues entre otros requisitos, lo que se debe probar para proponer acciones como la presente, es que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para tutelar y proteger el derecho violado; situación que en el caso en análisis se agudiza y refleja aún más cuando se ha demostrado que el recurrente padece graves problemas en su salud y que por lo tanto necesita de atención urgente y prioritaria más aún cuando se trata de una persona que en la actualidad es considerada "adulto mayor" y que por lo tanto merece las consideraciones y el trato establecidos en el Capítulo III, Sección 1ª., artículos 36 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador. **DÉCIMO:** No obstante que de acuerdo al actual marco legal, en específico refiriéndonos al artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, es atribución de la Corte Constitucional, expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, merece que la Sala, para ilustrar su criterio, invoque de igual manera lo resuelto por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, en el caso del Capitán de Corbeta Fernando Toledo Párraga que en 64 fojas certificadas se ha acompañado al proceso, en el que dicho organismo declaró con lugar la pretensión del mencionado ciudadano, a quien, en forma similar a lo acontecido con el hoy recurrente, se le habían aplicado en forma retroactiva los presupuestos de los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo No. 200 del 05 de agosto de 1970. En el prenombrado caso, el Tribunal resolvió: "*... Observar a la Junta Calificadora de Servicios Militares y concederle el plazo de 30 días para que enmiende su proceder, ciñéndose para ello a las disposiciones legales pertinentes...*". Es decir, que en caso análogo al presente ya se determinó que el accionar de la entidad recurrida o el de la que esta precede no fue adecuado, ni legal, por lo que se dispuso la rectificación correspondiente. En suma, a criterio de la Sala, ha quedado

demostrado que se pretende aplicar, en detrimento de los intereses y derechos del recurrente, normas de un Decreto Supremo con carácter retroactivo, transgrediendo de esta manera disposiciones expresas de nuestro ordenamiento jurídico como la del artículo 7 del Código Civil. De igual manera es necesario reiterar que en la parte considerativa del mencionado Decreto Supremo No. 200 emitido el 05 de agosto de 1970, por el Dr. José María Velasco Ibarra, claramente se lee que la nueva condición de 20 años de servicio requiere aplicarse a quienes fueren reclutados desde el 1 de Julio de 1970, debiendo regir, para los actuales, el mismo tiempo de servicio y más condiciones inherentes al retiro y cesantía, ya que la Ley no tiene efecto retroactivo, por ende, al CPCB –(sp) JACINTO EUGENIO OCHOA PERALTA, deben aplicársele las normas de la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas vigente en la época de su ingreso la misma que establecía la base de 15 años de servicio para obtener la pensión de retiro militar. Por lo expuesto, sin necesidad de abundar en mayor análisis, puesto que el accionar insustentado de los personeros del ISSFA, atenta contra claros derechos constitucionales como los invocados por el recurrente (seguridad jurídica, seguridad social, trabajo), los suscritos jueces de esta Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, "**ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**", **CONFIRMA** en todas sus partes el fallo del Inferior. Devuélvase el proceso al juez del primer nivel para su ejecución y cumplimiento. Así mismo, la Secretaria Relatora de esta Sala envié copia certificada de la misma a la Corte Constitucional conforme lo estipula el artículo 86 numeral 5 de la Constitución de la República. Cúmplase con las formalidades legales.- Dese lectura y notifíquese.-

Ab. Robert Díaz López
Conjuez Corte Provincial
de Justicia del Guayas

Ab. José Navarrete Vera
CONJUEZ (E)
DE LA CORTE PROVINCIAL DE
JUSTICIA DEL GUAYAS

Ab. Fernando Andrade Alvarez
CONJUEZ
Corte Provincial de Justicia de Guayaquil

Ab. Monserrath Baquerizo Vela
SECRETARIA RELATORA (E) DE LA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL, Y
MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL
DE JUSTICIA DEL GUAYAS