

REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 17294202000539

Casillero Judicial No: 932

Casillero Judicial Electrónico No: 03517010001

lzarevalos@iess.gob.ec, amadamacas@hotmail.es, amacaser@iess.gob.ec

Fecha: viernes 05 de febrero del 2021

A: DRA. MGS AMADA ARTEMISA MACAS RELICA, ABOGADA DE LA
SUBDIRECCIÓN DE PATROCINIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL
INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

Dr/Ab.: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social - Dirección General -
Pichincha - Quito - 0001 - Quito Pichincha

**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA**

En el Juicio Especial No. 17294202000539 , hay lo siguiente:

Quito, jueves 4 de febrero del 2021, a las 17h35.

VISTOS: El Tribunal Ad quem se encuentra integrado por la doctora Narcisca Pacheco Cabrera (Ponente), y los doctores Patricio Ricardo Vaca Nieto y Carlos Alberto Figueroa Aguirre, Jueza y Jueces de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por Harold Burbano Villareal, Coordinador General de Protección de Derechos Humanos, Alexandra Almeida Unda y Mery Tadeo Gonzalón, Directora Nacional y Especialista Tutelar, respectivamente, del Mecanismo de Protección de Derechos de las Personas Trabajadoras y Jubiladas de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y, el Recurso de Apelación interpuesto por el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, en contra de la sentencia dictada por la Abg. María Elena Lara Torres, Jueza de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, de 01 de octubre de 2020, las 09h35. Siendo el estado

procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA.- Este Tribunal de Alzada tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y por el INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, de conformidad con lo previsto en el segundo inciso, numeral 3 del Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), en concordancia con lo previsto en el numeral 8 del Art. 8 y Art. 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (en adelante LOGJCC); y, conforme lo establecido en el numeral 1 del Art. 208 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ).

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- En la tramitación de la presente causa se han observado las garantías básicas del debido proceso constitucional y legal, como lo establecen los Arts. 75, 76, 86, 168.6 y 169 de la CRE; y, Art. 8 y siguientes de la LOGJCC, por lo que se declara su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1.- Resumen del contenido de la demanda del accionante:

Esta acción de protección fue presentada por Harold Burbano Villareal, Coordinador General de Protección de Derechos Humanos, Alexandra Almeida Unda y Mery Tadeo Gonzalón, Directora Nacional y Especialista Tutelar, respectivamente, del Mecanismo de Protección de Derechos de las Personas Trabajadoras y Jubiladas de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, por los derechos de ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTÍN VERDUGO y MANUEL LEONCIO VÁSQUEZ ÁLVAREZ, quienes son Cesantes de la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM, en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL.

La omisión de autoridad pública no judicial que se impugna es la obligación del IESS de garantizar el ejercicio de derechos, proteger el derecho a la vida al no reconocer a las y los afectados como beneficiarios/as de la jubilación por haber sido trabajadores de la industria del cemento.

En la relación circunstanciada de los hechos expone: "8. En el caso de las y los afectados, los mismos han cesado de sus funciones en la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM, desde hace varios años, con la finalidad de acogerse al mandato legal establecido en la Ley 19 de Jubilación Especial de

Trabajadores de la Industria del Cemento (en adelante la ley de la materia). 9. Para lo cual, han requerido tanto de forma escrita, cuanto de forma verbal a través de las distintas reuniones mantenidas con los personeros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se proceda a jubilarles en los términos que señala la ley. 10. Recibiendo como respuesta que, los trámites de jubilación de los trabajadores del cemento a nivel nacional no son procedentes, ya que no existe directrices o lineamientos de cómo proceder con dichas prestaciones, lo cual evidentemente carece de motivación y adicionalmente trasgrede la Ley, puesto que el mismo artículo 6 de la Ley de la materia, establece que “La falta de reglamentación no impedirá el ejercicio del derecho establecido en esta Ley”. 11. Cabe decir además que dicha negativa, ha obligado a las y los afectados a afiliarse de manera voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con la finalidad de mantener las prestaciones de salud que dicho organismo mantiene. Lo cual constituye una doble vulneración, toda vez que se está obligando a desembolsar recursos económicos pese a no contar con un ingreso y haber cumplido con las imposiciones que determina la ley. 12. A de advertirse entonces que al ser las y los afectados, ex trabajadoras/es de la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM (antes Industrias Guapán S.A.), tienen derecho a acogerse a la jubilación especial establecida en la Ley 19 de Jubilación Especial de Trabajadores de la Industria del Cemento y que el Estado ecuatoriano, les garantice dicha jubilación en igualdad de condiciones que a los ex trabajadores de la empresa UNACEM ECUADOR S.A. 13. En tanto, se presume que la falta de pronunciamiento motivado jurídicamente de la institución hoy demandada, constituye una vulneración de derechos, pues al no facultarse a las y los afectados su jubilación acorde lo estatuido en la ley de la materia, estos no pueden gozar del beneficio que la Ley garantiza a las personas jubiladas. (...) es evidente que los hechos expuestos alrededor de la situación de las y los afectados, detallan con suficiente claridad que los mismos están siendo impedidos (por parte del Estado) de ejercer su derecho a la igualdad y no discriminación, a la jubilación, a la salud, a la dignidad, a la calidad de vida y a la atención prioritaria que deben tener las personas en vulnerabilidad”.

Indica la demanda que se ha vulnerado el Principio de Aplicación directa de la Constitución (artículo 11 numeral 3); derecho a la seguridad social (artículos 3 numeral 1, 34, 367, 369 y 371); derecho a la salud (artículo 32); derecho a la vida digna (artículo 66 numeral 2); derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (artículo 11 numeral 2, 66 numeral 4); derecho a la seguridad jurídica (artículo 82).

CUARTO: RESOLUCIÓN DE LA JUEZA A QUO.-

La jueza A quo en la audiencia pública realizada el 16 de septiembre de 2020, emitió su sentencia oral en la que Aceptó la acción de protección por considerar que se había vulnerado el derecho constitucional a la salud de ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTÍN VERDUGO y MANUEL LEONCIO VÁSQUEZ ÁLVAREZ.

La notificación por escrito de la sentencia fue el 01 de octubre de 2020, las 09h35. De esta decisión, tanto la DEFENSORÍA DEL PUEBLO como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, interpusieron Recurso de Apelación el 23 de octubre de 2020.

QUINTO: FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.-

5.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.- El Art. 86 de la Constitución de la República del Ecuador, refiere los principios comunes de las garantías jurisdiccionales, en particular quiénes pueden ejercerlas, la competencia de los jueces que conocen estas acciones, los procedimientos pertinentes incluyendo medidas cautelares, audiencia, pruebas, sentencia y apelación, ejecución de las sentencias, las sanciones por su incumplimiento y su eventual revisión por parte de la Corte Constitucional. El artículo 88 ibídem dice: “(...) 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”. Los artículos 39 al 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), regulan esta garantía jurisdiccional, estableciendo su objeto, los requisitos para su presentación y la procedencia de la misma. Lo esencial en esta acción de protección es que procede siempre y cuando se vulnere un derecho constitucional. La ley referida establece requisitos para su presentación y procedencia, el Art. 40 de la (LOGJCC) exige: a) Que exista violación de un derecho constitucional. Tal y como ha señalado Juan Montaña Pinto en su artículo “Aproximación a los elementos básicos de la Acción de Protección” Apuntes de derecho procesal constitucional, T.2. Corte

Constitucional- “para que proceda la acción de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el “contenido constitucional” del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado [...]”; b) Que la vulneración se haya dado por acción u omisión de autoridad pública no judicial o de un particular de conformidad con lo establecido en la Constitución; y, c) Que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado, lo que significa que el derecho vulnerado no debe estar amparado por alguna de las otras garantías jurisdiccionales contempladas en la Constitución o mediante acciones específicas en la vía judicial ordinaria. Ante los requisitos de procedibilidad, además la LOGJCC ha dispuesto varias causales de improcedencia (Art. 42): 1) Que no exista vulneración de derechos constitucionales; 2) Que el acto administrativo que se demanda pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz; y, 3) Que la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho. Por su parte, las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes, por cuanto, según el artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, es el máximo organismo de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, cuyas decisiones tienen “el carácter constitucional vinculante”; así lo manda también el Precedente Jurisprudencial Obligatorio No. 001-16-PJO-CC que dice: “... todos los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencia y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución, al decidir cada caso, crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución”.

SEXTO: ANALISIS DEL TRIBUNAL AD- QUEM.-

6.1. El presente caso, se resolverá por el mérito del expediente, de conformidad con el artículo 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

6.2. En primer lugar, la Defensoría del Pueblo alega la vulneración del derecho a la seguridad social en conexidad con el principio de aplicación directa de la Constitución. En criterio de esta entidad, el IESS negó el derecho al acceso a la seguridad social en la prestación de jubilación de 12 personas, que por haber sido trabajadores de la industria cementera, tenían derecho a acceder a una jubilación especial.

Presentan como prueba el Oficio Nro. IESS-UPPPRTFRSDU-2017-0014-O de 19 de

septiembre de 2017, en el que se señala: “(...) para los trámites de Jubilación de los Trabajadores del Cemento a nivel nacional no se han emitido todavía las directrices respectivas, para proceder con dichas prestaciones, por lo que se servirán los señores trabajadores y ex trabajadores, mantenerse a la espera de dichos lineamientos, y los requisitos que deberán presentar, para lo cual esta Unidad provincial permanecerá atenta a cualquier disposición y poder dar a conocer a los afiliados con derecho, con la finalidad de que puedan acceder a la misma de manera oportuna” (fs. 6).

En audiencia, el representante de la Defensoría indica que los 12 afectados, a cuyo nombre presentan esta acción de protección, fueron trabajadores de la industria cementera por más de 25 años y registran entre 330 y 388 aportaciones (adjuntan documentos a fojas 104-115), pero que la respuesta que han recibido del IESS es que no es posible permitir el ejercicio del derecho a la seguridad social por falta de desarrollo normativo de tipo reglamentario. Ante esta negativa, los afectados han tenido que solicitar la Afiliación Voluntaria, a efectos de no perder los servicios de la seguridad social y afectar su derecho a la salud, ocasionándoles aquello un desembolso económico que agrava su situación.

Por su parte, la representante del IESS señaló durante la contestación de la demanda, que esta entidad no ha negado derechos, que el 09 de julio de 2020 se realizó una reunión de trabajo que tenía por finalidad tener acuerdo porque se está trabajando en el reglamento, no existen parámetros claros sobre esta figura de la jubilación para los trabajadores de la industria cementera. También alega que no es posible permitir el acceso a la jubilación de los afectados, pues varios de ellos constan como Activos (Zaida de la Nube Ochoa, Luis Humberto Macancela Arízaga, Zoila Marina Molina Encalada, Óscar Patricio Romero Rojas, Julio Enrique Borja Freire, Javier Enrique Cajas Suárez) y que de conformidad con la Resolución 100 del Consejo Directivo, para acceder a la jubilación, las personas tienen que encontrarse en estado Cesante.

Al analizar la sentencia de la Jueza A quo se observa que aquella se limitó a verificar la vulneración del derecho de petición de la siguiente manera: “(...) esta *Juzgadora después del análisis realizado de los documentos presentados tanto por los accionantes como por la accionada ha establecido que habiendo transcurrido mucho tiempo desde el requerimiento de los ex trabajadores de la Industria del Cemento sin atender la solicitud se concluye, que el legitimado pasivo ha omitido dar respuesta de manera eficaz a la solicitud de jubilación especial y a los continuos requerimientos manteniendo a los accionantes en estado de cesante sin poder acceder a los servicios de Seguro Social por más de nueve meses lo que implica sin poder acceder*

al servicio de salud y más servicios (...) el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debió dar respuesta inmediata ya sea procedimiento a su jubilación o negándola de manera debidamente motivada de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, pues las personas tienen derecho a contar con un sistema jurídico que asegure la normativa jurídica legal, suficiente, clara, preestablecida, que les permita la certeza de que sus derechos constitucionales serán observados, con aplicación material directa, y al ser violentados ha dado como consecuencia que los accionantes se encuentren cesantes por varios meses sin poder trabajar, requisito para acceder a la jubilación, lo que vulnera el derecho a la seguridad social que se encuentra imbricado con el derecho al trabajo, toda vez que de haberse dado respuesta oportuna se encontraría gozando de la pensión de jubilación y de todos los servicios y beneficios que otorga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a quienes se encuentran en esta categoría como el derecho a la salud, y más si se trata de personas que por su edad y características específicas de salud lo requieren (...) No se hace relación a los otros derechos porque consecuentemente no se les ha considerado vulnerados". Finalmente, al aceptar la acción de protección declara únicamente la violación del derecho a la salud.

Respecto al derecho a la seguridad social, el artículo 34 de la Constitución de la República establece: "El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas y será deber y responsabilidad primordial del Estado. (...) El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social"

Por su parte, el artículo 11 numeral 3 de la CRE dice: "El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada en el caso Muelle Flores vs. Perú dijo: "192. En este sentido, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una

pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. (...) c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella (...). d) las prestaciones por pensión de jubilación debe ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno”.

En el caso concreto, las personas afectadas son ex trabajadoras y ex trabajadores de la industria cementera. De la revisión de la parte considerativa de la Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989, se tiene que la razón para establecer esta jubilación especial fue la evidencia de los altos índices de riesgos y enfermedades profesionales que afectan a este grupo de trabajadores por su contacto con el cemento, situación que justificó que se modificara el régimen de seguridad social, especialmente la jubilación. Así, se fijó que el número de aportaciones necesarias sería de 300, sin importar la edad. Al cambiar a la Dolarización, fue necesario que se emitiera una Ley Interpretativa (RO Suplemente 956 de 06 de marzo de 2017) que permitiera hacer el respectivo cálculo de los beneficios dados por esta ley, correspondiendo al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ejecutar y viabilizar el ejercicio de este derecho.

Ahora bien, para esta Sala resulta evidente que las normas previas claras y públicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico, establecen que los trabajadores de la industria cementera, tendrán derecho a acceder a la jubilación y seguridad social bajo un régimen especial que establece únicamente un requisito: acreditar 300 aportaciones. La constatación de este único requisito no presenta mayor complejidad y es fácilmente verificable para esta Sala, por la prueba aportada en las Historias Laborales, que los Afectados cumplen con el mismo, de ahí que resulta incomprensible que tan simple ejercicio de verificación no haya podido ser realizado por el IESS, al menos desde el año 2017, cuando se emitió la Ley Interpretativa que viabilizaba el ejercicio de este derecho.

Así también, el argumento de descargo presentado por el IESS que consta en el Oficio Nro. IESS-UPPPRTFRSDU-2017-0014-O de 19 de septiembre de 2017, relacionado con la falta de “directrices” para proceder con la prestación de jubilación, constituye una violación del derecho a la seguridad social y aplicación directa de la

Constitución, pues carece de sustento constitucional que la entidad accionada alegue la falta de norma jurídica – de tipo reglamentario – para negar el reconocimiento del derecho constitucional.

En este sentido, se le recuerda al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social su obligación de garantizar el acceso a las pensiones una vez verificados los requisitos legales, accesibilidad que tiene que ser otorgada de manera oportuna y sin demoras. Esta Sala considera que el tiempo de casi 4 años, desde que se emitió la ley interpretativa, excede sobremanera cualquier parámetro de oportunidad y debida diligencia.

Por lo dicho, este Tribunal considera que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vulneró el derecho a la seguridad social, en cuanto al acceso a la jubilación, e inobservó el principio de aplicación directa de la Constitución, vulneraciones que, dada la interdependencia de derechos constitucionales reconocida en el artículo 11 numeral 6 de la CRE, configura también la violación del derecho a la salud de los Afectados.

6.3. Por otra parte, la falta de oportunidad y debida diligencia por parte del IESS, antes analizada, ocasionó que los afectados tuvieran que Afiliarse Voluntariamente y emplear sus propios recursos para el pago de nuevas aportaciones, con el evidente fin de continuar recibiendo los servicios del IESS, de atención de salud principalmente, por lo que resulta un despropósito que la entidad accionada pretenda justificar su ~~acción~~ inacción en que el estatus de los Afectados aparece como Activo y no Cesante, pues aquella situación, deriva de manera directa de las vulneraciones de derechos incurridas por el IESS. Este hecho será tomado en cuenta al momento de ordenar las medidas de reparación integral.

6.4. En relación a la violación del derecho a la seguridad jurídica, el Art. 82 de la Constitución de la República consagra el derecho a la Seguridad Jurídica, el cual prescribe: “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”.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 093-17-SEP-CC, ha señalado: *“En esta línea, es importante mencionar que la seguridad jurídica implica el respeto de las normas constitucionales y legales por parte de la autoridad competente, lo cual a su vez otorga tranquilidad en los ciudadanos, en el sentido de otorgarles certeza en cuanto a las normas que serán utilizadas dentro de un proceso, evitando de esta manera una actuación arbitraria por parte de los juzgadores, respecto a la aplicación e interpretación de la normativa preestablecida”*. Así también, en sentencia No. 5-19-CN/19 de 18 de diciembre de 2019 la Corte Constitucional ha señalado: *“21. De lo*

anterior se desprende que la seguridad jurídica comprende tanto un ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo, de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro”.

Siendo así, en virtud de las normas previas claras y públicas que forman parte del ordenamiento jurídico (Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989, y su Ley Interpretativa de marzo de 2017), los Afectados tenían certeza sobre cuál sería su situación jurídica una vez cumplidos con el número de aportaciones exigidas en la Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989, sin importar la edad, en tal virtud, mantenían la seguridad de que una vez cumplidos los requisitos legales referentes al número de aportaciones, podrían acceder a la jubilación especial, razón por la que este Tribunal considera que el IESS ha violado también el derecho a la seguridad jurídica.

6.5. Finalmente, esta Sala no puede dejar de recordar a la jueza de primer nivel sobre su obligación, como jueza constitucional, de analizar **cada una de las vulneraciones de derechos constitucionales alegadas por el accionante**, contrastando los hechos probados con las normas constitucionales pertinentes, ya que así lo determina la Sentencia No. 478-14-EP/20, la Corte Constitucional del Ecuador, que señala: *“53. En este punto, es necesario precisar que las autoridades judiciales se encuentran obligadas a atender todas las peticiones de las partes procesales, ya sea negándolas o aceptándolas, pero deben realizar un pronunciamiento para salvaguardar el debido proceso y evitar una posible vulneración de derechos constitucionales”.*

SÉPTIMO: REPARACIÓN INTEGRAL.-

7.1. El artículo 18 de la LOGJCC establece: En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten del derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.

7.2. Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia No. 024-14-SIS-CC, se ha pronunciado en el siguiente sentido: “La reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad de la autoridad pública o particular que ha vulnerado derechos constitucionales. Por lo tanto, la reparación dispuesta en sentencia constitucional debe ser analizada en función de la situación de la víctima y no desde la posición

jurídica del perpetrador de la violación, sea una autoridad pública o un particular. (...) Esto exige a los jueces constitucionales que, al momento de ordenar la reparación integral, miren a la persona como un todo, buscando por todos los medios disponibles restablecer la situación de la persona afectada. El principio de dignidad humana juega un papel preponderante a la hora de reparar, toda vez que permite a la víctima dejar atrás las consecuencias o efectos negativos que generó la vulneración de sus derechos constitucionales. La Corte Constitucional, en este punto, insiste en que la intención de la representación constituyente fue darle a la reparación integral, las mismas características o fuerza que el mecanismo de reparación previsto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: "la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible, y en indemnizar – a título compensatorio – los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial o extrapatrimonial".

7.3. La Corte Constitucional en Sentencia No. 175-14-SEP-CC ha establecido que puede ocurrir que el Juzgador A quo acepte la acción de protección, pero que las medidas de reparación dictadas no sean las adecuadas, considerando las circunstancias del caso concreto, situación que esta Sala considera ha ocurrido en el presente caso en la sentencia impugnada.

En la referida sentencia, la Corte señala que "en aquellos casos en que una persona no pudo acceder a su derecho a la jubilación por violación de derechos por parte del IESS y tuviera que pagar de su propio patrimonio las aportaciones necesarias para no perder el derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social, tendrá derecho a que dichos valores le sean devueltos como una medida de reparación integral".

7.4. Con base en las normas y la jurisprudencia antes expuesta, una vez que esta Sala ha establecido la vulneración de varios derechos constitucionales de los afectados representados por la Defensoría del Pueblo, pasará a ordenar las medidas de reparación integral que para este caso, considera son las adecuadas para volver la situación de los afectados, al momento anterior a la ocurrencia de la vulneración.

OCTAVO: DECISIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Alzada, **ADMINISTRANDO JUSTICIA CONSTITUCIONAL, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA,** ACEPTA el Recurso de Apelación interpuesto por la Defensoría del Pueblo por haber demostrado la vulneración de los derechos señalados en esta sentencia; en cuanto al recurso de apelación interpuesto por el

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se lo RECHAZA, por carecer de fundamento constitucional; en consecuencia, se ACEPTA la acción de protección planteada por la entidad accionante, y se declara la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad social, aplicación directa de la Constitución, salud y seguridad jurídica, por lo que las partes procesales estarán a lo dispuesto en este fallo.

Como medidas de reparación integral, se ordena:

8.1. Como medida de restitución: Se concede el término de 15 días para que el IESS dé trámite al proceso de jubilación especial de los afectados ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTÍN VERDUGO y MANUEL LEONCIO VÁSQUEZ ÁLVAREZ, que deberá contarse desde la fecha de solicitud de jubilación de cada uno de los afectados.

8.2 Como reparación económica por el daño material: en cuanto a la cuantificación económica por concepto de pensión jubilar se estará a lo dispuesto en el Art. 19 de la LOGJCCC.

8.3. Como medida de devolución: Una vez que se disponga la jubilación de todos los beneficiarios de la misma, se ordena la devolución de los valores que los afectados tuvieron que pagar al IESS por concepto de su aportación voluntaria, para lo cual, se realizará la respectiva cuantificación por parte de la entidad demandada, para lo que se concede el término de 30 días, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

8.4. Como medida de satisfacción: se ordena que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pida disculpas públicas por medio de una publicación en el sitio web institucional, en un hipervínculo visible del IESS, por el plazo de tres meses. La constancia de dicha publicación deberá ser enviada al juzgado de primer nivel, a efectos de declarar cumplida esta medida de satisfacción.

8.5. Como medida de no repetición: se dispone al IESS que emita la normativa infraconstitucional que sea necesarias para permitir el acceso al derecho a la seguridad social y pensión jubilar de los trabajadores de la industria cementera, en virtud de la Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989 y de la Ley Interpretativa (RO Suplemente 956 de 06 de marzo de 2017). Para ello, deberá informar cada 15 días a la jueza de primera instancia, sobre los avances realizados, concediéndole el plazo de 6 meses para

cumplir con esta medida.

Con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 86 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador, una vez ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría, remítase una copia certificada de la misma a la Corte Constitucional.
CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.

VOTO SALVADO DE: FIGUEROA AGUIRRE CARLOS ALBERTO, JUEZ SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. Quito, jueves 4 de febrero del 2021, a las 17h35.

VISTOS: Mediante sentencia escrita de fecha 1 de octubre de 2020, a las 09h35, la Ab. María Elena Lara Torres, Juez de la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, emite por escrito la sentencia que acepta la acción de protección propuesta por los ciudadanos ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTIN VERDUGO Y MANUEL LEONCIO VÁZQUEZ ÁLVAREZ, representados por el Mgs. Harold Burbano Villareal, Coordinador General de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo del Ecuador. Ab. María Alexandra Almeida Unda, Directora Nacional del Mecanismo de Protección de derechos de Personas Trabajadoras y Jubiladas y Dra. Mery Tadeo Gonzalón, Especialista Tutelar 3 de la Defensoría del Pueblo; declarando la violación del derecho a la salud, por lo que dispone que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social inmediatamente proceda con las acciones y active los mecanismos correspondientes para establecer si los accionantes, son beneficiaria de la jubilación al amparo de la Ley de Jubilación Especial de los Trabajadores de la Industria del Cemento, y busquen los mecanismos viables y resuelvan lo que corresponda en derecho y al cumplimiento de los mandamientos constitucionales que son de aplicación directa y de manera inmediata. De esta resolución interponen recursos la Defensoría del Pueblo (legitimado activo) como el representante del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (legitimado pasivo), por lo que encontrándose en legal y debida forma integrado este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha por los jueces provinciales doctores Juana Narcisca Pacheco (Ponente), Patricio Vaca Nieto y Carlos Figueroa Aguirre,

siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

I. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto, actuando para el efecto como Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en los artículos 86.3 inciso segundo, 167 y 178 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE); 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); 7 y 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ); y, en virtud del sorteo de ley.

II. VALIDEZ PROCESAL.- En la presente causa se han observado las reglas del debido proceso y las garantías constitucionales, conforme lo previsto en los artículos 75, 76 y 169 de la CRE, por lo que se declara su validez.

III. ANTECEDENTES.- Esta acción de protección fue presentada por los señores Harold Burbano Villareal, Coordinador General de Protección de Derechos Humanos; Alexandra Almeida Unda y Mery Tadeo Gonzalón, Directora Nacional y Especialista Tutelar, respectivamente, del Mecanismo de Protección de Derechos de las Personas Trabajadoras y Jubiladas de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, por los derechos de los ciudadanos ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTÍN VERDUGO y MANUEL LEONCIO VÁSQUEZ ÁLVAREZ, quienes son cesantes de la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM, en contra del INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL. La omisión de autoridad pública no judicial que se impugna es la obligación del IESS de garantizar el ejercicio de derechos, proteger el derecho a la vida al no reconocer a las y los afectados como beneficiarios/as de la jubilación por haber sido trabajadores de la industria del cemento. En la relación circunstanciada de los hechos expone: “8. En el caso de las y los afectados, los mismos han cesado de sus funciones en la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM, desde hace varios años, con la finalidad de acogerse al mandato legal establecido en la Ley 19 de Jubilación Especial de Trabajadores de la Industria del Cemento (en adelante la ley de la materia). 9. Para lo cual, han requerido tanto de forma escrita, cuanto de forma verbal a través de las distintas reuniones mantenidas con los personeros del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se proceda a jubilarles en los términos que señala la ley. 10. Recibiendo como respuesta que, los trámites de jubilación de los

trabajadores del cemento a nivel nacional no son procedentes, ya que no existe directrices o lineamientos de cómo proceder con dichas prestaciones, lo cual evidentemente carece de motivación y adicionalmente trasgrede la Ley, puesto que el mismo artículo 6 de la Ley de la materia, establece que “La falta de reglamentación no impedirá el ejercicio del derecho establecido en esta Ley”. 11. Cabe decir además que dicha negativa, ha obligado a las y los afectados a afiliarse de manera voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, con la finalidad de mantener las prestaciones de salud que dicho organismo mantiene. Lo cual constituye una doble vulneración, toda vez que se está obligando a desembolsar recursos económicos pese a no contar con un ingreso y haber cumplido con las imposiciones que determina la ley. 12. A de advertirse entonces que al ser las y los afectados, ex trabajadoras/es de la COMPAÑÍA UNIÓN CEMENTERA NACIONAL UCEM CEM (antes Industrias Guapán S.A.), tienen derecho a acogerse a la jubilación especial establecida en la Ley 19 de Jubilación Especial de Trabajadores de la Industria del Cemento y que el Estado ecuatoriano, les garantice dicha jubilación en igualdad de condiciones que a los ex trabajadores de la empresa UNACEM ECUADOR S.A. 13. En tanto, se presume que la falta de pronunciamiento motivado jurídicamente de la institución hoy demandada, constituye una vulneración de derechos, pues al no facultarse a las y los afectados su jubilación acorde lo estatuido en la ley de la materia, estos no pueden gozar del beneficio que la Ley garantiza a las personas jubiladas. [...], es evidente que los hechos expuestos alrededor de la situación de las y los afectados, detallan con suficiente claridad que los mismos están siendo impedidos (por parte del Estado) de ejercer su derecho a la igualdad y no discriminación, a la jubilación, a la salud, a la dignidad, a la calidad de vida y a la atención prioritaria que deben tener las personas en vulnerabilidad”. Indica la demanda que se ha vulnerado el principio de aplicación directa de la Constitución (artículo 11 numeral 3); derecho a la seguridad social (artículos 3 numeral 1, 34, 367, 369 y 371); derecho a la salud (artículo 32); derecho a la vida digna (artículo 66 numeral 2); derecho a la igualdad formal, material y no discriminación (artículo 11 numeral 2, 66 numeral 4); derecho a la seguridad jurídica (artículo 82). La jueza A-quo, mediante sentencia escrita de fecha 1 de octubre de 2020, a las 09h35, aceptó la acción de protección por considerar que se había vulnerado el derecho constitucional a la salud de ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA,

JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTÍN VERDUGO y MANUEL LEONCIO VÁSQUEZ ÁLVAREZ. De esta resolución tanto la Defensoría del Pueblo como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, interpusieron recursos de apelación, motivando el conocimiento de este Tribunal de Alzada.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL DE SALA.- 4.1. Del recurso de apelación.-

El derecho a recurrir está previsto en la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley, sin embargo, no todos los recursos son iguales ni pretenden corregir la misma clase de errores, por lo que corresponde al legislador determinar el alcance de cada uno de ellos, conforme se ha pronunciado la Corte Constitucional, cuando invocando jurisprudencia comparada señala que “el legislador goza de libertad de configuración en lo referente al establecimiento de los recursos y medios de defensa que puedan intentar los administrados contra los actos que profieren las autoridades. Es la ley, no la Constitución, la que señala si determinado recurso – reposición, apelación u otro – tiene o no cabida respecto de cierta decisión, y es la ley, por tanto, la encargada de diseñar en todos sus pormenores las reglas dentro de las cuales tal recurso puede ser interpuesto, ante quién, en qué oportunidad, cuándo no es procedente y cuáles son los requisitos -positivos y negativos- que deben darse para su ejercicio [...]”.^[1]

Guillermo Cabanellas define este recurso del modo siguiente: “Exposición de queja o agravio contra una resolución o medida, a fin de conseguir su revocación o cambio // Por antonomasia en lo jurídico, y específicamente en lo judicial, recurso que una parte, cuando se considera agraviada o perjudicada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad orgánica superior; para que, por el nuevo conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada”.^[2] Se trata de un medio de impugnación sustentado en la garantía de la “doble instancia”, previsto en el artículo 86, numeral 3, inciso segundo de la CRE; 24 de la LOGJCC; y, 208.1 del COFJ, que permite a los litigantes inconformes con la sentencia, recurrir ante un tribunal superior a fin de que examine la misma o analice los puntos en desacuerdo, con el objeto de que la modifique o revoque, según sea el caso. Luego de ello, corresponde al Tribunal de Alzada resolverlo, realizando para el efecto el correspondiente ejercicio de motivación, que conlleva la observancia de los requisitos de comprensibilidad, lógica y razonabilidad referidos por la Corte Constitucional en varios fallos, a fin de que los antecedentes que exponemos en la parte motiva guarden coherencia con lo que finalmente se resuelve;^[3]

4.2. Enfoque legal y doctrinario sobre la acción de protección.- Conforme enseña la ley y la doctrina, esta acción constituye un mecanismo jurisdiccional básico para la

protección de derechos fundamentales, entendidos por tales aquellos que constan en la Constitución de la República y tratados internacionales de derechos humanos. Tiene un carácter preferente y sumario a fin de poder alcanzar sus objetivos, tanto cautelares como tutelares, convirtiéndose en un instrumento jurídico válido para todos los ciudadanos que pretenden defenderse de los excesos de la autoridad pública o personas naturales, que en los casos prescritos en la ley, puedan atentar contra los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República, permitiendo hacer cesar o reparar el daño causado, o impedir que el mismo ocurra. Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 8 establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus Derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”; y, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), prescribe: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que disponer de recursos adecuados dentro del Derecho interno, significa que la función de esos recursos sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. La Constitución de la República en su artículo 88 establece: “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 suponga 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”; y, el artículo 41 de la LOGJCC, que señala la procedencia de esta clase de acción, entre otras causales, frente a todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando presten servicios públicos impropios o de interés público. De ahí que la acción de protección no puede referirse a temas en los cuales se discutan asuntos de mera legalidad, que bien pueden resolverse por los órganos de jurisdicción regular, por lo que la fundamentación del legitimado activo debe encaminarse a la demostración de la vulneración o puesta en peligro de derechos fundamentales. Como bien señala Juan Montaña Pinto, “para que proceda la acción

de protección, la vulneración del derecho necesariamente debe afectar el 'contenido constitucional' del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado [...]”.[4]

También la Corte ha reiterado que, en el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, la misión de los jueces constitucionales que conocen garantías jurisdiccionales no debe limitarse a inadmitir o a declarar la improcedencia de éstas, cuando a su criterio existen otros mecanismos judiciales para la tutela de los derechos, pues su labor es mucho más compleja y profunda, dado que implica distinguir cuando en el caso sometido a su jurisdicción existen vulneraciones a derechos constitucionales, y en caso de existir tales vulneraciones tienen el deber de declararlas y ordenar la reparación integral de los mismos; **4.3. Análisis.-** La Defensoría del Pueblo alega la vulneración del derecho a la seguridad social en conexidad con el principio de aplicación directa de la Constitución. En criterio de esta entidad, el IESS negó el derecho al acceso a la seguridad social en la prestación de jubilación de 12 personas, que por haber sido trabajadores de la industria cementera, tenían derecho a acceder a una jubilación especial. Presentan como prueba el Oficio Nro. IESS-UPPPRTRFRSDU-2017-0014-O de 19 de septiembre de 2017, en el que se señala: “[...] para los trámites de Jubilación de los Trabajadores del Cemento a nivel nacional no se han emitido todavía las directrices respectivas, para proceder con dichas prestaciones, por lo que se servirán los señores trabajadores y ex trabajadores, mantenerse a la espera de dichos lineamientos, y los requisitos que deberán presentar, para lo cual esta Unidad provincial permanecerá atenta a cualquier disposición y poder dar a conocer a los afiliados con derecho, con la finalidad de que puedan acceder a la misma de manera oportuna” (fs. 6). En audiencia, el representante de la Defensoría indica que los doce afectados, a cuyo nombre presentan esta acción de protección, fueron trabajadores de la industria cementera por más de 25 años y registran entre 330 y 388 aportaciones (adjuntan documentos a fojas 104-115), pero que la respuesta que han recibido del IESS es que no es posible permitir el ejercicio del derecho a la seguridad social por falta de desarrollo normativo de tipo reglamentario. Ante esta negativa, los afectados han tenido que solicitar la Afiliación Voluntaria, a efectos de no perder los servicios de la seguridad social y afectar su derecho a la salud, ocasionándoles aquello un desembolso económico que agrava su situación. Por su parte, la representante del IESS señaló durante la contestación de la demanda, que esta entidad no ha negado derechos, que el 09 de julio de 2020 se realizó una reunión de trabajo que tenía por finalidad tener acuerdo porque se está trabajando en el reglamento, no existen parámetros claros sobre esta figura de la jubilación para los trabajadores de la industria cementera. También alega que no es posible permitir el acceso a la

jubilación de los afectados, pues varios de ellos constan como Activos (Zaida de la Nube Ochoa, Luis Humberto Macancela Arízaga, Zoila Marina Molina Encalada, Óscar Patricio Romero Rojas, Julio Enrique Borja Freire, Javier Enrique Cajas Suárez) y que de conformidad con la Resolución 100 del Consejo Directivo, para acceder a la jubilación, las personas tienen que encontrarse en estado Cesante. Al analizar la sentencia de la Jueza A quo, se observa que falló del modo siguiente: “[...] esta Juzgadora después del análisis realizado de los documentos presentados tanto por los accionantes como por la accionada ha establecido que habiendo transcurrido mucho tiempo desde el requerimiento de los ex trabajadores de la Industria del Cemento sin atender la solicitud se concluye, que el legitimado pasivo ha omitido dar respuesta de manera eficaz a la solicitud de jubilación especial y a los continuos requerimientos manteniendo a los accionantes en estado de cesante sin poder acceder a los servicios de Seguro Social por más de nueve meses lo que implica sin poder acceder al servicio de salud y más servicios [...], el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social debió dar respuesta inmediata ya sea procedimiento a su jubilación o negándola de manera debidamente motivada de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, pues las personas tienen derecho a contar con un sistema jurídico que asegure la normativa jurídica legal, suficiente, clara, preestablecida, que les permita la certeza de que sus derechos constitucionales serán observados, con aplicación material directa, y al ser violentados ha dado como consecuencia que los accionantes se encuentren cesantes por varios meses sin poder trabajar, requisito para acceder a la jubilación, lo que vulnera el derecho a la seguridad social que se encuentra imbricado con el derecho al trabajo, toda vez que de haberse dado respuesta oportuna se encontraría gozando de la pensión de jubilación y de todos los servicios y beneficios que otorga el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a quienes se encuentran en esta categoría como el derecho a la salud, y más si se trata de personas que por su edad y características específicas de salud lo requieren [...] No se hace relación a los otros derechos porque consecuentemente no se les ha considerado vulnerados”. Finalmente, al aceptar la acción de protección declara únicamente la violación del derecho a la salud. Respecto al derecho a la seguridad social, el artículo 34 de la CRE, establece: “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas y será deber y responsabilidad primordial del Estado. [...]. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social”. Por su parte, el artículo 11 numeral 3 ibídem, dice: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos

humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia dictada en el caso *Muelle Flores vs. Perú*, dice: “192. En este sentido, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. [...] c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella [...]. d) las prestaciones por pensión de jubilación debe ser garantizadas de manera oportuna y sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno”. En el caso concreto, las personas afectadas son ex trabajadoras y ex trabajadores de la industria cementera. De la revisión de la parte considerativa de la Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989, se tiene que la razón para establecer esta jubilación especial fue la evidencia de los altos índices de riesgos y enfermedades profesionales que afectan a este grupo de trabajadores por su contacto con el cemento, situación que justificó que se modificara el régimen de seguridad social, especialmente la jubilación. Así, se fijó que el número de aportaciones necesarias sería de 300, sin importar la edad. Al cambiar a la Dolarización, fue necesario que se emitiera una Ley Interpretativa (R.O. Suplemente 956 de 06 de marzo de 2017) que permitiera hacer el respectivo cálculo de los beneficios dados por esta ley, correspondiendo al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, ejecutar y viabilizar el ejercicio de este derecho. Para esta Sala resulta evidente que las normas previas claras y públicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico, establecen que los trabajadores de la industria cementera, tendrán derecho a acceder a la jubilación y seguridad social bajo un régimen

especial que establece únicamente un requisito: acreditar 300 aportaciones. La constatación de este único requisito no presenta mayor complejidad y es fácilmente verificable para esta Sala, por la prueba aportada en las historias laborales, de ahí que resulta incomprensible que tan simple ejercicio de verificación no haya podido ser realizado por el IESS, al menos desde el año 2017, cuando se emitió la Ley Interpretativa que viabilizaba el ejercicio de este derecho. Así también, el argumento de descargo presentado por el IESS que consta en el oficio Nro. IESS-UPPPRTFRSDU-2017-0014-O de 19 de septiembre de 2017, relacionado con la falta de “directrices” para proceder con la prestación de jubilación, constituye una violación del derecho a la seguridad social y aplicación directa de la Constitución, pues carece de sustento constitucional que la entidad accionada alegue la falta de norma jurídica – de tipo reglamentario – para negar el reconocimiento del derecho constitucional. En este sentido, es obligación del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social garantizar el acceso a las pensiones, una vez verificados los requisitos legales, accesibilidad que tiene que ser otorgada de manera oportuna y sin demoras. Esta Sala considera que el tiempo de casi cuatro años, desde que se emitió la Ley Interpretativa, excede sobremanera cualquier parámetro de oportunidad y debida diligencia. Por lo dicho, este Tribunal Ad-quem considera que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social vulneró el derecho a la seguridad social, en cuanto al acceso a la jubilación, e inobservó el principio de aplicación directa de la Constitución, vulneraciones que, dada la interdependencia de derechos constitucionales reconocida en el artículo 11 numeral 6 de la CRE, configura también la violación del derecho a la salud de los ex trabajadores, quienes tuvieron que afiliarse voluntariamente y emplear sus propios recursos para el pago de nuevas aportaciones, con el evidente fin de continuar recibiendo los servicios del IESS, de atención de salud principalmente, por lo que resulta un despropósito que la entidad accionada pretenda justificar su inacción, bajo el argumento de que el estatus de los afectados es activo y no cesante, pues aquella situación, deriva de manera directa de las vulneraciones de derechos incurridas por el IESS. En relación a la violación del derecho a la seguridad jurídica, el artículo 82 de la CRE consagra que éste “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. La Corte Constitucional, ha señalado: "En esta línea, es importante mencionar que la seguridad jurídica implica el respeto de las normas constitucionales y legales por parte de la autoridad competente, lo cual a su vez otorga tranquilidad en los ciudadanos, en el sentido de otorgarles certeza en cuanto a las normas que serán utilizadas dentro de un proceso, evitando de esta manera una actuación arbitraria por

parte de los juzgadores, respecto a la aplicación e interpretación de la normativa preestablecida”^[5]. Así también, ha señalado: “De lo anterior se desprende que la seguridad jurídica comprende tanto un ámbito de certidumbre como uno de previsibilidad. El primero se refiere a brindar certeza al individuo, de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro”.^[6] Siendo así, en virtud de las normas previas claras y públicas que forman parte del ordenamiento jurídico (Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989, y su Ley Interpretativa de marzo de 2017), los afectados tenían certeza sobre cuál sería su situación jurídica una vez cumplidos con el número de aportaciones exigidas en la Ley de Jubilación Especial para los Trabajadores de la Industria Cementera, emitida en 1989, sin importar la edad, en tal virtud, mantenían la seguridad de que una vez cumplidos los requisitos legales referentes al número de aportaciones, podrían acceder a la jubilación especial, razón por la que este Tribunal considera que el IESS ha violado también el derecho a la seguridad jurídica. Por último, el artículo 18 de la LOGJCC, establece: “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten del derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación”. En ese sentido, la Corte Constitucional ha establecido que puede ocurrir que el Juzgador A-quo acepte la acción de protección, pero que las medidas de reparación dictadas no sean las adecuadas, considerando las circunstancias del caso concreto, situación que esta Sala considera ha ocurrido en el presente caso en la sentencia impugnada.^[7] En la referida sentencia, la Corte señala que “en aquellos casos en que una persona no pudo acceder a su derecho a la jubilación por violación de derechos por parte del IESS y tuviera que pagar de su propio patrimonio las aportaciones necesarias para no perder el derecho a recibir las prestaciones de la seguridad social, tendrá derecho a que dichos valores le sean devueltos como una medida de reparación integral”, trazando de este modo una línea jurisprudencia, que no puede soslayarse.

V. DECISIÓN.- Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de Alzada, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, en voto salvado, resuelve: 1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, 2.- Aceptar el recurso

de apelación interpuesto por los accionantes, a través de la Defensoría del Pueblo, para lo cual se declara la vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad social y derecho a la seguridad jurídica. Como medidas de reparación, se dispone:

2.1. Se concede el plazo de treinta días para que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dé trámite al proceso de jubilación especial de los afectados ÓSCAR PATRICIO ROMERO ROJAS, JULIO ENRIQUE BORJA FREIRE, JAVIER ENRIQUE CAJAS SUÁREZ, HUGO FERNANDO CALLE CASTILLO, WILSON PATRICIO GUAMÁN MINCHALA, CÉSAR AUGUSTO LEMA ARCENTALES, JORGE GERARDO LEMA CHÁVEZ, LUIS HUMBERTO MACANCELA ARÍZAGA, ZOILA MARINA MOLINA ENCALADA, JAIME JAVIER OCHOA CÁRDENAS, ZAIDA DE LA NUBE OCHOA CÁRDENAS, LUIS ANÍBAL SANMARTIN VERDUGO Y MANUEL LEONCIO VÁZQUEZ ÁLVAREZ, regularizando de este modo su afiliación y acceso a todos los beneficios legales; **2.2.** Cumplido lo anterior, se ordena que en el plazo de treinta días se proceda a la devolución de los valores que los afectados tuvieron que pagar al IESS por concepto de su aportación voluntaria, previa cuantificación por parte de la entidad accionada de los valores que corresponda a cada uno de ellos; **2.3.** Se ordena que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social pida disculpas públicas por medio de una publicación en el sitio web institucional, en un hipervínculo visible del IESS, por el plazo de tres meses; y, **2.4.** Como medida de no repetición: se dispone al IESS que emita la normativa infraconstitucional que sea necesarias para permitir el acceso al derecho a la seguridad social y pensión jubilar de los trabajadores de la industria cementera, en virtud de la Ley de Jubilación Especial para los trabajadores de la industria cementera, emitida en 1989 y de la Ley Interpretativa (RO Suplemente 956 de 06 de marzo de 2017), concediéndole el plazo de seis meses. El control de lo dispuesto estará a cargo de la Juez A-quo, a quien deberá informar la parte accionada. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 numeral 5 de la CRE y 25 de la LOGJCC, una vez ejecutoriada esta sentencia remítase copia de la misma a la Corte Constitucional para los fines de ley. En estricta observancia de los principios de celeridad y debida diligencia en los procesos de administración de justicia consagrados en los artículos 169 y 172 numeral 2 de la CRE, una vez ejecutoriada esta sentencia devuélvase inmediatamente el proceso al Tribunal de origen. **NOTÍFIQUESE.-**

1. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 0017-10-SCN-CC, de fecha 5 de agosto de 2010.

2. ^ Guillermo CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Enciclopédico de Derecho

Usual, tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2009, p. 350.

3. ^ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 069-10-SEP—CC, caso No. 0005-10-EP, Suplemento R. O. No. 372, 27 de enero de 2011.
 4. ^ Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Artículo “Aproximación a los elementos básicos de la Acción de Protección”, T.2, Corte Constitucional.
 5. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 093-17-SEP-CC.
 6. ^ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 5-19-CN/19
 7. ^ Cfr: Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 175-14-SEP-CC
- f).- FIGUEROA AGUIRRE CARLOS ALBERTO, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA; VACA NIETO PATRICIO RICARDO, JUEZ DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA; PACHECO CABRERA JUANA NARCISA, JUEZA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

DAYSI GABRIELA PROAÑO ESPÍN
SECRETARIA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL